

34
PR1



PRUDENTIA IURIS

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

ABRIL 1983

La suscripción para el año 1983 (abril-agosto-diciembre) debe realizarse mediante el envío de cheque o giro postal —a la orden de Universidad Católica Argentina— y datos del interesado, a la sede de la revista: Moreno 371 (1091), Buenos Aires, República Argentina. El costo de la suscripción es de \$ 300.000 y el de cada número atrasado, \$ 100.000.

AUTORIDADES DE LA FACULTAD:

Decano:

Dr. SANTIAGO DE ESTRADA

CONSEJO DIRECTIVO:

Por los Departamentos y Cursos de Doctorado:

Mons. JUAN DAN y Dr. ALFREDO DI PIETRO

Suplentes:

Dr. FEDERICO MIHURA SEEGER y Dr. JUSTO LÓPEZ

Por los profesores titulares:

Dr. FRANCISCO ARIAS PELERANO, Dr. BERNARDINO MONTEJANO
y Dr. ALFONSO SANTIAGO

Suplentes:

Dr. ALFREDO BATTAGLIA, Dr. OSVALDO COSTALES
y Dr. JOSÉ MARÍA MEDRANO

Por los Profesores no titulares:

Dr. ROBERTO PUNTE

Suplente:

Dr. ERNESTO POLOTTO

Secretario Académico:

Dr. JUAN MARCOS PUEYREDÓN

AUTORIDADES DE LA REVISTA:

Director:

Dr. SANTIAGO DE ESTRADA

Subdirector:

Dr. BERNARDINO MONTEJANO

Consejo de Dirección:

Dr. CARLOS M. BIDEGAIN, Dr. LUIS C. CABRAL, Dr. ALFREDO DI PIETRO,
Dr. LINIERS DE ESTRADA

Secretario de Redacción:

Dr. JOSÉ LUIS RINALDI

Junta Asesora:

R. P. DOMINGO BASSO, O. P., Dr. JAIME LUIS ANAYA,
Dr. JUAN BARGALLÓ CIRIO, Dr. JUAN ALFREDO CASAUBÓN,
Dr. WERNER GOLDSCHMIDT, Dr. JUSTO LÓPEZ, Dr. JORGE A. MAZZINGHI y
Dr. LUIS M. DE PABLO PARDO

Con licencia eclesiástica

MAGISTERIO PONTIFICIO Y ORDEN NATURAL

La doctrina social católica, enseñada por el supremo magisterio pontificio, es hoy una expresión sumamente elocuente y eficaz de la universalidad de la Iglesia. Porque este Magisterio resulta doblemente universal: lo es por su contenido, por la materia de que trata, y lo es también por el auditorio a que está dirigido. Objeto propio suyo son las bases y los principios fundamentales de orden moral y social derivados de los mandatos de la ley natural y de la Verdad revelada; y su auditorio está constituido por todos los hombres, católicos y no católicos, cristianos e infieles a quienes Dios convoca y la Iglesia abre sus puertas. Universalidad objetiva y universalidad subjetiva, que se corresponden y se condicionan entre sí.

Lo cierto es que cuando el Papa expone la doctrina social católica, se vale de encíclicas, exhortaciones y discursos, mediante los cuales pone esta doctrina al alcance de las gentes más diversas, en un lenguaje ampliamente inteligible para todos y que a todos llega, puesto que habla de lo que a todos concierne. Cada vez que, fundándose en el derecho natural condena los homicidios, ejecutados, ya mediante el aborto, ya por las luchas fratricidas, no sólo toca cuestiones que a nadie son extrañas, sino que lo hace con argumentos que ninguna conciencia recta podría desconocer. Otro tanto ocurre cuando defiende la indisolubilidad del matrimonio y la libertad religiosa o sostiene la intangibilidad de los derechos de las personas, o cuando exige justicia y equidad en las relaciones humanas, pues nada dice que no esté de acuerdo con principios fundamentales universalmente reconocidos. De ahí, la coincidencia perfecta, el ajuste de la universalidad del mensaje con la universalidad de sus destinatarios, dentro de la universalidad de la Iglesia.

El magisterio pontificio, en suma, lejos de contraponerse al orden humano natural, lo robustece en su fundamentación divina, lo perfecciona, lo defiende y, apoyándose en él, llega hasta las almas aparentemente más alejadas y distantes. Y puesto que todos los hombres han sido llamados a ser siervos de Dios, a todos ellos ha de alcanzar la enseñanza y la soberanía del Vicario del Verbo Encarnado, que por definición se autoproclama "Siervo de los Siervos de Dios". No es otra la razón en cuya virtud los documentos del Sumo Pontífice suelen estar dirigidos "a todos los hombres de buena voluntad", quizá, mejor dicho, "de la Buena Voluntad" o sea, a los hombres porque son objeto de la divina benevolencia.

Tan necesaria y estrecha correlación del Supremo poder espiritual con el orden natural determina una verdadera prórroga o extensión de aquél sobre el

orden temporal para velar por el respeto de la justicia y de los derechos. Los teólogos y los canonistas solían enumerar casos particulares que podrían hacer indispensable la intervención pontificia. Así Suárez, en su Defensio Fidei contra anglos, a título de ejemplo, enumeraba las disposiciones civiles que no concordasen con la equidad natural, como podrían ser leyes que negasen alimentos para los hijos esprúreos, guerras injustas y mandatos contrarios al bien común. Y Vitoria, si bien afirmaba, en principio, el derecho de soberanía de los jefes infieles, basado en el respeto debido al derecho natural, hacía la salvedad de los poderes arbitrarios y despóticos que perjudicasen a inocentes o que autorizaran sacrificios humanos o la simple antropofagia.

No vivimos ahora en los tiempos en que Vitoria y Suárez sentaban los principios en cuya virtud, los papas podían autorizar la conquista de América, pero, nadie podría desconocer hoy, al Papa el ejercicio de su poder docente, universalmente reconocido y respetado. Y precisamente ese poder, el único que, con auténtica autoridad moral, con todo el peso que le confiere la Iglesia de Cristo y la potestad vicaria que detenta, se yergue en defensa del Derecho Natural y de la justicia, tan a menudo conculcados.

S. E.

PODER POLÍTICO Y PODER CULTURAL *

Cuando intentamos matizar el debate político e ideológico que tiene lugar actualmente en los países occidentales, la palabra que viene más espontáneamente al pensamiento es "totalidad". Estamos en presencia de un debate total. Entiendo por esto, no un debate de carácter o de espíritu totalitario (aunque la tentación totalitaria no esté siempre ausente del mismo), sino un debate que, cada vez más, incidirá indistintamente sobre unos aspectos directa y específicamente "políticos" al igual que sobre ámbitos que anteriormente teníamos costumbre de considerar como "neutros". El hecho es que, hasta hace algunos años, las diferentes facciones, los diferentes partidos, se enfrentaban esencialmente sobre cuestiones directamente políticas, como las instituciones, el modo de gobierno, el sistema económico, el más moral o el más eficiente, etc., mientras se establecía un *consensus* tácito sobre las estructuras elementales fundamentales. La familia era raramente puesta en entredicho; no se discutía la utilidad de la escuela, de la medicina, de la psiquiatría, etc... En fin, se consideraba que podría y tendría fácilmente que establecerse un acuerdo sobre verdades científicas, es decir, sobre verdades de hecho, a las que se llegaba por deducción lógica o a través del método experimental. Esta situación ha cambiado hoy completamente, y las sociedades modernas se enfrentan con una contestación que no sólo pone en entredicho tal o cual modalidad de poder o de gobierno, sino que ataca las estructuras mismas de la sociedad, denunciando "la evidencia" de los mismos con una nueva "convención", añadiendo a renglón seguido que no existen diferencias entre hombres y mujeres, que la autoridad de los padres sobre los hijos no tiene justificación, que los enfermos mentales son normales y que la gente normal es la que está loca, que la medicina enferma más que cura y que, en definitiva, los hechos científicos no deben ser juzgados según su grado intrínseco de verdad, sino según lo deseables que sean desde el punto de vista de las ideologías de moda.

En esas condiciones, la misma noción de lo "político" se transforma considerablemente. Se dice frecuentemente que "la política lo ha invadido todo". Yo diría más bien, que los sectores de actividad humana con carácter no directamente político han adquirido una nueva dimensión, en el sentido de que han perdido la "neutralidad" que se les atribuía en relación con la vida política. Añadiré que ello es particularmente cierto en el caso de los sectores de actividad cultural, e intentaré demostrar cómo se ha constituido, al lado del poder político, un poder que sugiero llamar poder "metapolítico" o poder cultural.

Desde mi punto de vista, existe un hecho que en lo sucesivo hay que dar por seguro, a saber, que la neutralidad no existe. Callarse equivale simple-

* Clase inaugural de la Cátedra Libre de Derecho Político de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de esta Universidad.

mente a conceder un suplemento de poder a los que hablan, y en el ámbito de las relaciones internacionales, permanecer “neutral” frente a un problema o un proceso dado, es solamente dejar sus fuerzas en reserva para otra ocasión.

Simplemente el hecho de pertenecer a una escuela de pensamiento, de declararse de una doctrina filosófica o religiosa, de votar por un partido político, implica una toma de posición que es susceptible de extenderse, por aproximaciones sucesivas, a todos los ámbitos del conocimiento y de la actividad. Se ha podido decir —y quizás era algo más que una mera idea— que el hombre de derechas tenía una gastronomía totalmente diferente de la del hombre de izquierdas. Es que ningún ámbito escapa a la “ideología”, que yo definiría aquí como la visión del mundo que hemos heredado, que experimentamos instintivamente o a la que nos hemos adherido deliberadamente. El mundo es neutro fuera del hombre, porque fuera del hombre no actúa ninguna conciencia reflexiva. En las sociedades humanas, al contrario, nada es neutro. El hombre, podría decirse, es un animal que da sentido a las cosas que le rodean, situándolas en una perspectiva “histórica” específica. Hay diferentes formas de ver el mundo, y de “ser-en-el-mundo” y éstas abarcan, tanto los conocimientos puros como las creencias intuitivas, las emociones, los valores implícitos, los juicios estéticos, etc. Por lo demás, debemos considerar que una Sociedad es una estructura en la cual todo está interrelacionado.

Nuestro proceso intelectual nos conduce, con fines analíticos, a separar los diferentes elementos constitutivos de esta estructura para intentar comprender mejor la disposición interna de la misma, y para intentar transformarla. Pero al mismo tiempo este proceso nos da la ilusión de que las cosas son realmente diferentes las unas de las otras, cuando sólo lo son en nuestro entendimiento. (Notemos, de paso, que es esta diferencia profunda entre el *mundo de las ideas* y el *mundo de los hechos* —siendo el primero sólo un reflejo siempre imperfecto del segundo— lo que explica el carácter heteróclito de la acción política, es decir, el hecho de que las consecuencias reales de actos llevados a cabo difieren siempre en alguna forma del efecto esencialmente buscado). En realidad, acabo de decirlo, todo está interrelacionado. En una estructura social el *sentido* de cada elemento depende, no sólo de su naturaleza intrínseca, sino también —y sobre todo— de su posición en relación a los demás elementos. Las naciones, los pueblos, los individuos, tienen un sentido en tanto que se hallan en situación unos en relación a otros, y —como en un juego de ajedrez— no se puede actuar sobre uno o sobre el otro, es decir, modificar las conexiones que existen entre tal o cual elemento, sin modificar a la vez una disposición estructural más general.

Podemos, claro está, deplorar este estado de cosas, como podemos deplorar la creciente influencia de las ideologías. Me parece, sin embargo, difícil si no imposible, hacer que eso sea una realidad.

Lo queramos o no, nos hallamos condicionados, tanto por lo que nos rodea, como por lo que nos ha precedido. El hombre nace primero como heredero. No nace en el planeta Sirius, nace en el seno de un pueblo, en el seno de una cultura, en el seno de una época dada, y a partir de esta *posición* particular, que es la suya, será obligado a realizar juicios de valor y a formular juicios sobre hechos. Es tan deseable y necesario tender a la objetividad, como resig-

narse a admitir que será siempre imposible llegar a una objetividad total. Ya no se pueden considerar objetivamente todos los aspectos de un problema, al igual que no podemos observar la Tierra, al mismo tiempo, desde sus dos polos. Desde este punto de vista, las leyes que rigen en las sociedades humanas no se diferencian sensiblemente de las leyes de la microfísica: la posición del observador determina en parte la configuración del "paisaje" observado.

Lo que, en cambio, es seguro, es que las ideologías, las visiones del Mundo, si siempre se han hallado presentes, no se ha tenido siempre conciencia de ellas como se tiene hoy, en una época en que han sido ya abundantemente recogidas y formuladas en multitud de sistemas. Esta "toma de conciencia ideológica" es, evidentemente, una consecuencia directa o indirecta de la Revolución de 1789.

Desde el momento en que, en efecto, el principio de autoridad que regía naturalmente las sociedades *prerrevolucionarias* se ha visto puesto en entredicho, hasta en su legitimidad y sus fundamentos, todo lo que anteriormente era obvio, todo lo que era visto espontáneamente como una parte integrante de un "orden natural", ha aparecido como si fuera una convención, es decir, como si fuera una creación subjetivamente humana y, correlativamente, no se ha visto confrontado con una cantidad considerable de facciones político-ideológicas, todas las cuales pretenden, a su vez, una "nueva verdad" y buscan conseguir los medios de poder. Paralelamente al hecho de que el Estado se ha colocado en la situación de ser puesto en entredicho por diferentes facciones, a quienes se admite como capaces —un día u otro— de hacerse con el poder, se ha presenciado cómo se iba creando, poco a poco, y cara al poder establecido, toda una serie de contra poderes y cómo se difundían y multiplicaban los centros de influencia ideológica.

En lo que concierne al Estado, éste ha sido objeto de una doble evolución. Por una parte, se ha visto en la situación paradójica de tener que ejercer su autoridad sobre *todos* los miembros de la Sociedad, cuando sólo emana del poder y del sufragio una parte de esta Sociedad. En otras palabras: el Estado moderno sólo puede existir si se beneficia de cierto *consensus* de la mayoría de los societarios, aun cuando sólo nazca, por el sesgo de juego de partidos, de cierta ruptura de dicho *consensus*. Por otra parte, y precisamente para satisfacer esta paradoja, el Estado se ha despolitizado cada vez más. Me explicaré en relación a esta palabra. No quiero decir aquí que el Estado ya no haga política; la política vulgarmente entendida está, al contrario, más presente que nunca a todos niveles y en todos sus mecanismos. Sólo quiero decir que el Estado ya no tiene, como lo ponen de relieve los hechos, el monopolio de la política y que, por ello, ya no es la encarnación de la *esencia de lo político*.

Podemos ver un efecto de ello en la constatación de que los Estados occidentales tienden, cada vez más, a volverse "gestores", con la esperanza de recrear a nivel político e ideológico. Situación bastante peligrosa, por lo demás, porque un Estado que niega su propio principio —el principio de soberanía y de autoridad— para ocuparse sólo y esencialmente de los problemas económicos y sociales, queda más que nunca en situación de ser derrocado por los poderes que se constituyan fuera de él y contra él. Y, sobre todo, al reducir toda finalidad social, a una preocupación económica, se convierte en prisionero

nero de una forma inesperada del “principio del placer” en el sentido de que, al conceder satisfacción a reivindicaciones materiales, en vez de apaciguarlas, las estimula y las hace todavía más agudas. Pienso que lo que llamamos convencionalmente izquierda o extrema izquierda ha tenido, si podemos decirlo, el mérito de ser la primera en percatarse de la realidad estructural de esta interconexión de todos los ámbitos de la actividad y del pensamiento y, por tanto, de la realidad de la impregnación ideológica de los ámbitos en cuestión. La derecha, al contrario, se ha quedado mucho tiempo prisionera de la idea ilusoria de que existían ámbitos neutrales o, simple variante, que era posible volver a la situación anterior, en la que un consenso implícito existía sobre los ámbitos de la cuestión. Tenemos en Francia y España un ejemplo muy claro de esa diferencia de posturas en lo relativo a la enseñanza: mientras la extrema izquierda se apodera de un número importante de puestos-clave en la enseñanza secundaria y superior, la derecha, demasiadas veces, se limita a deplorar una “politización de la escuela”, que es un hecho irreversible y que, de hecho, sólo es criticable porque es unilateral.

Lo que, en el debate intelectual, ha sido causa durante mucho tiempo de la superioridad metodológica del hombre de izquierda, es que sabía (y todavía sabe) lo que había que pensar, desde su punto de vista, acerca de temas a primera vista tan diferentes como las relaciones de producción en la época feudal, la pintura abstracta, la intervención cinematográfica, la forma de las viviendas de masas, la genética molecular o la teoría de los *quanta* (o, por lo menos, que sabía que sobre eso, como sobre todo, la doctrina que seguía tenía algo que decir). La derecha, al contrario, no se ha dado cuenta de que había, no “verdades de derechas” y “verdades de izquierdas”, sino *maneras* de derecha y de izquierda (para recoger otra vez expresiones convencionales) de examinar datos fácticos adquiridos por el conocimiento, de ordenarlos, de colocarlos en una perspectiva particular que les da un significado también particular. Y seguramente ésa será la razón por la que la izquierda y la extrema izquierda han tendido siempre sistemáticamente a teorizar, a formalizar su aproximación *epistemológica* y doctrinal, a crear un *corpus* ideológico susceptible de servir de punto de referencia para discusiones ulteriores. ¿Podría decirse que no hay “ideología de derecha”? No, desde luego. Pero en muchos casos esta ideología, podríamos decir, sólo existe en el “interior” de manera implícita. La derecha ignora muchas veces lo que lleva dentro. Muy rara vez ha tomado conciencia de todo lo que implican sus aspiraciones propias. Su “mensaje” está presente, pero no se halla explicitado. Todo el trabajo reside en llevarlo a la superficie. Se siente la tentación de llamar a un nuevo Doctor Freud. ¡Buena tarea para las Universidades Católicas!

Teniendo en cuenta estos diferentes datos, ¿cómo se define y desarrolla en la izquierda la noción del *poder cultural*? Pienso que lo mejor, para contestar a esta pregunta, es evocar la obra del hombre que, en nuestra época, se ha transformado en el teórico de la misma, es decir, del marxista y del comunista italiano Antonio Gramsci.

Algunos datos biográficos, primero. Antonio Gramsci nació en Cerdeña, en 1891. Llegado a Turín en 1911, adhiere al Partido Socialista y luego al Partido Comunista, del cual se volverá uno de los principales representantes

a lo largo de los años 20. En esa época recién realizada la Revolución bolchevista, de 1917, la Internacional Comunista conoce numerosas crisis. Lenin, que primeramente había decidido acelerar las escisiones comunistas en el seno de los partidos socialista y social-demócratas europeos, cambia de posición, a partir de 1921 y galvaniza una política de Frente Popular, a la que juzga entonces única susceptible de frenar los progresos de la reacción. En el interior del Partido Comunista italiano, este cambio completo de opinión provoca un enfrentamiento entre Gramsci, convertido en 1922 en miembro del Comité Ejecutivo del Comintern, y Bordiga, que pretende rehusar toda colaboración con los "social-traidores", es decir, con los social-demócratas. Esta crisis interna del Partido tiene consecuencias muy profundas. Elegido diputado en 1924, Gramsci logra, dos años más tarde, hacer prevalecer sus tesis y es nombrado Secretario General del Partido Comunista italiano. Pero, ya es demasiado tarde. Aislado del electorado, agotado por las luchas intestinas, víctima de la subida del fascismo al igual que de la crisis del movimiento comunista internacional, el PC acaba siendo prohibido. Gramsci es arrestado, trasladado a la isla de Útica y condenado a 20 años de prisión.

Es ahí, en su celda, donde se entrega a una profunda reflexión sobre la *praxis* marxista-leninista y, más especialmente, sobre las causas del fracaso social-comunista de los años 20. ¿Cómo es que la conciencia de los hombres está retardada sobre lo que tendría que dictarles su "conciencia de clase"? ¿Cómo las capas dominantes, minoritarias, llegan a hacerse obedecer por las capas dominadas, mayoritarias?

Éstas eran las preguntas —entre muchas otras— que se hacía Gramsci. Tales eran las preguntas a las cuales va a intentar contestar estudiando más de cerca la noción de ideología y operando una distinción decisiva entre "sociedad política" y "sociedad civil". Por sociedad civil (término recogido de Hegel, a pesar de haber sido ya criticado por Marx) Gramsci designa el conjunto del sector "privado", es decir, el ámbito cultural, intelectual, religioso y moral, en tanto se expresa en el sistema de necesidades, la jurisdicción, la administración, las corporaciones, etc... El gran error de los comunistas, como dice Gramsci, había sido creer que el Estado se reducía a un simple aparato político. De hecho, el Estado "organiza el consentimiento", es decir *dirige* no solamente recurriendo a su aparato político, sino también mediante una ideología implícita, que se manifiesta en valores admitidos y considerados como "evidentes" por la mayoría de la sociedad. Este aparato civil engloba la cultura, las ideas, las costumbres, las tradiciones y hasta el sentido común. En todos esos ámbitos, no directamente políticos, obra un poder sobre el cual se apoya también el Estado: es el poder cultural. En otros términos, el Estado no ejerce solamente su autoridad por la coacción. Al lado de la dominación directa, del mando que ejerce por el canal del poder político, se beneficia también, gracias a la existencia y a la actividad del poder cultural, de una especie de "hegemonía ideológica". Una adhesión espontánea de la mayoría de los espíritus a una concepción de las cosas, a una visión-del-mundo que se consolida, y al mismo tiempo lo justifica, en los temas, en los valores y las ideas que le son propios. (Esta distinción no se halla muy alejada de la realizada por Louis Althusser entre el "aparato represivo del Estado" y los "aparatos ideológicos del Estado").

Separándose aquí de Marx, que reducía la “sociedad civil” únicamente a la infraestructura económica, y a la contradicción entre las fuerzas de producción y las estructuras de apropiación del capital, Antonio Gramsci expone y demuestra perfectamente —sin embargo, sin subrayar de una forma suficientemente clara que la ideología se halla estrechamente ligada a las mentalidades, es decir, a la constitución mental de los pueblos— que es en esa “sociedad civil”, donde se elaboran, se difunden y se reproducen los conceptos del mundo, las filosofías, las religiones y todas las actividades intelectuales o espirituales, explícitas o implícitas, sobre las cuales se apoya el *consensus* social para cristalizarse, consolidarse y perpetuarse. A partir de ese momento, reintegrando la sociedad civil al nivel de la superestructura y añadiéndole la ideología, de la que depende, distingue en Occidente dos formas de superestructura: por una parte, la sociedad civil; por otra, la sociedad política (o el “Estado” propiamente dicho). Mientras que en Oriente el Estado lo es todo, en tanto que la sociedad civil es “primitiva y gelatinosa”, en Occidente, y muy particularmente en las sociedades modernas, donde el poder político está difuso, lo “civil” —la mentalidad de la época, el *espíritu del tiempo*— juega un papel considerable.

Es ese papel considerable, el que los movimientos comunistas de los años 20 no han percibido, y no han tenido en cuenta para la elaboración de su estrategia. Con respecto a esto han sido inducidos a error por el ejemplo de 1917: si Lenin, en efecto, ha podido hacerse con el poder, es (entre otras razones) porque en Rusia no existía prácticamente la sociedad civil. Al contrario, en las sociedades donde cada uno participa más o menos estrechamente de esta ideología implícita que constituye la concepción espontánea del mundo, en las sociedades donde reina una atmósfera cultural específica, *no hay toma del poder político posible sin toma previa del poder cultural*. Es lo que demuestra, por ejemplo, la Revolución francesa, de 1789, que sólo fue posible en la medida en que había sido preparada por una “revolución en los espíritus”, en este caso por la difusión de las ideas de la *filosofía de las luces* acerca de la aristocracia y la burguesía. En esa perspectiva, “la toma del poder no se lleva a cabo solamente mediante un levantamiento político, que toma en sus manos el Estado, sino por un largo trabajo ideológico en la sociedad civil, que permite preparar el terreno”. Desde el punto de vista del comunista moderno, el tránsito al “socialismo” en una sociedad desarrollada, no se opera ni por el “pronunciamiento”, ni por el “enfrentamiento directo”, sino más bien por la transformación de las ideas generales, equivalentes a una *lenta subversión de los espíritus*. Y el centro operativo de esta guerra de posiciones es la cultura, considerada como el puesto de mando y de especificación de los valores y las ideas.

Se ve entonces que Gramsci recusa a la vez al leninismo clásico, es decir, la teoría del enfrentamiento revolucionario, el revisionismo stalinista de los años 30, la estrategia del Frente Popular y la tesis de Kautsky, es decir, la idea de un “amplio movimiento obrero”. Paralelamente al “trabajo del Partido” que es un trabajo directamente político, Gramsci pide “un trabajo cultural”, que tiene como objetivo que una hegemonía cultural sustituya a la hegemonía burguesa. Tal tarea es indispensable para hacer compatible la mentalidad de la época (es decir, la suma de su razón y de su sensibilidad) con el mensaje político que quieren inyectarle. Dicho de otra manera, para obtener de manera dura la mayoría política, hay que obtener primero la mayoría ideológica, porque

sólo cuando esté ganada a valores diferentes de los suyos propios, la sociedad establecida empezará a tambalearse y su poder efectivo empezará a desahacerse. La situación, entonces, podrá ser explotada en el plano político: habrá llegado la acción histórica.

Gramsci asigna, pues, a los intelectuales un papel concreto: les pide que ganen la guerra "cultural". El intelectual es así definido por la función que ejerce, de cara a un tipo concreto de sociedad de producción. Gramsci escribe por ejemplo: "Cada grupo social actuando sobre el terreno original de una función esencial en el mundo de la producción económica, crea, al mismo tiempo que él, orgánicamente, una o varias capas de intelectuales que le dan su homogeneidad y la conciencia de su propia función, no solamente en el campo económico, sino también en el campo social y político". (Los intelectuales y la organización de la cultura).

A partir de ahí, Gramsci opera una distinción suplementaria entre los intelectuales orgánicos, que aseguran la cohesión ideológica de un sistema o de un grupo social y los intelectuales tradicionales, representantes de las capas antiguas que han subsistido a través de los cambios de las relaciones de producción. Al nivel de lo que él llama los "intelectuales orgánicos", Gramsci recrea el sujeto de la Historia y de la Política. Lo que significa que el sujeto de la Historia ya no es el Príncipe ni el Estado, ni siquiera el Partido, sino la *Vanguardia Intelectual ligada a la clase obrera* (o, al menos supuestamente ligada a ella). Es ella, afirma Gramsci, quien por un lento "trabajo de termitas" (que no es sino evocar "al viejo tipo revolucionario del que hablaba Marx") tiene que cumplir una "función de clase", haciéndose portavoz de grupos representados en la fuerza de producción. Es ella, en fin, quien tiene que dar al "proletariado" la homogeneidad ideológica y la conciencia necesarias para asegurar su hegemonía —concepto que en Gramsci reemplaza y desborda el de la "dictadura del proletariado"—, en la medida en que sobrepasa lo político para englobar lo cultural.

De paso, Gramsci detalla todos los medios que estima útiles para la "persuasión permanente": llamada a la sensibilidad popular, derribo de los valores del poder, creación de "héroes socialistas", promoción del teatro, del folklore, de la canción, etc. (medios para la definición de los cuales se inspira, además, en la experiencia inicial del fascismo italiano y de sus primeros éxitos). "El comunismo, dice, tiene ciertamente que tener en cuenta la experiencia soviética, pero sin intentar seguir de una forma pasiva ese modelo. Tiene, además, que tener en cuenta el enfoque de un contrapoder cultural, la especificidad de las problemáticas nacionales y de los caracteres populares particulares. La acción histórica y popular ya no puede descuidar la diversidad de las sociedades, como tampoco puede hacer abstracción del temperamento, de las mentalidades, de las herencias históricas, de las culturas, de las tradiciones o de las relaciones de las clases entre ellas (incluso en sus aspectos ideológicos)". Gramsci, que —os recuerdo— escribió durante los años 30, sabe muy bien que el "post-fascismo" no será socialista. Pero él piensa que en ese período, durante el cual el liberalismo reinará de nuevo, habrá una excelente ocasión de practicar la subversión cultural, porque los mantenedores del Socialismo y del Marxismo estarán *moralmente* en posición de fuerza. De ese "rodeo democrático", él estima surgirá un nuevo *bloque histórico*, colocado bajo la dirección

de la “clase obrera”, mientras que los “intelectuales tradicionales”, poco a poco marginados, acabarán por ser asimilados o destruidos. Por bloque histórico Gramsci entiende un sistema de alianzas políticas, que asocian la infraestructura y la superestructura, centrado en torno al proletariado, pero que no se identifica con él y basado en el sentido marxista de la Historia, es decir, en las relaciones y los conflictos de clase en el interior de la Sociedad.

Tuberculoso, Gramsci murió el 25 de abril de 1937 en una clínica italiana. Sus “cuadernos de cárcel”, 33 fascículos en total, son recogidos por su cuñado, que se encarga de hacerlos circular. Estos cuadernos van a conocer, pasada la guerra, un éxito considerable y a ejercer una gran influencia, primero sobre la evolución del Partido Comunista italiano, luego sobre las facciones más generales de la izquierda y de la extrema izquierda de los países europeos.

Desde algunos puntos de vista, si nos atenemos a los aspectos puramente metodológicos de la teoría del “poder cultural”, las visiones de Gramsci se han revelado, en efecto, proféticas. Y no debemos extrañarnos de la enorme influencia que han tenido en la redefinición estratégica que caracteriza a lo que hoy llamamos, con o sin razón, “eurocomunismo”, con fenómenos tales como la búsqueda por la mayoría de los P. C. europeos de un nuevo “bloque histórico”, el abandono por el Partido Comunista francés de la noción de la “dictadura del proletariado”, el “compromiso histórico” del Partido Comunista italiano, la oportunista defensa del sistema liberal democrático por el Partido Comunista español, etc.

Muchos rasgos de las sociedades contemporáneas acentúan aún —y, por ende, facilitan— la influencia ejercida por el poder cultural. En primer lugar hay que notar que el papel histórico desarrollado por los intelectuales en el seno de la estructura social no ha sido nunca tan grande como lo es hoy. La democratización de la enseñanza, la importancia asumida por los *mass-media*, la necesidad (a la vista de los modos efímeros y sin cesar renovados) de encontrar “nuevos talentos” (reales o supuestos), la seducción creciente ejercida sobre los dirigentes por las ideas, según reflejan los sondeos de opinión, todos estos factores, interactuando los unos sobre los otros, permite a la *intelligentsia* ejercer un poder considerable. A eso se añade la importancia creciente de los *ocios*, que facilita la difusión de cierta cultura y la circulación de ciertos temas y de ciertos valores, y también la *vulnerabilidad* creciente de la opinión pública a un mensaje “*metapolítico*”, tanto más eficaz y mejor recibido y asimilado cuanto que su carácter directivo y sugestivo no está declarado como tal y, en consecuencia, no se enfrenta con las mismas reticencias nacionales y conscientes que un mensaje de carácter directamente político.

La influencia de los espectáculos y las modas reside asimismo en ese último rasgo específico, en la medida que una novela, una película, una obra de teatro, un programa de televisión, etc. será a largo plazo más eficaz políticamente cuando al principio no se distinga como mensaje político, pero sea capaz de provocar una evolución gradual, *un lento deslizamiento de las mentalidades de un sistema de valores hacia otro sistema de valores*.

En fin, hay otro rasgo de las sociedades actuales que no se puede dejar de evocar bajo la mirada de la acción del poder cultural y es el hecho de que

los regímenes liberales occidentales están muy mal equipados, casi completamente desarmados, *por su propia naturaleza*, ante esta transformación de las mentalidades y esta subversión de los espíritus. Los poderes liberales son, en efecto, prisioneros de sus propios principios. Y lo son por un doble motivo: por un lado, en el orden político pluralista, la concurrencia está necesariamente garantizada a todas las ideologías en presencia, y la sociedad no puede atacar a las ideologías totalitarias, bajo pena de convertirse ella misma en tiránica. El Estado puede prohibir la posesión de armas o el empleo de explosivos, pero difícilmente puede dañar el principio de la libertad de expresión, prohibir la difusión de un libro o la representación de un espectáculo, que constituyen, sin embargo, dado el caso, armas contra él dirigidas.

Así, la sociedad liberal se suicida lentamente, puesto que está fundada sobre el pluralismo; este pluralismo no es duradero más que si se beneficia de un consenso de parte de la mayoría de los societarios, y la sociedad no puede poner fin a este pluralismo sin poner en tela de juicio sus propios fundamentos. Por otra parte y como consecuencia de ello, son precisamente los regímenes liberales donde la *intelligentsia* tiene más libertades para ejercer su papel “*crítico*”, y, por ello, los que poseen más débil consenso. “El orden pluralista —destacó Jean Baechler— se caracteriza por un pluralismo evanescente. En efecto, el pluralismo político, es decir, el reconocimiento institucional de la legitimidad de los proyectos divergentes y concurrentes, es intrínsecamente corruptor de consensos. La pluralidad de los partidos, por el solo mecanismo de la concurrencia, lleva a percibir cada vez más claramente la multiplicidad y la variabilidad de los cometidos, de las instituciones y de los valores. En último caso, no hay nada sobre lo que los societarios se entiendan unánimemente”.

Se llega así a un círculo vicioso. La actividad de los intelectuales contribuye a destruir el consenso general, pues a la difusión de las ideologías subversivas se añaden los defectos intrínsecos de los regímenes pluralistas. De manera que, cuanto más se resquebraja y se reduce el consenso, la demanda ideológica, a la que responde precisamente la actividad de los intelectuales, se vuelve más fuerte. Correlativamente, el Poder, constitucionalmente obligado a tener en cuenta las variaciones de la opinión pública, seducido también por los espejismos de la moda y el talento de la *intelligentsia*, acaba a menudo favoreciendo este proceso de *sustitución de los valores* de los que, en último análisis, será la víctima. Así se produce, bajo la acción del poder cultural, el *derrumbamiento de una mayoría ideológica*.

Diré, para concluir, que, en mi opinión, no sirve de nada lamentarse de la “politización” y de la “ideologización” progresivas de todas las esferas del pensamiento y de la acción que observamos hoy en día. A partir de ahora, es un hecho; *todo está comprometido* y es muy poco probable que pueda volverse atrás. La política, expulsada del estricto dominio de los asuntos del Estado, prolifera por todas partes, invade todos los sectores. La *neutralidad* se vuelve imposible, por esta sencilla razón: porque favorece la acción de los que no son neutrales. Las cosas, convertidas en lo que son, hacen que toda actividad intelectual o científica, toda manifestación cultural, toda obra artística y literaria actúe indirectamente en un campo o fracción de opinión, uniéndose a un concepto particular del mundo. Todo “material” del pensamiento, en tanto que interviene para poner en relieve lo real, remite a una *interpretación*, a un “conjun-

to" específico de la realidad. Todo espectáculo, en tanto que organiza el mundo a partir de un cierto punto de vista, es campo de la ideología. La astucia suprema del metapolítico sigue siendo, sin duda, el no presentarse claramente como lo que en sí representa.

De manera que es necesario, aun conservando un sistema de pensamiento *abierto*, es decir, no dogmático, saber sacar provecho, tomar partido y aprender a distinguir cómo lo "político", lo "metapolítico" y lo "cultural" se articulan entre sí. Es necesario crear un pensamiento capaz de poseer, sobre todas las cosas, su coherencia propia. Sin teoría precisa, no hay acción eficaz. Sobre todo, no se puede poner el carro delante de los bueyes. Todas las grandes revoluciones de la Historia no han hecho más que trasponer los hechos de una evolución ya realizada, de manera subyacente, en los espíritus. No se puede tener un Lenin antes de haber tenido un Marx.

Y termino.

Uno de los dramas de lo que se llama actualmente la "derecha" es no haber sabido comprender la necesidad de una *acción a largo plazo*, de no haber visto que el poder cultural amenaza el aparato del Estado, de no haber adivinado cómo este poder o fuerza cultural actúa sobre los valores implícitos alrededor de los cuales se cristaliza el consenso indispensable para la perennidad del poder político; no haber tenido conciencia de que el ataque político frontal recoge los frutos de la guerra ideológica de posiciones. A fuerza de jugar eternamente a corto plazo, se acaba por perder a largo plazo. Y para ganar a largo plazo es indispensable crear o recrear, metapolíticamente, el clima general, el espíritu general en relación al cual el pensamiento directamente político aparecerá, cada vez más, como "naturalmente" verdadero. Pero, tal trabajo no es posible más que cuando una teoría ha sido producida, cuando una línea justa y referencias concretas han sido establecidas. He aquí como se puede, efectivamente, hablar de "práctica teórica". Y es "esta práctica teórica" lo que yo espero —lo que todos nosotros esperamos— ver ponerse decididamente en marcha en el futuro.

ALFREDO SÁNCHEZ BELLA

EL DERECHO SUBJETIVO: ¿REALIDAD UNIVERSAL O HISTÓRICA?

(Consideraciones a partir de una tesis de Michel Villey)

"¡Muy bien Sócrates! Y si continuas no preocupándote demasiado en cuestión de nombres, más rico en sabiduría aparecerás camino de tu vejez".

PLATÓN, *El Político*, 361 E 6.

I. EL PROBLEMA

Aunque nos cueste decirlo, no pueden caber dudas acerca de que en la gran mayoría de las publicaciones más al alcance de estudiantes y estudiosos del derecho, el tema del llamado "derecho subjetivo", de su naturaleza e implicancias, es tratado conforme a esquemas estereotipados y reiterativos. Por lo general, la exposición del problema comienza con la síntesis de algunas de las doctrinas elaboradas en el siglo pasado para explicarlo; aquí, Savigny y Ihering son los autores preferidos. Sigue luego una breve exposición de algunos de los intentos de negar su existencia, fundamentalmente los de Duguit y Kelsen y concluye con una síntesis ecléctica a cargo del autor.¹

Pero desde que Duguit y Kelsen publicaron sus anatemas al "derecho subjetivo", ha corrido mucha agua bajo los puentes. Los positivistas de la escuela escandinava han realizado su aporte² y numerosos sostenedores del iusnaturalismo realista han dedicado al tema trabajos profundos y de ponderable interés. Entre estos últimos se destacan, sobre todo por su versación histórica y su tono polémico, los muy numerosos elaborados por el profesor de París, Michel Villey, cuyas tesis son compartidas por sus numerosos discípulos: El Shakankiri, Guy Augé y Alejandro Guzmán Brito, entre varios otros. A su vez, la doctrina de Villey sobre este punto ha recibido varias críticas, algunas de parte de filósofos del derecho que comparten con él los postulados filosóficos de base, o los tienen muy próximos a los del maestro de París.

Es a esta última controversia a la que vamos a referirnos en las páginas que siguen, en un intento de precisar el estatuto ontológico del denominado "derecho subjetivo"; lo haremos desde la perspectiva de la filosofía realista: declaramos hacerlo a partir de los cánones de esta postura filosófica, en razón

¹ Vgr. AFTALIÓN, ENRIQUE y otros, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, C. D. C. S., 1972, pp. 246 ss.; KELSEN, HANS, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1968, p. 112 ss.

² Ver OLIVECRONA, KARL, *El derecho como hecho*, Barcelona, Labor, 1980, p. 139 ss., y ROSS, ALF, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1970, pp. 164 ss.

de que preferimos hacer explícito lo que muchos iusfilósofos se complacen en ocultar: los supuestos metafísicos, lógicos, gnoseológicos, etc. a partir de los que construyen su meditación sobre el derecho.³ Pensamos que el manifestarlo expresamente es una exigencia de honestidad intelectual, evita malos entendidos y hace posible el diálogo franco con quienes parten de otras posiciones filosóficas generales, ya que una de las condiciones básicas de la fecundidad de este diálogo, radica en el recíproco conocimiento de las premisas de que parte el discurso de cada uno de los interlocutores.

Esta búsqueda de los supuestos, naturaleza y consecuencias de la noción de “derecho subjetivo” nos obligarán necesariamente a referirnos a ciertos temas conexos, el principal de ellos, el de los llamados “derechos humanos” o “derechos del hombre”; en consideración del uso excesivo, equívoco y polémico que se da en la literatura contemporánea a estas expresiones, incluiremos en nuestro estudio una breve reflexión sobre ese tema, con el objeto de echar alguna luz sobre su auténtico sentido, el alcance de sus consecuencias en el ámbito de lo jurídico-político y, de ese modo, advertir acerca de los abusos que se siguen de una visión deformada y deformante de los “derechos humanos”.

II. LA TESIS “HISTORICISTA”

Michel Villey y su discípulo chileno Alejandro Guzmán Brito, aparecen como los más típicos representantes de la concepción que denominaremos “historicista” y que puede resumirse en las siguientes proposiciones: el “derecho subjetivo” no constituye una realidad que integre necesariamente el ámbito de lo jurídico; no es un elemento que exista siempre y donde se dé el derecho, que integre inexcusablemente esa compleja realidad; por el contrario, la locución mencionada no designa sino una construcción ideal, fruto de un determinado modo de pensamiento, aparecida en una etapa precisa de la historia jurídica de Occidente y, por lo tanto, no designa sino un “concepto histórico”, que puede esfumarse en el futuro, del mismo modo como apareció en un cierto momento del desarrollo del pensamiento jurídico.

Ante todo, expondremos los textos del maestro. “La teoría romana —escribe Villey— omite completamente decirnos que *ius* pueda significar “derecho subjetivo”. Dicha laguna parece aún más notable si se considera que ella se mantiene en los largos comentarios de la Edad Media. Pues el Digesto, relativamente parco en este punto, se limita a sugerir la significación esencial de la palabra *ius* (lo justo, el objeto de la justicia, aquello que encuentra su fuente en la naturaleza, las leyes civiles, el edicto del pretor o los tribunales) y después un pequeño número de sentidos derivados (el arte de lo justo, el lugar donde se pronuncia lo justo, accesoriamente, el vínculo de parentesco)”⁴ “Si el *ius* es aquello que es justo objetivamente —continúa más adelante— hay algo justo de cada cosa y de cada persona: precisamente el estatuto jurídico,

³ Ver sobre este punto, nuestro trabajo “Necesidad y sentido, para el jurista, del estudio de la Filosofía del Derecho”, en: *Revista de la Universidad de Mendoza*, nº 2, Mendoza, Idearium, 1980, pp. 7-24.

⁴ VILLEY, MICHEL, “Les origines de la notion de droit subjectif”, en: *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 229.

el lugar preciso que, en el orden general, la justicia da a cada uno, el cual no consiste en esa ventaja, en esa facultad, en ese poder que nosotros denominamos derecho".⁵ Descartada la presencia de la noción de "derecho subjetivo" en el Derecho Romano Clásico y en sus continuadores medievales, Villey afirma concretamente: "Para ser más preciso, sostendré que la cuna del derecho subjetivo fue la Orden Franciscana (...). Y entre los monjes franciscanos de comienzos del siglo XIV, Guillermo de Occam, fundador del nominalismo, es decir de una filosofía individualista (...), es quien podría ser llamado el padre del derecho subjetivo".⁶

De los textos de Villey arriba citados, se desprende la afirmación inequívoca del carácter meramente histórico de la noción de "derecho subjetivo": desconocida en la antigüedad greco-romana y en la cristiandad medieval, sólo a fines de este último período habría surgido la luz, de la mano polemista y rebelde del *venerabilis inceptor*, tal como se denominaba a Occam. Pero esta afirmación se hace explícita y tajante en uno de los más destacados discípulos del profesor de París: el chileno Alejandro Guzmán Brito. "Todo cuanto veníamos diciendo —escribe— se reconduce a esto: el derecho subjetivo, ¿es una noción metafísica o histórica? Sólo que yo no deseo tratar ahora este problema, aunque *el carácter histórico del derecho subjetivo, no sólo de su noción, es algo que tengo para mí como muy firme*".⁷ Y a la pregunta acerca de "si la idea de derecho subjetivo, lejos de ser *a priori*, es una idea histórica, contingente, que un día fue y que, por tanto, podría de nuevo llegar a dejar de ser", responde inequívocamente: "La indagación acerca del carácter histórico del derecho subjetivo, que llegue a negar su naturaleza apriorística, no desconoce que la subjetividad es un dato inherente a la existencia del hombre como sujeto (...). Pero no es a esto a lo que se apunta cuando se hace la crítica de los derechos subjetivos, porque no da lo mismo la subjetividad, que es un dato, que el derecho subjetivo y el subjetivismo jurídico, que son construcciones".⁸

De los párrafos citados —y de otros muchos concordantes con ellos— se desprende una doctrina acerca de la noción de "derecho subjetivo" que puede condensarse en estos puntos: a) el derecho subjetivo no forma parte necesaria, universal, de la realidad jurídica; b) no se trata, en su caso, de una realidad sino de una construcción intelectual o recurso técnico; c) esta creación intelectual es característica de un modo específico de visualizar el derecho: el "moderno", careciendo por tanto de sentido para quienes no comparten esta perspectiva.

⁵ VILLEY, MICHEL, ob. cit., p. 233.

⁶ VILLEY MICHEL, "La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam", en: *Archives de Philosophie du Droit*, nº IX, Paris, Sirey, 1964, p. 98 y *passim*. Un resumen se encuentra en: VILLEY, MICHEL, *Précis de Philosophie du Droit-I*, Paris, Dalloz, 1975, pp. 153 ss.

⁷ GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, "Para la historia del derecho subjetivo", en: *Anuario de Derecho Administrativo*, nº 1, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1975, 76, pp. 51/52 (La bastardilla es nuestra).

⁸ GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *Presentación de los "Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo" de Michel Villey*, Valparaíso, Ed. Universitaria, 1976, pp. 13-15-16 y *passim*. En el mismo sentido, ver BENDER, LUDOVICUS, *Philosophia Iuris*, Romae, 1947, p. 53 y YURRE, GREGORIO R., *Ética*, Vitoria, Eset, 1969, p. 399.

Expuesta sucintamente la doctrina negatoria de la realidad necesaria del “derecho subjetivo”, es preciso someterla a un detenido análisis, con el objeto de verificar su adecuación —o no— a los datos de una experiencia jurídica entendida de modo integral. Pero, además, si la verificación de la doctrina no aparece como posible, será indispensable explicitar su contraria, es decir, por qué razones el llamado “derecho subjetivo” es parte integrante necesaria de la realidad jurídica. Sin esta última tarea, nuestro trabajo quedaría reducido a una mera crítica sin perspectivas, lo que no es nuestra intención, ni tampoco la auténtica actitud filosófica.

III. LA RESPUESTA DE KALINOWSKI

El filósofo del derecho y lógico franco-polaco Georges Kalinowski, ha dedicado al tema un trabajo titulado “Lógica y Filosofía del derecho subjetivo”, en el que intenta establecer el carácter necesario e insoslayable del “derecho subjetivo” entre los elementos de la realidad jurídica. Kalinowski, como la mayoría de los filósofos de inspiración realista, parte de la afirmación del carácter analógico del concepto —y del término— “derecho”.⁹ Luego de sostener que la acepción primera de “derecho” es la que lo concibe como un “acto”,¹⁰ afirma que también resulta ser “derecho”, en alguna medida, la regla que lo establece. “Las reglas jurídicas que reciben por metonimia el nombre de derecho —escribe— se dividen en reglas imperativas (que ordenan el cumplimiento de un acto, de un *facere*), reglas prohibitivas y reglas permisivas (reglas que contienen un permiso de hacer o de no hacer, permisión bilateral). Pero en un cierto sentido, las reglas imperativas y las leyes prohibitivas son también permisivas, porque aquel que tiene el deber de actuar, también tiene el permiso de actuar (...) y aquel que tiene el deber de no hacer, tiene también el permiso de no hacer, permiso —en uno y otro caso— “unilateral”. En-caradas desde este ángulo, todas las reglas jurídicas, abstracción hecha de los deberes que ellas establecen directa o indirectamente, dan autorización para actuar y/o para no actuar. Provieniendo del “derecho” (derecho = regla jurídica), estos permisos son llamados por metonimia “derechos”. A fin de distinguirlos del derecho = reglas de conducta, se los denomina “derechos subjetivos”.¹¹ En otras palabras, todo derecho = obra humana, supone una regla que lo establece y lo impera, prohíbe o permite; a su vez, esta regla determina, directa o indirectamente, la posibilidad de esa conducta; es a esta posibilidad de actuar, a esta facultad de obrar, a la que, en el lenguaje jurídico habitual, denominamos “derecho subjetivo”. Por lo tanto, si la regla es esencial al “derecho” y la permisión o “derecho subjetivo” se sigue siempre de la regla, resulta que el mencionado “derecho subjetivo” es algo necesariamente vinculado al “derecho” en su sentido original.

⁹ Ver: KALINOWSKI, GEORGES, “La pluralité ontique en philosophie du droit”, en: *Revue Philosophique de Louvain*, t. 64, Louvain, 1966, *passim*.

¹⁰ KALINOWSKI, GEORGES, “Lex et ius”, en: *Archives de Philosophie du Droit*, n.º VIII, Paris, Sirey, 1963, p. 286.

¹¹ KALINOWSKI, GEORGES, “La pluralité...”, cit. p. 279.

Luego de haber demostrado en un trabajo anterior la necesidad y función de las normas respecto del derecho = conducta humana,¹² el filósofo polaco concluye afirmando que “si la existencia de este tipo de normas (imperativas, prohibitivas y permisivas) es un hecho, también lo es la existencia de derechos subjetivos. Este hecho exige de parte de la Ciencia y la Filosofía del derecho la misma consideración que cualquier otro hecho de cualquier otra rama de la Ciencia y de la Filosofía; es necesario reconocerlo. Es posible describirlo, analizarlo, definir su naturaleza, intentar explicarlo; pero no es posible negarlo ni desconocerlo”.¹³ Esta afirmación significa, lisa y llanamente, negar carácter contingente o “histórico” a la noción —y a la realidad— del derecho subjetivo; en la medida en que exista derecho, existirán también permisiones, facultades, posibilidades de obrar en la vida social y si a esas realidades se ha convenido en llamarlas “derecho subjetivo”, será preciso aceptar su existencia, más allá de la corrección o incorrección del término usado para denominarlas.

IV. LA RESPUESTA DE DABIN

La respuesta del profesor de Lovaina, Jean Dabin, a la doctrina elaborada por Michel Villey acerca del “derecho subjetivo”, no es indirecta como la de Kalinowski, sino que se le enfrenta expresamente, sosteniendo que se apoya sobre un malentendido. “Según la interpretación endurecida y excesiva que se nos propone —escribe— el derecho subjetivo no sería nada más que el derecho del individuo pensado fuera de toda vida social, o mejor, de toda relación social”¹⁴; sostiene Dabin que esta interpretación de la noción “moderna” del “derecho subjetivo”, es falsa por excesiva, como lo es también la que realiza Villey acerca del sentido del vocablo *ius* en el Derecho Romano. Para el profesor de Lovaina, es preciso no confundir al subjetivismo e individualismo jurídico con la noción genérica de “derecho subjetivo”; aceptar esta última noción “no significa tomar partido en favor de una concepción subjetivista, individualista, del derecho. Considerada en ella misma, la noción de derecho subjetivo, como muchas otras categorías jurídicas, es una forma neutra: todo dependerá del contenido sobre el que versará el derecho subjetivo...”; “no existe —concluye— entre la noción de derecho subjetivo y una filosofía individualista, una ligazón orgánica esencial”.¹⁵ Ello es así porque —para Dabin— “si bien la teoría (del derecho subjetivo) es reciente, con los caracteres de generalización y sistematización propios de toda teoría, la realidad que ella expresa es tan antigua como el derecho y la justicia mismos, ya que es inconcebible un derecho objetivo que no reconozca, en beneficio de unos o de otros, estas prerrogativas —de función, objeto y contenido diverso— que se denominan derechos subjetivos”.¹⁶

¹² KALINOWSKI, GEORGES, “Essai sur le caractère ontique du droit - Contribution à l'étude de l'être intentionnel et à l'ontologie du droit”, en: *Revue de l'Université de Ottawa*, t. V, nº 34, 1964, pp. 92 ss.

¹³ KALINOWSKI, GEORGES, “Logique et Philosophie du droit subjectif”, en: *Archives de Philosophie du Droit*, nº IX, Paris, Sirey, 1964, p. 39.

¹⁴ DABIN, JEAN, “Droit subjectif et subjectivisme juridique”, en: *Archives de Philosophie du Droit*, nº IX, Paris, Sirey, 1964, p. 20.

¹⁵ DABIN, JEAN, ob. cit., pp. 26-35. Ver en el mismo sentido: COING, HELMUT, “Signification de la notion de droit subjectif”, en: *Archives...*, cit. p. 15.

¹⁶ DABIN, JEAN, ob. cit., p. 34. (La bastardilla es nuestra).

El fundamento de estas afirmaciones del pensador belga se encuentra en su concepción de la naturaleza del derecho subjetivo, la que puede resumirse brevemente en las proposiciones que siguen: a) el derecho subjetivo consiste en una relación de pertenencia, de *habere*, entre un sujeto de derecho y una cosa o un acto de otro;¹⁷ b) esta relación es establecida por las normas jurídicas, a las que Dabin llama “derecho objetivo”; c) “el objeto del derecho subjetivo es la *res* (un elemento de la personalidad, o una cosa exterior, material o inmaterial o, en el caso de la obligación, una cierta operación o abstención de parte del deudor), sobre la cual el titular ha recibido (de la norma) un poder más o menos extenso y que es la materia del derecho (subjetivo) de que se trata”;¹⁸ d) “la relación de justicia comporta un doble aspecto: del lado del deudor, lo debido, la deuda; del lado del acreedor, la *res* o la cosa suya, que tiene lugar o punto de vinculación en el sujeto y que constituye el objeto del *ius* a restituir”;¹⁹ e) de la relación de pertenencia en que el derecho subjetivo consiste, se desprenden las notas de inviolabilidad, exigibilidad y el derecho subjetivo de acción, notas que no deben ser confundidas con el derecho subjetivo mismo. De estas afirmaciones se desprende con evidencia que todo derecho supone la presencia de un “derecho subjetivo”, por lo cual éste vendría a revestir carácter universal y no “histórico”, tal como lo afirman Villey y sus discípulos.

V. NUESTRA RESPUESTA

1. La analogía de “derecho”

Llegado el momento de precisar cuál es, para nosotros, la naturaleza del derecho subjetivo, en otras palabras, de establecer cuál es su estatuto ontológico, creemos necesario recurrir a tres nociones fundamentales: en primer lugar, la de *permisión o licitud*, que tomaremos de las consideraciones de Kalinowski; luego, el concepto de *pertenencia*, propio de la doctrina de Dabin; por último, la noción de *título jurídico*, desarrollada principalmente por Lachance y Soaje Ramos. Pero antes de analizarlas y por razones de orden expositivo, comenzaremos por ubicar al derecho subjetivo en el cuadro de la concepción realista del derecho.

Tal como lo hemos desarrollado *in extenso* en otro lugar,²⁰ el realismo jurídico parte de la evidencia del carácter analógico del concepto de derecho; en otras palabras, el de “derecho” no es un concepto unívoco, que se atribuya sólo a realidades idénticas y en un mismo sentido, sino que se trata de una noción multívoca, que se refiere a realidades en sí distintas, pero bajo un cierto aspecto o relación, idénticas. “La esfera jurídica —escribe Kalinowski— se caracteriza por un encadenamiento inhabitual de *analogías* de toda especie. Esto se explica por la pluralidad de los entes jurídicos: entes que tienen sig-

17 DABIN, JEAN, *El derecho subjetivo*, trad. de Francisco Javier Osset, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 100 ss.

18 DABIN, JEAN, “Droit...”, cit. p. 31.

19 DABIN, JEAN, “Droit...”, cit. p. 21.

20 Ver: MASSINI, CARLOS IGNACIO, *Sobre el realismo jurídico*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, Ensayo I.

nificaciones normativas, reglas, sus signos, partes de bienes que ellas determinan, permisos para actuar y/o no actuar que ellas confieren, actos conformes a esas reglas, hombres que cumplen esos actos... y por las numerosas relaciones de causalidad, de similitud de funciones y de similitud de relaciones que existen entre ellas".²¹ De las mencionadas en este texto de Kalinowski, es preciso desarrollar dos nociones: la de analogía y la de relación.

Comenzando por la de analogía, es preciso recordar que "análoga es la noción que se predica de varias cosas de un modo en parte igual y en parte diverso. La analogía por la cual una noción es llamada análoga, puede ser: a) *de atribución*, si aquello que es significado con el nombre se da intrínsecamente en una sola realidad (esto es, en el analogado principal), y extrínsecamente en las otras (esto es, en los analogados secundarios), por una cierta relación que guardan con el primero".²² El concepto de derecho es análogo —tal como se expresa en el párrafo de Kalinowski citado más arriba— en virtud de la pluralidad de realidades a que se aplica, con un sentido similar o parcialmente idéntico; y es análogo con analogía *de atribución*, porque no se aplica del mismo modo y con idéntica propiedad a la suma de los múltiples elementos de la realidad jurídica.²³ En efecto, no son "derecho", en un mismo e idéntico sentido, un obrar humano, una norma, una cosa corporal o una posibilidad o poder de obrar. En primer lugar, "derecho" es aquel obrar humano que tiene la cualidad de ser objetivamente justo y que, por ello, se opone al "entuerto" u obrar "torcido";²⁴ derivativamente, por metonimia o extensión del lenguaje, se llama también "derecho" a todas aquellas realidades que se encuentran en vinculación, más o menos directa, con la conducta justa: normas que la determinan, mandatos que la imperan, saberes que la estudian, posibilidades o poderes de realizarla o exigirla, cosas corporales que son su materia, lugares donde se la precisa en caso de controversia, etc. Un párrafo del ya varias veces citado Kalinowski, referente al pensamiento de Aristóteles y de Santo Tomás, precisará aún más la cuestión: "Todas las consideraciones del Filósofo —escribe— concernientes a lo justo, se encuentran sintetizadas por el autor de la *Suma Teológica* en esta definición, tan lapidaria como rigurosa: «*Ius sive iustum est aliquod opus adaequatum alteri secundum aliquem aequalitatis modum*» (el derecho, es decir, lo justo, es una cierta obra adecuada a otro, según algún modo de igualdad)". Es importante destacar que tanto para Aristóteles como para Santo Tomás, lo justo es una *obra (opus)* en el sentido de *acción*, tal como lo indica esta frase tomada precisamente del lugar de la *Ética Nicomaquea* donde el Estagirita determina aquello que es justo: "Si el hombre injusto es el inigual, y si, por otra parte, la noción de injusto corresponde a la de inigual, salta a la vista que existe también un

²¹ KALINOWSKI, GEORGES, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, p. 56.

²² GIANNINI, GIORGIO, *Tesi di ontologia tomista*, Roma, Città Nuova Editrice, 1980, p. 122.

²³ Sobre este punto, ver SOAJE RAMOS, GUIDO, *El concepto de derecho - Examen de algunos términos pertinentes*, Buenos Aires, Cuadernos del I.F.I.P., 1977, *passim*.

²⁴ Ver: SOAJE RAMOS, GUIDO, "Sobre derecho y derecho natural. Algunas consideraciones epistemo-metodológicas", en: *Ethos*, 6/7, Buenos Aires, I.F.I.P., 1980; también nuestro trabajo: "La categorización metafísica del derecho según Santo Tomás", en: *Sapientia*, nº 143, Buenos Aires, U.C.A., 1982, pp. 11-20.

cierto medio con referencia a lo inigual, que es precisamente lo igual, ya que en toda *acción* donde hay algo de más o de menos hay también algo igual". Como se ve, hablando de lo justo, Aristóteles y Santo Tomás no piensan en una *cosa*, en un *objeto* considerado en sí mismo, sin referencia a un agente y a su comportamiento respecto de otro, sino en la acción por la cual el hombre que la realiza entra en una relación determinada con otro sujeto".²⁵

2. Las relaciones jurídicas

Visto ya que la acepción propia y primera del término —y del concepto— "derecho" corresponde a la conducta justa, queda por ver cuál es la razón que da fundamento a su aplicación analógica a otras realidades diversas. De lo que se ha dicho hasta ahora, pero sobre todo de la observación atenta y desprejuiciada de la realidad jurídica, aparece evidente que esa atribución analógica tiene su fundamento en las múltiples *relaciones* que vinculan a aquellas realidades con la original y primera. "Todos los nombres que analógicamente se aplican a muchos —escribe Santo Tomás— necesariamente se les aplican en virtud de alguna relación que tienen con una misma cosa".²⁶ Por ello, el derecho, en toda su extensión analógica, se constituye como un conjunto de realidades diversas, vinculadas entre sí por una serie de relaciones de variado orden. A los efectos de situar al "derecho subjetivo" en el ámbito de esta realidad múltiple y relacionada, realizaremos un breve estudio del tipo y naturaleza de estos vínculos que la unifican y hacen posible y lícita la aplicación, a toda ella, del término "derecho".

En primer lugar, examinaremos *la relación* que, evidentemente, existe entre *la conducta jurídica y la norma*. "El problema —escribe Kalinowski— se centra en saber cuáles actos son justos. En ciertos casos, es la naturaleza de las cosas la que allí decide: hablamos del derecho natural. Pero en otros, lo justo está determinado, sea por una convención privada, sea por un ordenamiento público; se relaciona en este último caso con el derecho positivo. En las dos categorías de situaciones el derecho es indicado por una regla preexistente".²⁷ Esta "indicación" del obrar justo por la norma, adopta la forma de lo que en filosofía realista se denomina "causa ejemplar". Para indicar brevemente en qué consiste, recurriremos a un párrafo de Joseph de Finance: "Llamamos ejemplar —escribe— a aquello a cuya semejanza el agente (intelectual) produce su efecto (...). ¿En qué consiste, propiamente hablando, la causalidad del ejemplar? Así como la del fin consiste en el ser-deseado, la de la *idea* ejemplar consiste en el ser-imitado, porque solamente cuando el agente actúa adecuándose a ella, dicha causa determina el efecto".²⁸ La determinación, pues, de la conducta jurídica por la norma, se produce cuando aquella se adecúa, *se ajusta* a los términos de ésta; cuando la formalidad propia del obrar, aquella

²⁵ KALINOWSKI, GEORGES, "Sur l'emploi metonymique du terme «ius» par Thomas d' Aquin et sur la muabilité du droit naturel selon Aristote", en: *A. P. D.*, n° 18, París, Sirey, 1973, pp. 334-35.

²⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I, q. 13, a. 6, c.

²⁷ KALINOWSKI, GEORGES, *Concepto...*, cit., p. 20.

²⁸ FINANCE, JOSEPH DE, *Conocimiento del Ser*. Madrid, Gredos, 1971, pp. 436-438.

que la hace ser justa y no otra cosa, se estructura a semejanza de la formalidad intencionalmente propuesta por la norma.

"La conducta real —escribe a este respecto Ferrer Arellano— *debe* ajustarse al plan o modelo ejemplar previsto en el juicio normativo. Su rectitud jurídica dependerá, como es obvio, del ajuste al modelo ejemplar de la norma; o, dicho con terminología propia de la Escuela: será efecto de la causalidad ejemplar o formal extrínseca que la norma desempeña"; entre la norma y la conducta se establece "*una relación trascendental*, constitutiva, concretamente, de la *intrínseca juridicidad* de la conducta social y —en consecuencia— del orden jurídico que surge existencialmente por la posición de aquellas relaciones de alteridad *normalmente* ajustadas al *modelo* preexistente de la ley".²⁹

Pero además de esta relación trascendental³⁰ de ejemplaridad, existe entre la norma y la conducta una relación del orden de la causalidad eficiente; en efecto, la norma jurídica no sólo determina cómo ha de ser la conducta, no sólo la especifica desde fuera precisando su formalidad, sino que también la *imper*a. Por ello nos vemos frente a una relación de mando, impulsiva del obrar humano dentro de los cánones determinados por la misma norma en su función modelica. "La ley es un principio de obligación —escribe Lachance—; ella constriñe al obrar individual para que se conforme a sus prescripciones; manda a las voluntades producir actos y producirlos según las condiciones que requiere la solidaridad. Ella mueve moralmente a la ejecución de ciertos actos que, concretamente, se tornan derecho. Como principio formal, hace que el obrar lleve tal o cual determinación; como principio eficiente, la ley, hace que el derecho se realice".³¹

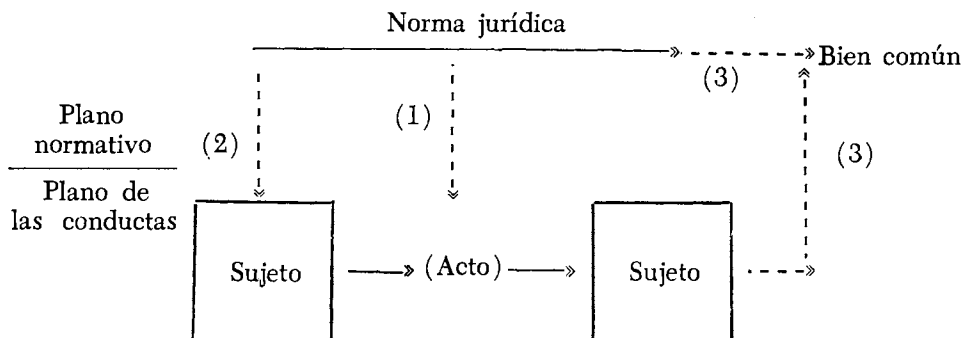
²⁹ FERRER ARELLANO, JOAQUÍN, *Filosofía de las relaciones jurídicas*, Pamplona, EUNSA, 1963, p. 338.

³⁰ Acerca de la noción de *relación trascendental*, existe una fuerte controversia entre los autores: Fabro, González Alvarez, Krempel y varios más, la niegan; por el contrario, Philippe, Lotz, Gredt, de Finance, de Raeymaker, Marc, Ferrer Arellano y otros la defienden. Dice sobre este punto Juan Cruz Cruz: "La relación trascendental traspasa los límites de todas las categorías, volviendo a caer precisamente por ello en la constitución de las mismas (...). La relación trascendental pertenece prevalentemente —aunque no de modo exclusivo— a la constitución interna de los singulares; mientras que la relación predicamental supone la constitución interna de los mismos (...). Relación esencial constitutiva (trascendental) es también la del ser a la esencia, la de la causa eficiente a sus posibles efectos; lo mismo se dice del efecto en cuanto tal a su causa"; *Filosofía de la estructura*, Pamplona, EUNSA, 1967, pp. 288-293. Ferrer Arellano, por su parte, escribe a este respecto: "También estos dos principios constitutivos de cada ente finito subsistente (*essentia* y *esse*), se constituyen, decíamos, en virtud de su mutua referencia, como —a su vez— todos los otros principios constitutivos que forman la estructura esencial del mismo (la materia y la forma, la sustancia y los accidentes, las facultades y su actividad correspondiente, etc.); la misma respectividad de cada ente subsistente a todos los demás que integran el orden de la participación en el ser, debía ser declarada, recuérdese, radicalmente constitutiva, no meramente consecutiva al ser subsistente. Tales realidades, íntegramente penetradas de una respectividad por la que se constituyen en su misma entidad, han recibido tradicionalmente el nombre de *relaciones transcendentales*", *Filosofía*..., cit., p. 212.

³¹ LACHANCE, LUIS, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, S. F., 1953, p. 191.

Las relaciones entre la norma y la conducta pueden esquematizarse en el siguiente cuadro:

CUADRO Nº 1



- (1) Relación de causalidad ejemplar
 (2) Relación de causalidad eficiente moral
 (3) Relación de causalidad final del bien común.

Ante todo, debemos aclarar que en el cuadro precedente aparece una relación de la que aún no hemos hablado: la que existe entre la norma y la conducta por ella configurada y el bien común. El vínculo esencial entre la norma jurídica general y el bien común ha sido puesto en evidencia por Santo Tomás cuando elaboró su conocida definición: “La ley no es más que una ordenación racional al bien común, que quien tiene el cuidado de la comunidad ha promulgado”.³² En lo que respecta a la conducta jurídica, es evidente que si lo justo es determinado por la ley y la ley se ordena al bien común, también la conducta informada por ella habrá de ordenarse a ese bien. “Si la justicia conmutativa —escribe Olgiati— inmediatamente nos ordena al “bien de otra persona particular”, mediatamente, en cambio, nos ordena al “bien común”. El que roba a otro, no sólo daña a una persona particular, sino que perjudica también a la vida social (...); el derecho, expresa mediata o inmediatamente, una ordenación al *bonum commune*, es decir, posee una orientación finalística intrínseca hacia la *societas perfecta*”.³³ Esta relación es también de carácter trascendental, como lo es toda relación del efecto a su causa.³⁴

3. Las relaciones jurídicas (2)

Pero es evidente que no sólo en las que acabamos de enumerar se agota el número de las relaciones de derecho; además de las relaciones verticales³⁵

³² ST, I-II, q. 90, a. 1, c.

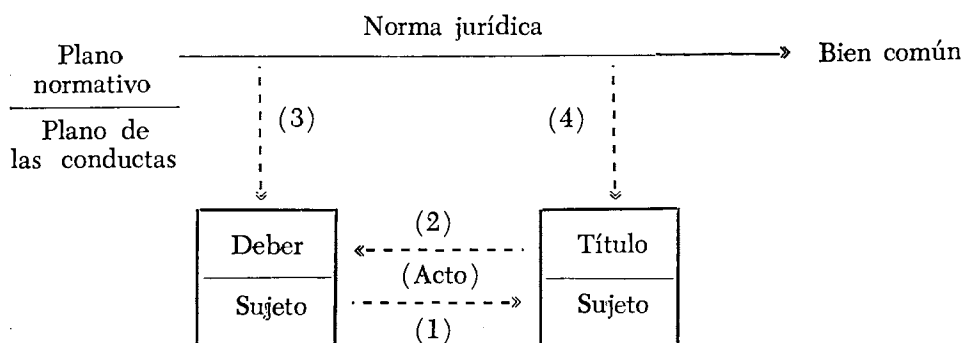
³³ OLGIATI, FRANCISCO, *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, EUNSA, 1977, pp. 237-240.

³⁴ Cfr. FERRER ARELLANO, JOAQUÍN, *Filosofía...*, cit., p. 218.

³⁵ Cfr. FERRER ARELLANO, JOAQUÍN, *Filosofía...*, cit., p. 336.

mencionadas, existe necesariamente una cierta relación “horizontal” de un sujeto jurídico a otro, del acreedor al deudor, del depositante al depositario, del locador al locatario, etc. Siendo la conducta jurídica conducta en alteridad,³⁶ referida a otro sujeto jurídico, supone una relación real predicamental³⁷ a ese sujeto. “Esta conducta es también —escribe el ya citado Ferrer Arellano—, a su vez, relativa: consta de un entramado de actos humanos *referidos* a otras personas, bien inmediatamente a una o más personas físicas o jurídicas a las que son aquéllos debidos —y mediatamente a la sociedad—, bien —si la norma señala deberes de justicia general o social— directamente referidos al bien común de la comunidad (...). La vida jurídica misma consta de un conjunto de tales relaciones de alteridad: de aquellas, tan sólo, que han obtenido una positiva influencia derivada de la eficacia constitutiva del derecho normativo y, en definitiva, de los fines jurídicos a que él se endereza”.³⁸ Realizaremos un nuevo esquema de este tipo de relaciones, para luego desarrollar brevemente aquellos elementos que en él aparecen; es el siguiente:

CUADRO Nº 2



- (1) Relación de obligación
- (2) Relación de poder jurídico o “derecho subjetivo”
- (3) Imposición del deber jurídico.
- (4) Atribución del título jurídico

En el cuadro Nº 1 vimos que la norma jurídica ejercía una cierta causalidad eficiente sobre el obrar humano; esta causalidad aparece especificada ahora como “imposición de un deber jurídico”, ya que la causalidad mencionada es ejercida por la norma a través del deber; no se trata, en este caso, de una eficiencia de tipo “físico”, sino de tipo “moral”, ejercida a través de

³⁶ Para las notas determinantes de la conducta jurídica, ver SOAJE RAMOS, GUIDO, *El concepto de derecho; La conducta jurídica*. Buenos Aires, Cuadernos del I.F.I.P., 1977, *passim*.

³⁷ Ver, sobre la relación predicamental: FABRO, CORNELIO, *Curso de Metafísica*, Buenos Aires, U.C.A., S.F., pp. 163-172.

³⁸ FERREY, ARELLANO, JOAQUÍN, *Filosofía...*, cit., pp. 345 ss.

un deber u obligación.³⁹ Pero además de esta función “impositiva” y como consecuencia de la alteridad propia del obrar jurídico, surge de la norma —explícitamente— la “atribución” al otro sujeto jurídico, de un “título”. “La regulación jurídica —escribe García Máñez— a diferencia de la creada por normas de otra especie, no es simplemente imperativa, sino imperativo-atributiva. Mientras las reglas convencionales y los preceptos de la moral obligan, pero no facultan, aquella regulación faculta y obliga a un tiempo, por lo que certeramente se ha dicho que los deberes que de ella dimanar no sólo son deberes, sino deudas”.⁴⁰ Y son deudas porque existe, en otro sujeto jurídico, un “título” en virtud del cual algo le es debido. Soaje Ramos lo define como “la razón o fundamento de que una conducta jurídica debida corresponde (o sea debida) con respecto a otro”.⁴¹ Lachance, por su parte, lo conceptualiza como “la razón precisa, objetiva, formal, en virtud de la que alguien es constituido actualmente en beneficiario de un débito”.⁴²

Pondremos un ejemplo para ilustrar lo afirmado: el de la relación de depósito: el artículo 2210 del Código Civil Argentino establece que “el depositario *debe* restituir la misma cosa depositada, en su estado anterior, etc.”. Este artículo contiene la parte “impositiva” de la norma, la que establece, para el depositario, la obligación de restituir; en otras palabras, prescribe una conducta relacional del depositario hacia el depositante y que consiste en el reintegro de la cosa depositada. Aparece así una *relación de obligación*, de un sujeto jurídico para con el otro, que tiene su fundamento en el deber jurídico impuesto por la norma; una relación normativa da, por lo tanto, origen a una relación de alteridad, que en el cuadro N° 2 hemos denominado “de obligación”.

Si pasamos ahora al depositante, vemos que el artículo 2197 establece que “el depósito *no puede* ser hecho sino por *el propietario* de la cosa o por otro con su consentimiento expreso o tácito”; en esta parte de la norma se establece cuál es el título en virtud del cual el depositario está obligado a devolver la cosa depositada a otro sujeto jurídico: tal título radica en la condición de propietario de este último: esta condición es el fundamento o razón de que la restitución le sea debida. Pero también en este caso, como en el ya estudiado del deber jurídico, el título deriva de la norma jurídica, supone una relación a ella que hemos denominado “de atribución”.

4. El “derecho subjetivo”

Por último, surge de lo afirmado que el titular —por la misma razón de ser titular— se encuentra en una *relación de pertenencia* respecto de la conducta jurídica debida; esta relación, que denominamos “poder jurídico” o “derecho subjetivo”, también deriva de la norma, a través del título jurídico y consiste en la posibilidad de reclamar o exigir el cumplimiento del obrar

³⁹ Ver KALINOWSKI, GEORGES, *Initiation à la philosophie morale*, París, S. E. I., 1966, p. 145 ss.

⁴⁰ GARCÍA MÁÑEZ, EDUARDO, *Filosofía del Derecho*, Méjico, Porrúa, 1977, pp. 245-46.

⁴¹ SOAJE RAMOS, GUIDO, *El concepto de derecho — El título — El poder jurídico*, Buenos Aires, Cuadernos del I.F.I.P., 1977, p. 1.

⁴² LACHANCE, LUIS, ob. cit., p. 294.

que es el objeto del deber jurídico. “Dondequiera que haya un sujeto jurídico (individual o colectivo) y haya un título en el sentido fijado —escribe Soaje Ramos—, es decir, un título que funde que a aquél le pertenezca un determinado poder jurídico, habrá un derecho subjetivo del que ese sujeto será titular”.⁴³ Por lo tanto, lo que llamamos “*derecho subjetivo*” *consiste en un poder deóntico o moral, en relación de posibilidad o de habere, frente a otro u otros sujetos jurídicos, establecida por la norma.*

Respecto de lo apuntado, escribe Kalinowski que “contrariamente a lo que podríamos estar tentados de creer si tomáramos como prototipo de derecho subjetivo al derecho de propiedad, el derecho subjetivo, tal como aparece al término de nuestros análisis lógicos, no consiste en una relación (...) entre un *sujeto de derecho* y un *objeto de derecho*, sino entre un *sujeto de acción* y una *acción*; no es sino la posibilidad jurídica de cumplir con una acción. Esta posibilidad puede ser simple (unilateral) o doble (bilateral). Esto debe ser recalcado, ya que nos abre una vía de acceso a la filosofía del derecho subjetivo, al descubrimiento de su fundamento metafísico. Existen acciones que el hombre puede (siempre en el sentido de posibilidad jurídica) cumplir porque *debe* cumplirlas y acciones que el hombre *puede* cumplir o no cumplir, precisamente porque no está obligado a ello”.⁴⁴ Esto significa, evidentemente, que para Kalinowski, la relación en que el derecho subjetivo consiste, es una relación de posibilidad deóntica.

Por nuestra parte, consideramos que es necesario realizar a este respecto una distinción: a) aquellos derechos subjetivos que en el lenguaje vulgar se expresan diciendo: “tengo derecho *de*” hacer o realizar tal o cual cosa; en este caso, se trata de una posibilidad de obrar del sujeto del derecho subjetivo, caso para el cual resulta adecuada la doctrina de Kalinowski en el sentido de que se trata de una relación de permisión establecida por la ley; podrían ser llamados “derechos de libertad”; b) aquellos derechos subjetivos que en el lenguaje vulgar se expresan diciendo “tengo derecho *a*” tal cosa o tal prestación.⁴⁵ Aquí aparece como apropiada la doctrina de Dabin, en el sentido de que “todo derecho subjetivo supone un bien o valor ligado al sujeto-persona por un lazo de *pertenencia*, consagrado por otra parte por el derecho objetivo, de suerte que esa persona puede decir que ese bien o valor es *suyo* (...). Diversas son, en efecto, las *cosas* susceptibles de pertenencia, así como los modos de esa pertenencia. De una parte, los bienes o valores que se pueden tener como *suyos* no se limitan a las cosas exteriores (...); también comprenden, y de modo más próximo, los bienes o valores inherentes a la persona, física o moral, del sujeto (...). Por otra parte, ese *haber*, constitutivo del derecho, puede consistir en prestaciones de cualquier clase: positivas o negativas, pecuniarias o no pecuniarias, en relación con las cuales una persona está obligada respecto de otra. La pertenencia es entonces indi-

⁴³ SOAJE RAMOS, GUIDO, *El poder jurídico*, cit., p. 10.

⁴⁴ KALINOWSKI, GEORGES, *Concepto...*, cit., pp. 31-32.

⁴⁵ La distinción se encuentra en MOURGEON, JACQUES, *Les droits de l'homme*, París, P.U.F., 1981, p. 10.

recta, en el sentido de que la prestación debida al acreedor sólo le llegará mediante la obligación del deudor".⁴⁶

Por supuesto que la distinción expuesta no es tajante: antes bien, en todo derecho subjetivo hay un elemento de permisión y otro de pertenencia: si no hubiese permisión de la ley, no podría hablarse de "derecho", pues se trataría de un acto antijurídico o no jurídico; por otra parte, siempre que hay derecho subjetivo puede hablarse de pertenencia, ya que, en cierto sentido, aún la propia actividad lícita "pertenece" al sujeto; se trataría, por lo tanto, de dos aspectos de una única realidad.

Concluyendo acerca de lo dicho hasta ahora, podemos considerar establecidos los siguientes puntos: a) El derecho subjetivo consiste en una relación de permisión o pertenencia; b) esta relación tiene como fundamento inmediato un título jurídico, en el sentido ya expuesto; c) el fundamento remoto, pero primero, del derecho subjetivo se encuentra en una norma, que atribuye el título a un sujeto jurídico; d) la relación de derecho subjetivo se tiene frente a otro sujeto jurídico, considerado en su deber jurídico, el que, a su vez, le ha sido impuesto por la norma.

VI. LAS OBJECIONES DE FERRER ARELLANO

El filósofo-jurista español Joaquín Ferrer Arellano, en un valiosísimo libro sobre las relaciones jurídicas, que ya hemos tenido oportunidad de citar, sostiene que en el caso del derecho subjetivo no puede hablarse de relación, al menos de relación real; para él, "no tiene el derecho subjetivo otra realidad que la que compete a una *valoración normativa* de una conducta desde el punto de vista de la licitud";⁴⁷ afirma que "en cuanto a la naturaleza de la *relación mental* que compete al juicio de licitud (...), se trata de un juicio que relaciona al titular con una actividad posible —ejercida por él mismo o por un representante— de una manera arbitraria".⁴⁸

Por nuestra parte, consideramos desacertada esta afirmación, toda vez que la relación entre el sujeto jurídico y su actividad permitida o debida —y por tanto también permitida— no puede reducirse a una simple relación de razón; tampoco puede hacerse esa reducción con la relación de pertenencia entre una prestación debida y el sujeto titular, por la cual el objeto de la prestación se convierte en "*suyo*" de ese sujeto; en ambos casos, mal puede decirse que la existencia de dicha relación "*dependa únicamente de las operaciones del espíritu*",⁴⁹ tal como cuando decimos que una casa es más grande que otra, sin que exista entre dichas casas vinculación real ninguna. Por el contrario, en este caso, tanto el sujeto (el titular del derecho subjetivo) de la relación, como su término (el otro sujeto, considerado en su deber jurídico), son entes reales;⁵⁰

⁴⁶ DABIN, JEAN, *El derecho subjetivo*, cit., pp. 102-104.

⁴⁷ FERRER ARELLANO, JOAQUÍN, ob. cit., p. 364.

⁴⁸ FERRER ARELLANO, JOAQUÍN, ob. cit., p. 366.

⁴⁹ Ver GONZÁLEZ, ÁLVAREZ, ÁNGEL, *Tratado de Metafísica, Ontología*. Madrid, Gredos, 1967, p. 346.

⁵⁰ Cf. GARDEIL, H. D., *Initiation a la philosophie de Saint Thomas d'Aquin*; IV-*Metaphysique*, París, ed. Du Cerf, 1966, p. 105.

además, se trata de una relación real porque “tiene en el sujeto un título de su realidad, un *esse in subjecto* por inherencia”,⁵¹ ya que no puede negarse que el “derecho subjetivo” radica en el titular y, en cierto modo, lo determina, le agrega una realidad nueva que antes de ser titular no tenía; es evidente que el sujeto de un derecho subjetivo posee algo que quien no es su titular no tiene; que, en un cierto aspecto, se enriquece, adquiriendo una formalidad nueva: la de titular de tal o cual derecho. Por todo ello, no puede negarse a la relación de “derecho subjetivo” el carácter de una relación real predicamental, derivada de la relación normativa, por la que un sujeto jurídico adquiere, frente a otro u otros, la “pertenencia” de un bien jurídico o la “permisión” de obrar en determinado sentido. Esta relación se sigue invariablemente de la existencia de una norma jurídica, es decir, de una norma que regula conductas en alteridad, por lo que esa relación se constituye en un elemento necesario o propio del fenómeno jurídico; en otras palabras, allí donde exista “derecho” en sentido estricto, estará presente esa realidad que denominamos “derecho subjetivo”.

VII. ALGUNAS NECESARIAS ACLARACIONES Y PRECISIONES

1. La terminología

Acerca de este punto, es preciso darle totalmente la razón a Villey: llamar “derecho” a los poderes jurídicos es una fuente inagotable de confusiones y equívocos. Es cierto, también, que la generalización del uso de la palabra “derecho” para designar al poder jurídico es obra —sobre todo— de Occam y Suárez;⁵² a partir de ellos, toda la escuela del “Derecho Natural y de Gentes” preponderante en la Edad Moderna, consideró a los “derechos subjetivos” como la realidad primigenia en el ámbito de lo jurídico,⁵³ desconociendo la realidad del “derecho objetivo” u obra justa. Burlamaqui, uno de los más difundidos epígonos de la mencionada escuela, escribía que “más allá de la significación general del término *derecho* de la que acabamos de hablar, este nombre se toma en diversos sentidos particulares, a saber: sea por una *facultad*, o un poder de obrar, sea por la *ley*”,⁵⁴ eliminando, de este modo, del repertorio de analogados de “derecho” al referido a la conducta justa.

No obstante, consideramos que es enormemente dificultoso nadar contra la corriente; habiéndose generalizado la locución “derecho subjetivo” a partir del siglo XIX,⁵⁵ no es posible ahora dejarla de lado; creemos que es inevitable adoptarla a los efectos de saber acerca de qué hablamos, pero también que es necesario esclarecer el sentido y alcance del término, evitando los equívocos que su uso desfigurado produjo en el pensamiento jurídico moderno.

⁵¹ COLLIN, HENRY, *Manuel de Philosophie Thomiste*, París, Tequi, 1950, p. 156.

⁵² Respecto de Suárez, ver VILLEY, MICHEL, “Remarque sur la notion de droit chez Suárez”, en: *Archives de Philosophie*, N° 42, cahier 2, 1979, pp. 219-227; LARRAÍNZA, CARLOS, Una introducción a Francisco Suárez, Pamplona, E.U.N.S.A., 1977, p. 169 ss. y nuestro trabajo “Sobre la definición del derecho de Francisco Suárez”; apéndice en: *La desintegración...*, cit., pp. 81-100.

⁵³ Ver MASSINI, CARLOS IGNACIO, *La desintegración...*, cit., pp. 43 ss.

⁵⁴ BURLAMAQUI, J. J., *Elements du Droit Naturel*, París, Vrin, 1981, p. 16.

⁵⁵ Ver ROUBIER, PAUL, *Droits subjectifs et situations juridiques*, París, Dalloz, 1963, p. 67 ss., y *passim*.

2. La de "derecho subjetivo" es una acepción derivada

La aceptación de la evidente realidad del derecho subjetivo y el inevitable acogimiento de la locución, no suponen la adopción lisa y llana de la errónea filosofía moderna del derecho subjetivo. Para esta última, la acepción subjetiva de "derecho", la que lo considera como una facultad moral, es la acepción propia y primera del término, a la que se aplica la locución con más justeza. "Según el último y más estricto significado de «derecho» —escribe Suárez—, suele darse con propiedad este nombre a cierta facultad moral que cada uno tiene sobre lo que es suyo o sobre lo que se le debe" (*Et iuxta posteriorem et strictam iuris significationem solet proprie ius vocare facultas quaedam moralis, quam unusquisque habet vel circa rem suam vel ad rem sibi debitam*).⁵⁶ Aquí radica la esencia del "subjetivismo jurídico": en la pretensión de que la acepción primera y principal de "derecho" es la que se refiere a las prerrogativas del sujeto individual. "Cuando al comienzo de su *De iure belli ac pacis* (1625), Grocio definió al derecho como la "facultad de obrar o de hacer cualquier cosa que resulte del poder sobre uno mismo, del poder sobre otro, del poder sobre las cosas", echó las bases de una revolución intelectual en la forma de pensar el fenómeno jurídico y de promover su técnica, que va a corroer la construcción filosófica de la Edad Media (...). Esta concepción se define esencialmente porque hace del individuo un fin en sí mismo; de aquí en adelante, es la voluntad individual la que es considerada como el elemento fundamental del derecho y el mejor medio de descubrir lo justo, pues el individuo conoce y quiere aquello que es conforme a sus intereses (...). La autonomía de la voluntad es el alma de todo el sistema jurídico".⁵⁷

Pero, repetimos, la aceptación del concepto de derecho subjetivo no supone necesariamente la adopción del subjetivismo, como el admitir que existen ideas no implica caer en el idealismo, o el reconocimiento del valor cognoscitivo de la razón no lleva inevitablemente al racionalismo; es preciso —entonces— distinguir la realidad de su exacerbación, la cosa misma de la doctrina que la absolutiza, desencajándola del orden en que se encuentra y desfigurándola a fuerza de hipertrofiarla. Evidentemente, la concepción subjetivista del derecho supone una visión unilateral, que percibe todo lo jurídico desde la perspectiva de las facultades o prerrogativas del individuo y que lleva, por ello, a gravísimas consecuencias en el campo de la *praxis* jurídico-política. Hemos hecho referencia a ellas en otra oportunidad y no vamos a reiterar lo ya dicho ahora.⁵⁸ Pero es preciso distinguir la aceptación de una realidad innegable: la de los poderes jurídicos, de su deformación por la ciencia moderna del derecho.

Para la concepción realista, la realidad primigenia en el orden de lo jurídico es el derecho objetivo u obra justa; de ella, de su existencia actual o deónticamente necesaria, deriva el poder de otro sujeto jurídico de realizar una

⁵⁶ SUÁREZ, FRANCISCO, *De legibus*, 1, 2, nº 5, C.S.I.C. En el mismo sentido, ver MESSNER, JOHANNES, *Ética Social*, Madrid, Rialp, 1969, p. 247.

⁵⁷ BRIMO, ALBERT, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'état*, París, A. Pedone, 1968, p. 76.

⁵⁸ Ver MASSINI, CARLOS IGNACIO, *La desintegración...*, cit., pp. 57 ss.

conducta o exigir el cumplimiento de lo imperado por la ley. El derecho subjetivo no es sino una relación de permisión o pertenencia que se sigue de que una conducta resulte debida —deónticamente necesaria— en virtud de lo establecido por la ley. Es, por lo tanto, una realidad derivada, secundaria, que se sigue como consecuencia —necesaria, pero consecuencia al fin— de la calidad de debida u obligatoria de una conducta jurídica; es consecuencia, no es fundamento o realidad primera sino que se explica y define sólo a partir del obrar humano justo imperado por la ley.

3. *La clasificación de los derechos subjetivos es paralela a la de las normas que los fundamentan.*

Si los derechos subjetivos no son sino un efecto o consecuencia de la función normativa de las normas jurídicas, resulta evidente que su carácter y naturaleza dependerá de aquella que corresponda a las normas en que tienen su origen. Así, por ejemplo, los derechos subjetivos serán “naturales”, si tienen su fundamento en la ley natural⁵⁹ y serán meramente positivos si aquél se encuentra en una ley positiva *per se*.⁶⁰ Por esta razón, resulta un absurdo sostener la existencia de “derechos humanos”, derivados de la “dignidad de la persona humana”, sin aceptar la realidad de una ley natural que los establezca. Es en este contrasentido que caen numerosos defensores de los “derechos humanos”, que adoptan, al mismo tiempo, una posición positivista en filosofía del derecho. Esta es la posición —entre otros— de Jaques Mourgeon en su difundido libro sobre *Les droits de l'homme*; allí escribe: “puede afirmarse que la persona se encuentra por naturaleza dotada de prerrogativas, es decir, de facultades de hacer o de obrar conscientemente, de abstenerse o refutar, reclamar, obtener y, sobre todo, de protegerse. Por sí mismas, ellas no son derechos. Para acceder a esta calidad, ellas deben ser objeto de un estatuto particular: el estatuto jurídico. Es necesario y suficiente que la regla las toque de cualquier manera (...); no hay derechos sin Derecho y no hay derechos que no sean una prerrogativa, pero no necesariamente a la inversa”.⁶¹ Por supuesto que cuando Mourgeon se refiere al “Derecho”, con mayúscula, está haciendo mención a la legislación positiva.

Esta doctrina implica una incoherencia fundamental, ya que esas “prerrogativas” a que hace referencia y que no serían derechos, carecen totalmente de fundamento. En efecto, si se sostiene que derivan de la “dignidad de la persona humana”, se está aceptando la existencia de una cierta “naturaleza humana”, que es el fundamento de esa dignidad y que tiene una función normativa; en otras palabras, se está aceptando, con otro nombre, la realidad de una ley natural.

La disyuntiva es inevitable: o se acepta la existencia de una ley natural, es decir, con un fundamento independiente de la voluntad humana y, por

⁵⁹ Ver PIZZORNI, REGINALDO, *Il diritto naturale dalle origini a S. Tomasso d' Aquino*, Roma, Città Nuova Editrice, 1978, pp. 288 ss.

⁶⁰ Para esta distinción, ver SIMON, YVES R., *The tradition of Natural Law. A Philosopher's reflections*, New York, Fordham University Press, 1967, p. 111 ss. y Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, E.U.N.S.A., 1981, pp. 79 ss.

⁶¹ MOURGEON, JACQUES, *Les droits de l'homme*, cit., p. 7.

consiguiente, *hay derechos subjetivos naturales o "humanos"* o, por el contrario, toda ley deriva de la voluntad humana, tal como lo sostiene el positivismo⁶² y, por lo tanto, *no hay otros derechos subjetivos que los establecidos por la legislación positiva*. Ha escrito a este respecto Soaje Ramos, que la cuestión, en rigor, es la siguiente: se trata de determinar si *todo* derecho subjetivo es *conferido* a un sujeto jurídico por una norma positiva humana o si *algunos* derechos subjetivos *pertenecen* a sus titulares aun cuando no haya una norma positiva humana que los asigne a éstos y aun cuando hubiere una norma positiva humana que los negare o desconociere. Esta alternativa enuncia una oposición contradictoria; y si se adhiere al *primer* miembro, se asume una postura de *positivismo jurídico* en este asunto, mientras que, en cambio, si se sostiene el *segundo* miembro de tal alternativa, se está en una posición *iusnaturalista*, genéricamente determinada. Un positivismo jurídico consecuente no puede admitir *ningún* derecho subjetivo, si no hay una norma positiva humana que lo confiera a un sujeto jurídico. Es obvio que la admisión de *uno solo* siquiera importaría una inconsecuencia respecto de aquella tesis general que caracteriza al positivismo jurídico en el sentido ya indicado.⁶³ Por ello, los autores positivistas consecuentes niegan todo valor a la doctrina de los "derechos humanos" o "derechos del hombre", afirmando que se trata de un contrasentido.⁶⁴ Otros epígonos del positivismo, por el contrario, pretenden sostener la posibilidad de la existencia de derechos subjetivos "humanos", pertenecientes al hombre en tanto que hombre, y negar al mismo tiempo la existencia de una ley natural. La consecuencia resulta ser —además de la incongruencia— una absoluta vaguedad en cuanto al fundamento, naturaleza y límites de esos pretendidos "derechos humanos", que se terminan convirtiendo en herramientas ideológicas al servicio de algún interés político no siempre confesable.⁶⁵

VIII. CONCLUSIONES ACERCA DE LOS TEMAS TRATADOS

En la búsqueda de una respuesta a la cuestión planteada por Michel Villey y sus discípulos, sobre el carácter histórico de la noción —y de la realidad— del derecho subjetivo, hemos llegado bastante más lejos: en efecto, el intento de determinar el carácter universal o histórico de esa noción, nos ha obligado a preguntarnos por su naturaleza, por su lugar en la realidad jurídica y por su fundamento. De las respuestas dadas a estas cuestiones, creemos se desprende con toda evidencia el carácter universal de la noción —así como de la "cosa" misma— del derecho subjetivo, entendido éste como una cierta

⁶² Ver PASSERIN D'ENTREVES, A., *La Notion d'Etat*, París, Sirey, 1969, pp. 136 ss.

⁶³ SOAJE RAMOS, GUIDO, *El concepto de Derecho — El derecho subjetivo...*, cit., p. 21.

⁶⁴ Cfr. ROBLES, GREGORIO, "Análisis crítico de los supuestos teóricos y del valor político de los derechos humanos", en: *Rivista internazionale de Filosofia del Diritto*, Milano, Giuffrè, nº LVII, 1980, pp. 479 ss.

⁶⁵ Sobre esto, ver MILLÁN PUELLES, ANTONIO, "Los derechos del hombre y la dignidad de la persona humana", en: *Sobre el hombre y la sociedad*, Madrid, Rialp, 1976, pp. 129 ss. y BRUNNER, EMIL, *La Justicia*, Méjico, UNAM, 1961, pp. 79 ss.; escribe este último autor, que "bajo el título de los «derechos del hombre» han sido postuladas muchas cosas que nada tienen que ver con los derechos originarios y primarios de libertad, sino que más bien corresponden a determinadas ideas políticas o sociales, que en sí son cuestionables.", p. 79.

relación de pertenencia o permisión, existente entre un sujeto jurídico munido de un título y otro sujeto jurídico, considerado éste en su deber u obligación jurídica; todo ello como consecuencia de la causalidad eficiente moral y ejemplar de la norma jurídica.

Hemos establecido también, y queremos reiterarlo ahora, que la aceptación del derecho subjetivo como realidad incuestionable, no supone la aceptación del subjetivismo jurídico moderno, cargado de consecuencias negativas para la vida jurídica y política. Pensamos, en el mismo sentido que León Husson, que "la correlación que hoy en día se establece corrientemente entre la doctrina de los derechos del hombre y el subjetivismo jurídico y a la cual la ambigüedad de la noción de derecho subjetivo aporta la inseguridad del lenguaje, no es esencial. Ella proviene de la contaminación de una noción, de la que el cristianismo sembró los gérmenes en el pensamiento moderno, por el individualismo moral, sostenido por la filosofía nominalista que ha inspirado a la ciencia moderna en sus orígenes, desde los redactores de las primeras declaraciones de derechos del hombre".⁶⁶ Y si esta vinculación entre derecho subjetivo y subjetivismo jurídico *no es esencial*, ello significa que es posible plantear los temas: derecho subjetivo, derechos del hombre, poder jurídico, desde una óptica realista o, como prefiere llamarla Villey, desde la óptica de la doctrina del derecho natural clásico.

Planteado desde esta perspectiva, el derecho subjetivo aparece como una extensión analógica de la noción de derecho; incluso un crítico tan vehemente del subjetivismo jurídico como Luis Lachance, afirma que "sin embargo, cabe justificar posteriormente este uso (de la locución «derecho subjetivo») por el recurso a la analogía. Pues el poder del sujeto, que es efectivamente su *dominium*, deriva de su derecho en el sentido original de la palabra, como deriva todo lo que es racional y lícito (...). No merece el nombre de derecho, sino en virtud de una *denominación extrínseca*".⁶⁷ Si quisiéramos otorgarle un estatuto lógico, podríamos decir que nos encontramos frente a una "propiedad"⁶⁸ del derecho, que si bien no es constitutiva de su esencia, se sigue necesariamente de ella y se encuentra en cada una de sus manifestaciones. "Derecho", en sentido propio, sigue siendo la "realidad justa", la obra humana informada por la justicia objetiva, pero esta información por la justicia supone *siempre* la existencia de un poder jurídico en otro sujeto. Así lo exige el carácter de alteridad de la conducta jurídica y lo pone de manifiesto la doble función: imperativa y atributiva, que se evidencia en toda norma jurídica.

Se trata, por lo tanto, de situar adecuadamente la noción de derecho subjetivo en el marco de la realidad jurídica total, evitando las deformaciones e hipertrofias ocasionadas por la filosofía subjetivista moderna y estableciendo su fundamento y límites a partir de la realidad de las cosas y no de una noción individualista y estrecha del sujeto de derecho. De este modo se podrá dar cuenta y razón adecuada de esa realidad insoslayable que se ha

⁶⁶ HUSSON, LEÓN, "Droits de l'homme et droits subjectifs", en: A.P.D., nº 26, París, Dalloz, 1981, p. 374.

⁶⁷ LACHANCE, LOUIS, *Le droit et les droits de l'homme*, París, P.U.F., 1958, p. 175.

⁶⁸ Ver VANNI ROVIGHI, S., *Elementi di Filosofia-Lógica*, Brescia, La Scuola, 1980, p. 63.

dado en llamar "derecho subjetivo". La actitud de Villey y sus discípulos de negar —en razón de su rechazo del subjetivismo de la Edad moderna— la realidad misma del derecho subjetivo, no nos parece justificada; el hecho de que la sistematización primera del tema haya salido de manos de filósofos subjetivistas e individualistas, no tiene la virtud de comprometer a la "cosa" misma, a la realidad del poder jurídico, con los postulados de esa filosofía. La tarea que se presenta a quienes no comparten los supuestos de la filosofía moderna, consiste en clarificar la noción, iluminando la realidad del derecho subjetivo con las luces de una filosofía más abierta y más realista. No es negando una realidad, o considerándola como puramente histórica y contingente, como se habrá de echar las luces de la filosofía sobre un tema que acucia a los juristas y políticos de nuestro días; sólo asumiéndola y derramando sobre ella la claridad del saber más alto, se podrá realizar alguna contribución al esclarecimiento de un tema que ha sido la fuente de los más lamentables equívocos y las más deplorables confusiones.

CARLOS IGNACIO MASSINI
Universidad de Mendoza
Universidad Nacional de Cuyo

ACERCA DEL ABUSO DEL DERECHO

I. ORIGEN DE LA CUESTIÓN

Llama la atención del investigador, la llamada teoría del “abuso del derecho”, como si fuera un logro reciente de la cultura jurídica, como si en tiempos primitivos el derecho subjetivo pudiera usarse hasta desnaturalizarlo, sin que por ello la sensibilidad jurídica elemental se sintiera agredida. Para el cultor de la civilización heleno-latina, no puede pasar desapercibido que tal situación no es así, y que más allá del sistema jurídico-décimonónico que comenzara con la Exégesis, siempre hubo en la práctica una teoría del abuso del derecho.

Algunos más condescendientes, o con una cierta agudeza mayor, hacen fincar los albores de la teoría en la segunda mitad del siglo pasado,¹ como reacción natural al rigorismo legal que protagonizaron los Tribunales franceses, para luego quedar consagrada en los textos legislativos de principios del presente siglo. En una palabra, sería una teoría contemporánea forzada por las decisiones judiciales que en la práctica advirtieron tempranamente los excesos de una aplicación literalista de la norma consagrada en los códigos.

Otros más avisados, logran entrever en el Derecho Romano clásico² ciertos vestigios de esta teoría sin una conformación definitiva, pero que sirvieron de semilla generadora de la moderna concepción del abuso del derecho, como contraposición del principio sociológico de la solidaridad, con el principio individualista de la libertad, establecido sólidamente a partir de la organización constitucionalista de los Estados contemporáneos³ y que, por ello, llegaron a exaltar hasta el abuso el ejercicio de los derechos que dimanaban de esa libertad.

¹ WARAT, LUIS A., “El concepto del abuso del derecho y la teoría kelseniana”. En: *Rev. Jur. de Bs. As.*, Buenos Aires, Fac. de Der. de la U.N.B.A., 1967; I-III, t. I, p. 213: “Por otra parte, la dificultad existente para definir el abuso del derecho resulta explicable si se tiene en cuenta que se trata de una teoría moderna, que hace su aparición en la segunda mitad del siglo XIX, en las decisiones judiciales de los Tribunales franceses, para quedar consagrada en los textos legislativos a principios del siglo XX”.

² MARTINS, PEDRO B., *O abuso do direito e o ato ilícito*, Sao Paulo, Freitas Bastos, 1941, 2ª ed., t. I, fasc. 14, p. 30: “A concepção do abuso do direito, como se ve nao é inteiramente nova, perdendose a suas origens no período clássico do direito romano. Ela sofreu, em várias fases da evolução jurídica, eclipses determinados pelo triunfo das ideias individualistas de que, em regra, se achavam impregnadas as legislações”.

³ MARTINS, PEDRO B., ob. cit.; t. I, fasc. 8, pp. 21/22: “E’ verdade que alguns de seus principios informativos mergulham as raízes no direito romano, onde se encontraram, em vários fragmentos esparsos, vestigios da reprovação, em doutrina autonoma, perfeita-mente destacada de aoutras teorias afins, como a da culpa, a dos atos indirectos e a da fraude pauliana, devese exclusivamente aos esforços de alguns juristas contemporaneos que procurar trasplantar para o direito civil o principio sociológico da solidariedade, em substituição ao velho conceito de liberdade em que se fundavamos direitos subjetivos”.

No faltan quienes sostienen con firmeza que los romanos conocieron y aplicaron la teoría del abuso del derecho, aunque no llegaron a formularla explícitamente,⁴ pero que ello se notó sobremanera en la práctica pretoriana y con motivo del ejercicio del derecho de propiedad. Lo cierto es que, para el Derecho Romano, el abuso del derecho no es una teoría, sino un sentido común jurídico, personificado y utilizado por el pretor frente a situaciones y circunstancias en las que la pura aplicación de la ley, resultaba claramente injusto.

Pero, los romanos no son ni pudieron ser, un hecho cultural incausado; ellos se hicieron fuertes a partir de una filosofía básica que supieron asumir y que les informó un cuerpo metafísico espléndido y desde el cual edificaron su estructura jurídica.⁵ Son los antiguos helenos los que están por detrás del *Corpus Iuris*; es en los pensadores de la antigüedad clásica donde hay que buscar las verdaderas raíces de cualquier sentido de equilibrio, de armonía y de justicia universal.

Releyendo el capítulo décimo, del Libro V de la *Ética Nicomaquea* de Aristóteles, encontramos en su parte final el siguiente texto: "*Con ello queda también de manifiesto quién es el hombre equitativo, aquel que elige y practica esta clase de justicia y no exige una justicia minuciosa en el mal sentido, sino que sabe ceder aun cuando tiene la ley de su parte*"*. ¿No es acaso un claro ejemplo de la teoría del abuso del derecho? ¿No es el hombre equitativo, el justo por definición, que sólo usa con medida de lo suyo sin dañar a los demás, que no abusa del derecho aunque la ley lo proteja?

Es que la "nueva" teoría del abuso del derecho, es tan nueva como el hombre mismo. Está en su misma naturaleza, ya que el derecho ha acompañado al ser humano desde su misma sociabilidad que es lo mismo que decir desde su propio origen, ya que el hombre es sociable por definición. Que por momentos el derecho se eclipse frente a la fuerza irracional, no quiere decir que el derecho no sea tal. Es justamente entonces cuando brilla más, cuando se abusa de él, cuando se le contraviene.

El concepto del abuso como contrario a la equidad, y el concepto del derecho como acorde con la equidad, es quizá lo más perenne que tiene esta teoría. Lo jurídico identificado con lo equitativo, es el ápice de la Justicia, de suerte que ésta se conforma en una armonía o equilibrio equitativo, de

⁴ CORREA, ALEXANDRE, "Remarques sur l'abuse des Droits en Droit Romain Classique". En: *Rev. da Faculdade de Direito*. Sao Paulo, Univ. de S. Paulo, 1972; vol. LXVII, p. 22: "Nous soutenons donc que pour l'essentiel les Romains ont clairement senti le besoin de prohiber l'abuse des droits quoiqu'ils ne se soient jamais souciés de formuler des principes. Les sources sont connues et elles sont discutées, comme on le sait, surtout à propos du droit de propriété".

⁵ CORREA, ALEXANDRE, ob. cit., p. 21: "...si les Grecs sont reconnus comme les créatures de la Philosophie, pourquoi les Romains n'auraient ils pas où avoir eu des idées philosophiques, surtout quand on sait que sous le rapport de la pensée ils ont été les disciples des Grecs? Ensuite, quoique n'ayant pas exprimé de façon claire le principe de l'abus des droits, les Romains, comme toujours, l'ont intuitivement senti; et, d'une façon générale, dans nos rapports intellectuels avec les Anciens il nous a seulement fallu étendre la portée de leurs intuitions".

* *Eth. Nic.* - 1137b 34 - 1138a 3.

tal manera que "equidad" es sinónimo de justicia y no un *plus* de ella. Es común o equívoco, considerarla como algo más o mejor que la justicia, pero como ya lo enseñara el Estagirita, se distingue más bien de la justicia vulgar descripta según la ley, y se confunde con la justicia estricta o de lo justo propio.

Por ello, los teóricos actuales siguen insistiendo en lo universal de esta doctrina; en la aspiración constante por la justicia frente a la pura legalidad.⁶ El abuso del derecho no tiene cabida en una concepción rígida de ritualismo normativista extremo, y no hay nada más contrapuesto a ello que el admitir el abuso, admitiendo coetáneamente el *dura lex sed lex* del pandectismo romano. Quien se mueve en los cánones de la norma y presume de metajurídico todo lo que de esto excede, debe considerar una contradicción la teoría del abuso.

Es que la ley se escribe para lo general, y quien se aferre del privilegio concedido por la letra para aprovecharse de los demás, se comporta como un insociable que en este caso es lo mismo que decir "injusto".⁷ La letra mata y el espíritu vivifica, y la norma tiene letra y tiene espíritu que la informa, que le da sentido y le otorga razón y autoridad imperante. El literalismo riguroso, contraviene muchas veces este espíritu teleológico, y traiciona los fines propuestos en general por fines mezquinos e individualistas, en perjuicio del bien común que es el único fin legítimo del derecho.

Toda norma se dicta en procura de un equilibrio social justiciero, dicho de una manera general y sensible para que sea conocida por todos. Sólo que a veces, la aplicación pura y simple al caso particular, causa un desequilibrio o desarmonía muy encontrada con lo que la ley pretendía obtener en su finalidad prístina. Es entonces cuando el derecho se eclipsa y aparece el anti-derecho o "entuerto" que en nuestro caso se denomina con una locución bien poco feliz: "abuso del derecho". Para limitar el abuso, y volver al derecho por sus fueros, está el recurso a la equidad,⁸ que es el recurso a la justicia misma.

⁶ MARTÍNEZ USEROS, F., *La doctrina del abuso del Derecho*. Madrid, Reus, 1947, t. II, fasc. 2, p. 47: "Igual se estimó en sus orígenes a la propia doctrina, y téngase en cuenta, que con nuestras afirmaciones, desde un plano de *lege ferenda*, no aspiramos a la legalidad sino a la justicia. Nadie que no piense de este modo puede ser partidario de la teoría del abuso del derecho, toda vez que ésta pone en juego frente al rigor de la ley, la equidad y la justicia".

⁷ RESTREPO GUTIÉRREZ, "El abuso del derecho como fuente de responsabilidad" en: *Estudios de Derecho*, Univ. de Antioquía; 1962; Año XIII, vol. XXI, t. II, fasc. I, p. 35: "No es posible consentir el abuso del derecho favorable a una persona y en detrimento de la colectividad. Propendemos por el imperio de la equidad sobre la letra misma de la ley, del ideal de justicia sobre la rigidez del texto escrito. Para los que así no piensan, la teoría del abuso carece de importancia. Pero quizá no se dan cuenta los impugnadores de la teoría de que están renegando del fin mismo del derecho, que no es otro que el imperio de la justicia".

⁸ URIBE RESTREPO, F., "Abuso del Derecho", en: *Rev. de la Fac. de Der. y C. C. Pol.*, Medellín, Gráficas Ltda., 1980, n° 49, pp. 42-3: "Considera la Sala que el criterio de equidad que aplicó el sentenciador para resolver este caso, encaja dentro de la teoría jurídica del abuso del derecho, que constituye, además, principio general de interpretación de la ley, aplicable en el campo del derecho privado y con mayor razón en el del derecho laboral, dado su carácter de orden público.

"Nadie que ejerciera su derecho en el límite fijado por la ley, puede causar agravio", sostenían los romanos; pero visto desde una perspectiva subjetiva y no tomando en consideración la totalidad de la relación jurídica, verdadero *domus* del derecho. Es en éste, su lugar natural, donde la locución puede cobrar un sentido válido, ya que la visión unilateral causa muchas veces el agravio de la contraparte, agravio desmedido, sin razón, sin utilidad, con ánimo vengativo; en definitiva, con abuso en el ejercicio de la facultad.⁹

La equidad viene a restituir las cosas a su quicio, pero la equidad no es una fórmula mágica y de validez universal, sino que es un arte o una virtud de restablecer el equilibrio violentado en el ejercicio aparentemente legítimo de un derecho subjetivo dentro de los límites y descripciones de una norma legal. La equidad, entonces, es relativa a las circunstancias particulares que rodean la especie jurídica; depende del lugar, tiempo y modo de los comportamientos de alteridad;¹⁰ surge sí de la cultura jurídica de los pueblos, más que de la sensibilidad o repugnancia por el atropello.

Es por esto que no hay que confundir "equidad" con "caridad". No es altruismo tampoco, ni sentido de solidaridad social. Tiene una profunda raigambre racional, como toda virtud cardinal, por la que el hombre se convence inteligentemente de qué es lo suyo natural en cada caso concreto. No hay en-

"Se trata, como es sabido, de una teoría de *reductio aequitatem* de casos concretos del *dura lex* similar por ello a figuras como el riesgo imprevisible de plena vigencia en el campo laboral, pues se trata de hacer más humano el derecho. Se parte de la base inobjetable de que todo derecho debe ejercitarse de acuerdo con su objetivo social propio, en orden al cumplimiento de un fin social que con él se persigue. El derecho subjetivo (*facultas agendi*) puede entrar en conflicto con el derecho objetivo (*norma agendi*) y éste debe servir de base para corregir posibles desviaciones, desafueros o excesos que ocurren en el ejercicio del derecho subjetivo. Equivale, por tanto, a aceptar que no hay derechos absolutos, incondicionados, intocables o rígidos, pues todo derecho es relativo, condicionado, instrumental y flexible. El derecho no constituye una sotelequia jurídica pues es, ante todo, un medio para el logro de fines sociales concretos".

⁹ FERRER MARTÍN, DANIEL, "El abuso del derecho en el proceso", en: *Rev. de Der. Procesal Iberoamericana*. Madrid, 1969, t. 1º, fasc. "B", p. 114: "Fue la doctrina moderna la que llamó la atención sobre este desmedido alcance a que podría llevar el axioma romano, poniéndose limitaciones que dieron origen a la doctrina del abuso del derecho.

"Sus partidarios la fundamentan en que si estos abusos no originasen sanción alguna, se llegarían a restringir los casos de responsabilidad a los actos expresamente prohibidos por la ley; dicho de otro modo, a hacer inútil dicha responsabilidad, pues cuando la ley prohíbe un acto tiene buen cuidado de fortalecer su mandato con una sanción civil o penal, que hace innecesario cualquier otro recurso, justificando ello que hayan de ponerse límites allí donde el ejercicio del derecho traspasaría, en detrimento de otro, los límites de la equidad".

¹⁰ CASTIGLIONE, JOSÉ, *El abuso del Derecho*, Buenos Aires, V. Abeledo, 1921, t. III, fasc. 84, p. 117: "La equidad es el fundamento que dan los autores partidarios de la teoría del abuso del derecho, citados por Amézaga. La equidad es una noción variable en el tiempo y en el espacio, según las circunstancias y según las épocas; depende de la cultura, del grado de ilustración, y hasta, si se quiere, de la sensibilidad de las sociedades. Es una noción elástica y amplia hasta el infinito, por cuya razón no podría precisarse jamás en una fórmula. Hay tantas equidades, según tantas épocas, según tantas sociedades".

tonces morigeración del rigorismo legal por la moral natural,¹¹ hay ajuste de lo normativo, por la justicia misma en la manera más pura y perfecta de justicia, que recibe el apelativo propio de "equidad" o justicia de lo individual.

Como consecuencia de lo dicho, el concepto de derecho subjetivo ha quedado sumamente precisado; ya no puede considerarse sin más la *facultas agendi* ilimitada dentro del marco legal, sino que depende de un contexto más vivo que la norma pura¹² de una consideración relacional-dialogal de lo humano, de una conciencia de los deberes hacia los demás y de un criterio de buena fe que veda todo aprovechamiento excesivo de la persona del *alter ego*.¹³ Dentro de la teoría del abuso, no tiene sentido concebir al derecho como la permisón legal en un marco de lo no-prohibido, sino como el ejercicio concorde con el sentido y la finalidad propuesta por la norma, en procura de una armonía social identificada con la justicia de lo concreto.

II. LA CONCEPCIÓN FINALISTA

La más reciente caracterización de la teoría del abuso del derecho, consiste en explicarla mediante el recurso a la contravención de la finalidad de la norma misma. Se ve en ella siempre, una dependencia más o menos evidente a la ley, como origen de cualquier derecho subjetivo posible; sólo que en ella se distingue su literalidad de su finalidad. Lo primero da el marco objetivo dentro del cual se mueve la facultad, lo segundo otorga la concordancia del actuar objetivo con las motivaciones del legislador al momento de normativizar.

Es considerado esto, un gran progreso dentro de la ciencia jurídica porque la exégesis legal no se circunscribe al análisis literal u objetivo, sino que

¹¹ RODRÍGUEZ - ARIAS, I., "El abuso del derecho", en: *Rev. de la Fac. de Der. de la Univ. de México*, México, Universidad Nacional Autónoma, 1955; t. V, fasc. 17/18, pp. 11/12: "Algunos autores quisieron ver, por esto mismo, en la teoría del abuso, una contusión del derecho con la moral, un conflicto entre ambos órdenes que ellos venían considerando totalmente ajenos el uno del otro, cuando por el contrario, los precedentes históricos nos han demostrado que la abertura por la que ha penetrado en las legislaciones de todos los pueblos el principio del abuso de los derechos, ha sido por la de equidad impregnada de lo racional y de lo justo".

¹² Ob. cit. (ibidem), p. 30: "O sea que en esta materia juegan tres conceptos fundamentales: el *concepto de derecho*, considerado no sólo por sí y en sí mismo, sino también en las funciones de los derechos de los otros asociados, derechos paralelos o interferidos, según los casos, derechos que de todos modos coexisten en una misma sociedad, en la cual surgen y se ejercitan; el del *uso normal del derecho*, tanto objetivamente, en los límites que el uso normal de los otros derechos necesariamente impone y, subjetivamente, en los límites que el mismo titular del derecho se impone a sí mismo, en cuanto sea consciente de los propios deberes hacia la sociedad y los otros coasociados, titulares de otros derechos concurrentes; y los *criterios de equidad y la buena fe*, que guían al titular del derecho en el uso y en el ejercicio del mismo, orientándole hacia una concepción civil y moderna de sus prerrogativas sociales".

¹³ CASTIGLIONE, JOSÉ, ob. cit.; t. III, fasc. 85, p. 118: "La teoría del abuso del derecho, en oposición a los derechos supuestamente caracterizados como absolutos, nace y es una emergencia de esta misma oposición. Su función específica es la de corregir y reprimir el ejercicio de los derechos, cuando han violado el derecho ajeno, cuando han causado un daño a otro. Cuando se ejerce un derecho, no debe mirarse tanto el derecho del agente, sino el derecho de aquel a quien se dirige el hecho".

se adentra en las razones normativas *ratio legis* que informan todo mandato, a fin de desentrañar el verdadero sentido y alcance que por ella se otorga a cualquier derecho subjetivo.¹⁴ El derecho, entonces, no se conforma con una expresión legal definitiva, sino que es menester explicarlo concordemente con el sentido y finalidad que al instituirse, se le otorga.

Implica asimismo la concepción, un límite racional al derecho subjetivo ejercido aún dentro de los límites literales.¹⁵ El actuar justo, no se reputa tal en cuanto actuar legal, sino que se exige además una legalidad tal, que el comportamiento no contradiga en todo o en parte los fines propuestos por el ordenamiento o sistema normativo. Mientras el ejercicio se mantenga en esta línea de orden teleológico, será legítimo y amparado; si se desvía, será un abuso del derecho subjetivo.

Existe una curiosa variante entre aquellos que distinguen sutilmente entre “exceso” y “abuso” del derecho.¹⁶ El primer término implicaría un abuso temporal en el ejercicio que traspasa la necesidad indispensable del titular en desmedro del congénere jurídico. El segundo término consistiría no ya en un abuso por demás, sino en un abuso por distinguo; o sea por ejercicio desviado de su objeto propio, o bien desviado, en los medios mismos de tal ejercicio.

Pero en lo que esta tesis está de acuerdo, es en que hay un ejercicio aparentemente legítimo que contraviene el espíritu o la finalidad del derecho instituido.¹⁷ La legitimidad se convierte entonces en ilegitimidad,¹⁸ lo lícito en

14 PUIG PEÑA, FCO., “El abuso del derecho en el área penal”, en: *Estudios de Deusto*, Bilbao, Univ. de Deusto, 1965, vol. XIII, t. I, n° 25/26, pp. 566-7: “Un ejemplo especial de la irrupción profunda del finalismo en la actividad humana dentro del campo jurídico, es la doctrina del abuso del derecho, que en los modernos ordenamientos se ha considerado ilícito, siempre que los derechos se ejecuten con una finalidad distinta de su propia razón de ser y el sujeto actuante obre con conocimiento de esa desviación sociológica, el cual forma el contenido de su voluntad de llevarla a cabo, o ésta se produzca como consecuencia de una grave culpa”.

15 SPOTA, ALBERTO G.: *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Depalma, 1947; vol. 2, t. Intr. fasc. 166, p. 3: “...procede estudiar la fundamental aplicación de esa teleología jurídica, o sea, el abuso de los derechos como causa perentoria para negar al titular del derecho subjetivo la protección del ordenamiento jurídico y como fuente de responsabilidad, sin perjuicio de su función preventiva. Con ello, quedará sentada la relatividad de los derechos, en cuanto éstos sólo pueden ejercerse en tanto se mantengan en el plano de la respectiva institución jurídica, sin desvirtuar los fines perseguidos por el derecho objetivo”.

16 NÚÑEZ, RICARDO: “Derecho Penal Argentino. Parte General”, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1959; vol. I, t. VI-7, fasc. 2, pp. 403-4: “La ley exige para justificar el acto típico, que el ejercicio del derecho se realice en forma legítima. Este requisito excluye el exceso y el abuso en el ejercicio del derecho cuando ese ejercicio va más allá de la necesidad que el caso supone. Existe abuso en tal ejercicio si el autor obra extralimitando los términos de su derecho, sea en relación al objeto de éste, sea por la forma de ese ejercicio”.

17 RESTREPO GUTIÉRREZ, ob. cit.; Año XXIII, vol. XXI, t. II, fasc. 1, p. 34: “El abuso del derecho es el daño causado a un interés como consecuencia del ejercicio de un derecho de acuerdo con la legalidad objetiva, pero en desarmonía con su espíritu o finalidad”.

18 RESTREPO GUTIÉRREZ, ob. cit.: “Criterios para determinar el abuso del derecho”, Año XXII, vol. XX, n° 60, 1961; p. 285: “La teoría del abuso del derecho es una teoría objetiva porque sencillamente se trata de averiguar el espíritu mismo de cada derecho... Para nosotros, el desvío del derecho de su función es la piedra angular de la teoría; los motivos confluyen al fin, pero éste les da su matiz de legítimos o ilegítimos”.

ilícito, lo legal en contrario al espíritu de la norma; puesto que lo jurídico no deviene directamente de lo imperado, sino de la racional idea del imperativo. Son las motivaciones que el *imperator* tiene en cuenta en sus mandatos, lo que fundamenta el ejercicio de los derechos, pero no los mandatos mismos.

En este punto se confunden las cuestiones, porque la desviación del fin propuesto por el legislador obedece a una intención dañina y, en tal sentido, el aspecto subjetivo de la mala fe irrumpe en la teoría.¹⁹ Siempre que se actúe con "siniestra intención", se está abusando del derecho, y se entiende por ello, la intención malévola de obtener un beneficio a partir de los resquicios legales.²⁰

La técnica jurídica le otorga un punto de apoyo para actuar en apariencia lícitamente, pero el abusivo se aprovecha de su intención, técnicamente impecable, para burlar los objetivos previstos oportunamente por el ordenamiento del cual se precave.²¹ El abuso del derecho, se entiende de esta suerte, como un derecho en apariencia, pero, al fin de cuentas, es un anti-derecho ya que con él se obtiene lo contrario que el derecho siempre pretende: la armonía, el equilibrio, la justicia del dar a cada uno lo que le corresponde.

Aquí se vuelve materia opinable, si esta intención dañina, para ser tal, requiere de la situación dolosa, o también basta la culpa grave. No faltan quienes identifican las situaciones equiparando en la práctica lo segundo a lo primero, ya que los recaudos mínimos e indispensables que deben tomarse en la vida de relación, no pueden omitirse sin esta intención desaprehensiva por el prójimo. Pero lo propio, es el conocimiento de que con el ejercicio abusivo, se perjudica y se daña, y se contraviene el orden querido para una sociedad justa.²²

¹⁹ LEONFANTI, Ma. A., *Abuso del Derecho*. Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1945; t. III, fasc. 4, p. 95: "El abuso en el ejercicio de un derecho cuando proviene de una intención malévola contra el orden jurídico, implica siempre un acto materialmente jurídico —el objeto sobre que recae está dentro de los límites del derecho objetivo— pero formalmente antijurídico en atención al fin".

²⁰ DOBROVICI, C., *De l'abus de droit (these pour le doctorat)*, París, Giard & Briere, 1909, t. VII, fasc. c: "Par conséquent, les partisans de l'abus admettent une responsabilité distincte de celle qui découle de l'absence ou le défaut de droit, une responsabilité qui nait, non plus du fait d'avoir outrepassé les limites légales ou conventionnelles d'un droit, mais d'avoir exercé ce droit dans un but vexatoire pour nuire à autrui. C'est à-dire, ils admettent que non seulement tout droit est limité dans son contenu mais de plus son exercice ne peut avoir lieu dans un but de nuire à autrui, sans intérêt ou sans motifs légitimes. Cette doctrine veut donc séparer d'une part, les limites du droit, et d'autre part, le but que poursuit l'exercice du droit".

²¹ CRABB, JOHN H., "El concepto francés del abuso del derecho", en: *Revista Jurídica Interamericana*, Tulane, Inst. de Derecho Comparado, 1964; vol. 6, t. II, n° 1, p. 34: "Cuando se abusa de un derecho, el responsable está técnica o mecánicamente dentro de los límites formales del derecho concedido, y podrá también actuar de manera cuidadosa; pero no estará ejerciendo el derecho conforme a su naturaleza y objeto, sino más bien para algún otro objetivo no contemplado al otorgarlo".

²² *Rev. de Derecho Español y Americano*. Madrid, Estades, 1957; año II, n° 5, fasc. "D", p. 74: "No es necesario la intención de causar daño a un tercero; pero sí es preciso que la persona al abusar de su derecho sepa y quiera, con su ejercicio, desviar sus propias facultades del sentido económico y social que, o bien la ley, o bien las costumbres del mundo de nuestros días, o bien, en definitiva, los nuevos principios acogidos por la jurisprudencia, otorgan a aquél; conocer y querer que, por tanto, deben formar parte del contenido de la voluntad del autor".

Además de la mala intención, y siempre dentro de este aspecto subjetivo de la concepción bajo nuestro análisis, se hace necesario otro elemento en el otro extremo de la relación jurídico-abusiva; es el del daño inferido a otro, el permanente *alterum non laedere* de los romanos.²³ Nadie podría concebir como abusivo el ejercicio de un derecho subjetivo, si con ello no se causa perjuicio a nadie, ya que el daño es la condición de la injusticia, y no hay ilícito, si no hay entuerto, y no hay tal, si no hay desmedro en la persona o personalidad del congénere jurídico-dialogal.²⁴

Toda finalidad propuesta por el sistema normativo, es una finalidad social; el titular o derechohabiente, no puede contravenirla so pena de incurrir en abuso de su derecho. Un comportamiento en tal sentido, se desvía del fin buscado por el legislador, que no puede ser nunca contrario al bien común de la sociedad jurídica. El abusivo es aquel que ejerce su derecho en puro interés propio, con conciencia egoísta y con perjuicio para los demás; es decir, con un resultado final de daño para con el prójimo.²⁵

El finalismo en la teoría, tiende a relativizar la casi totalidad de los derechos subjetivos,²⁶ relegando a la categoría de excepción, aquellos que pueden ser considerados facultades absolutas e invulnerables. Aún así, este carácter excepcional, es siempre relativo al bien común, puesto que bienes o valores jurídicos considerados supremos, como por ejemplo "la vida", queda sujeta siempre a la vida misma del grupo social. El derecho subjetivo a la vida propia es absoluto bajo condición de inocencia, pero relativo a su función social.

²³ ROCCA, IVAL: "Abuso del Derecho", en: *Rev. La Ley*. Buenos Aires, LL, 1961; t. 104 (t. II, fasc. 4), p. 979: "No basta la simple titularidad del derecho en el nacimiento del abuso: es necesario obrar, actuar, ejercitar o dirigir las acciones, para producir efectos que material y jurídicamente sean consecuencia del derecho que originariamente ha acordado la ley... sino ser la resultante de una desviación del agente; debe existir daño fuere directo o indirecto, mediato o inmediato, previsible o imprevisible, y ser producto, ese daño, de la forma anormal, incorrecta, excesiva, desviada, antisocial en que el derecho se ha ejercitado".

²⁴ CRABB, JOHN H., ob. cit., p. 40: "El concepto de utilización «anormal» ha sido propuesto para formular una teoría general de responsabilidad por el abuso del derecho. Ello sugiere una expresión genérica para comprender todo abuso del derecho, diverso de aquellos que resultan de la intención de causar daño. Si una persona causa un daño a través de un ejercicio anormal de los derechos, debe ser responsable".

²⁵ LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires, Perrot, 1970; t. II, fasc. 1265 bis, p. 179: "Pero no es posible dejar que los derechos subjetivos se desentiendan de la justicia o se desvíen del fin para el cual han sido reconocidos, y se utilicen, en cambio, como armas de agresión para sojuzgar y explotar a los demás. De ahí que el titular de los derechos no puede ejercerlos en cualquier dirección aún con un signo nocivo, o sin interés para él. La libertad está adscripta al ejercicio regular de los derechos, no debe salirse de madre; no se la debe considerar como un fin absoluto, al que sea menester sacrificar incluso al hombre mismo como lo exigían los ídolos fenicios. Si es legítimo el uso de los derechos no puede tolerarse su abuso".

²⁶ SPOTA, ALBERTO G., ob. cit., vol. 2, t. Intr., fasc. 168, p. 3: "Los derechos subjetivos «incausados», es decir, las facultades absolutas, son una excepción sólo justificable por una valoración de la seguridad jurídica que agota en sí misma todo el fin social o económico perseguido en el precepto o institución en juego. Con esa salvedad, la conclusión a que llegaremos será que los derechos subjetivos son relativos y han de ejercerse, para merecer el amparo del ordenamiento legal, sin desviación de esos fines, sin bastardearlos, o sea, sin incurrir en abuso de la prerrogativa".

Pareciera ser que el derecho se tiñe del signo de los tiempos por los que transcurre. Así, en el siglo XIX, una impronta de individualismo liberal lo recorre; mientras que en el presente, es el comunitarismo social el que lo inficiona.²⁷ El comportamiento jurídico, sin embargo, cualquiera sea la época, siempre es el mismo: es el comportamiento justo o injusto, condescendiente o agravante, tolerante o dañino. Sea que la norma admita o no, prevea o no el abuso del derecho, cualquiera sea el tiempo, un actuar egoísta es injusto porque realza el *ego* en desmedro del *alter ego*, violentando con ello el equilibrio y la armonía de toda auténtica justicia.

Hay en esta teoría finalista, un detalle importante en la conceptualización del sentido del fin del derecho. Anteriormente a ella, no se tenía muy en claro una finalidad única, totalizadora y omniabarcante, sino que se consideraba una pléyade de bienes jurídicos protegidos, o un plazo axiológico que informaba todo el sistema normativo. En la actualidad, se considera abusivo el comportamiento que no solamente contraviene alguno de esos bienes o valores, sino también aquel que agravia el fin último y único del derecho como tal, llámesele a éste “orden justo” o “bien común”.²⁸

Otro aspecto de lo mismo, es la caracterización del derecho como medio para un fin superior²⁹ que tiene categoría de político, por encima de un nivel puramente jurídico. Es a la justicia en la sociedad a lo que tiende el derecho a realizar, y en tal sentido si sólo alcanza un provecho parcial o un beneficio particular, queda desmedrado el común y comprometido el equilibrio. El uso o ejercicio del derecho, por lo tanto, se convierte en abuso o expoliación del derecho que ya no le conviene esta jurídica denominación.

Tanto es así, que la denominación “derecho” hace referencia a una “dirección hacia” o tendencia rectilínea terminal en un fin racionalmente propuesto. Pues bien, el abuso del derecho, es justamente torcer esa dirección, esquivar el fin prefijado, desnaturalizar el objetivo a cumplir; mediante una conducta que, por alguna circunstancia, cambia la especie en lo esencial, aun-

²⁷ PUIG PEÑA, Fco., ob. cit., p. 573: “...deberá aceptarse la teoría del abuso del derecho siempre y en todo caso que éste se ejercite en contra de su finalidad económico-social y la persona que lo actualice «conozca y quiera» este destino antifuncional o por lo menos ejercite de esa forma el derecho por consecuencia de su culpa grave”.

²⁸ LEONFANTI, MA. A., ob. cit., p. 98: “Entendemos que en el abuso del derecho, la circunstancia *cur* —el fin adjunto— especifica el acto transformándolo en antijurídico, cuando implica una condición principal del objeto del mismo determinante de la especie del acto. Porque lo desplaza de su fin racional que es el orden jurídico”.

²⁹ *Ibid.*, t. III, fasc. V, p. 103: “Ya que el abuso implica —por ser contrario al uso— desvirtuar el fin natural de la cosa usada. Del mismo modo que no se diría uso, sino abuso la operación por la cual aplicamos un medio a un fin impropio a su naturaleza, así también no es uso del derecho sino abuso todo ejercicio que desvirtúe el fin de ese medio social, que es el derecho. El uso del derecho —por ser uso— ontológicamente está condicionado al fin del mismo que es el bien común. Ya que el derecho no es fin en sí mismo, según dijimos, implica siempre un medio para que la persona humana naturalmente social, cumpla con sus fines personales”.

que en lo aparente puede ser considerada una conducta arreglada a lo normado generalmente.³⁰

Aquí cabe recordar una antigua distinción sofística, la de *physis* y *nomos*, que advierte sobre el sentido otorgado por la naturaleza (*physis*) y el fin indicado por el legislador (*nomos*). El principio siempre determina una ecuanimidad, un equilibrio o armonía que permite la subsistencia en el ser y en el existir; mientras que lo segundo, no acierta necesariamente y puede ser traicionado por un comportamiento desnaturalizado. Así, pues, puede hablarse sin dificultad, de lo natural y de lo convencional en el derecho, y si lo segundo contraviene a lo primero, se abusa justamente del derecho.³¹

Son varios los autores que ya mencionan explícitamente al derecho natural como el fundamento último de la teoría moderna del abuso del derecho,³² pero cualquiera sea el nombre que le otorguemos, o cualquiera sea su contenido, todos están conformes en considerarlo una supralegalidad, un metasistema normativo al que se recurre, no para enfrentarse a la norma misma, sino para adecuarla con los fines por ella tenidos en cuenta o, mejor aún, con el fin supremo del derecho.

Es por ello que la valoración jurídica del comportamiento social implica un doble análisis; primero un análisis somero o epidérmico, puramente formal, que consiste en la adecuación con la norma así como quería el racionalismo (*aedecuatio intellectus ad mentis*), luego un segundo paso, más hondo y material, que consiste en la verificación de la conducta con la realidad de las cosas (*aedecuatio rei intellectus*). Sólo cuando se verifican ambas adecuaciones, se puede predicar de legítimo y lícito un comportamiento.

Puede ser, por tanto, que una conducta bajo nuestro análisis surja legítima, por una suerte de legalidad exterior o aparente, y que así se haya juz-

³⁰ LEONFANTI, MA. A., ob. cit., n° 19, p. 97: "El acto humano como tal —es decir, ejecutado voluntariamente—, no sólo toma su bondad del objeto que lo especifica, sino también de las circunstancias. Y, así, mientras un acto puede ser lícito por su objeto —el ejercicio de un derecho— puede adquirir la nota de ilícito por alguna circunstancia importante que afecte especialmente el orden de la razón desviándose de él, y transformando el acto en ilegal ontológicamente, ya que la ley implica un ordenamiento racional. Y el acto que no se ordena al debido fin, repugna a la razón y por esto implica concepto de malo en orden moral, y de ilegal en orden al derecho, si aquella circunstancia es «manifiesta», como puntualizamos".

³¹ MÉNDEZ COSTA, J.: "El abuso del derecho", en: *Boletín del Inst. de Der. Civil*, Santa Fe, ed. Univ. del Litoral, 1967, t. 7, p. 11: "...el abuso se define como el acto realizado en ejercicio de un derecho, cuyos «fines naturales» se desvirtúan porque el agente obedece a un «motivo ilegítimo», «manifiesto y determinante» del acto".

³² JOSSERAND, LOUIS: "De l'esprit des droits et de leur relativité", París, Dalloz, 1939; t. III, fasc. 305, p. 415: "...toute cette théorie de l'abus constitue la consécration et la sanction de l'esprit dont sont animées nos différentes prérogatives et dont elle prétend assurer la parfaite observance; grâce à elle, les droits se réalisent, non pas dans une direction quelconque, mais dans une ambiance sociale, en fonction de leur mission et en conformité de ces principes généraux qui sont, comme on l'a dit, sous-jacents à la légalité et qui constituent, dans leur ensemble, un droit naturel à contenu variable et comme une superlégalité. Chacune de nos facultés tend à un but qui est déterminé par l'esprit de l'institution: c'est la théorie de l'abus qui les maintient dans le droit chemin, qui les empêche de s'en écarter et qui les conduit ainsi, d'une impulsion sûre, jusqu'au but à atteindre".

gado en otro tiempo durante el que lo externo era el reducido campo de lo jurídico,³³ pero luego de un mejor y más detenido estudio, llegamos a la conclusión de que si bien puede reputarse de legítima, debemos considerarla ilícita por constituir un abuso del derecho. Es que el derecho no termina en sí mismo, sino en la sociedad.

III. LA TEORÍA DE LA ILICITUD

Conviene detenerse un poco en la propia perífrasis “abuso de derecho”, para encontrar en ella una contradicción en sus mismos términos. La tesis es por demás conocida como una teoría negativista, o sea, la que sostiene que no existe un auténtico abuso del derecho, pues del derecho sólo se usa, y en la medida en que se excede los límites de lo permitido, o se agravia sin utilidad a los demás, se actúa sin derecho o en contra del derecho mismo, ya sea en su espíritu, ya en su finalidad previamente propuesta.

Los campeones de la teoría son, a no dudarlo, Planiol y Ripert,³⁴ quienes hicieron famosa la frase: “el derecho cesa donde el abuso comienza”, queriendo significar con ello que el abuso del derecho no comporta una categoría conceptual muy distinta de cualquier acto ilícito. Ha de advertirse que no se emplea el término “ilegal” sino el cercano al orden ético de “ilicitud” como si los críticos intuyeran que en este tema hay algo de moral o de inmoral que no alcanza a percibirse con claridad, pero que hace sentir su presencia.

No obstante, no entra en consideración aún la teoría, un ingrediente ético para cambiar la especie jurídica, sino que todavía se sigue empleando el término “derecho” con significado de “ley” o “norma” jurídicos. La ilicitud se mantiene dentro de los límites de lo jurídico, aunque ya pareciera escaparse, pero es muy pronto para romper el gran hiato kantiano entre la interioridad de la moral y la exterioridad del derecho, en el que se encuentra cabalgando el hombre moderno.

³³ Ob. cit., t. III, fasc. 313, p. 423: “C'est ainsi que nos droits changent de finalité et d'esprit et que leur point d'équilibre se déplace au cours des siècles, parfois même dans un assez court espace de temps. En même; l'acte autrefois correct devient abusif et c'est toute l'économie du système qui s'en trouve altérée: ainsi s'affirme une fois de plus la loi suprême de l'évolution qui domine le monde social au même titre et dans la même mesure que le monde physique lui même; ainsi se vérifie cette vérité première, si simple et si volontiers méconnue, que le droit est fait pour et par la société, non la société pour le droit”.

³⁴ PLANIOL Y RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil* (Trad. propia). París, 1923; t. II, fasc. 871, p. 287: “Esta nueva doctrina reposa por entero en un lenguaje insuficientemente estudiado; en su fórmula «uso abusivo de los derechos» es una logomaquia, pues si uso de mi derecho, mi acto es *lícito*; y es *ilícito* cuando traspaso mi derecho y actúo *sin derecho*, «injuria», como decía la ley Aquilia. Negar el uso abusivo de los derechos no es intentar hacer pasar por permitidos los actos dañosos muy variados que la jurisprudencia ha reprimido; es solamente hacer esta observación: Que todo acto abusivo por el solo hecho de ser ilícito es en el *ejercicio de un derecho*, y que el abuso de derecho no constituye una categoría jurídica del acto ilícito. Es necesario, pues, no ser engañado por las palabras: *el derecho cesa donde el abuso comienza*, y no puede haber «uso abusivo» de un derecho cualquiera, por la razón irrefutable de que un solo y mismo acto no puede ser, a la vez, conforme al derecho y contrario al derecho”.

Lo relevante aquí es que, por primera vez, advertimos una falencia técnica: la locución choca a la comprensión racional y al sentimiento jurídico del estudioso,³⁵ y es sólo admisible por un motivo lingüístico o retórico, ya que la frase ha adquirido carta de ciudadanía en los estudios de derecho. Este es un punto de partida, el escepticismo del crítico lleva a un análisis más profundo de la cuestión, para conocer qué es lo que ocultan las palabras y las frases hechas.

En un primer momento se advierte que la teoría del abuso del derecho, no nace de la ley, sino que más bien se contrapone a ella; es obra de la jurisprudencia y de la doctrina³⁶ que van abriendo el camino de la justicia perenne. Luego se van recorriendo sus partes integrales, y se descubre que participa tanto de lo legal como de lo ilícito y de lo excesivo, como formas y maneras diferentes de decir lo injusto, pero de diversos ángulos.

Más, la dificultad reside en que la ilegalidad que comporta no es común, desde que lo que se configura con la ley no puede constituir ilícito acto alguno.³⁷ Es decir, en este punto se produce la primera distinción, hay dos ilegalidades: la literal y la de sentido. Hay dos maneras de contravenir la ley: por su texto y por su espíritu, y es válido atribuir a ambas formas, el término de "ilegal".

Lo que sí se pretende mantener, es el dualismo esencial entre lo lícito y lo ilícito. Allí no caben términos medios, o una u otra cosa, y el abuso del derecho debe ubicarse entre los actos lícitos, o bien, entre los ilícitos.³⁸ No hay terceras opciones, so pena de vulnerar el principio lógico del tercero

³⁵ RODRÍGUEZ - ARIAS, L., ob. cit., p. 30: "...técnicamente es impropia la denominación de «abuso del derecho», que no puede responder más que a una figura retórica pero sin ninguna consistencia científica, en cuanto que el derecho se disfruta o ejercita, y sólo es la cosa sobre que recae el derecho la que se usa; nunca, tampoco, se abusa, ya que recíprocamente es lo que evita en cuanto regula la norma jurídica una relación humana o institucional".

³⁶ RODRÍGUEZ-ARIAS, ob. cit., p. 16. "A nuestro parecer, la concepción del abuso, tal como se ha pretendido construir por la jurisprudencia y la doctrina, participa de las tres clases de actos; pues si consideramos que el ejercicio abusivo de un derecho equivale a un acto de apariencia jurídica, tendremos un acto *ilegal*; si por abuso de derecho, entendemos un acto intencionalmente dañoso, estaremos en presencia de un acto *ilícito*, y, por último, si por abuso del derecho nos figuramos el ejercicio de un derecho ilícito en su origen y finalidad, pero sin atenderse a los intereses ajenos o salvando reglas de prudencia, o sea, que su ejercicio pueda suponer incluso «desconsideración» hacia los derechos ajenos, estamos ante un acto *excesivo*".

³⁷ LÓPEZ OLACIREGUI, J. MA., en: *Rev. del Colegio de Abogados de La Plata*. La Plata, Colegio de Abogados, 1968; Año 10, n° 21, t. II, fasc. 3, p. 81.: "...si los derechos son facultades concedidas por la ley y si su ejercicio comporta la explicitación de sus contenidos implícitos, va de suyo que no puede ser ilícito o contra-ley algo que por definición consiste en actuar lo que la ley concede. Afirmar que el ejercicio de un derecho no es lícito es tan obvio como afirmar que lo permitido está permitido, vale decir, comporta una tautología".

³⁸ AGUIAR, HENOC H. *Hechos y actos jurídicos*. Actos ilícitos, II, ed. Tipográfica Editora Arg. 1950, t. II, fasc. 21, p. 114: "Si los actos son permitidos son actos lícitos, si la ley prohíbe, o sin prohibirlos expresamente, establece una pena o sanción para el caso de ejecución o de abstención, el acto es ilícito. En consecuencia, el acto llamado de abuso del derecho, necesariamente tiene que ubicarse en una de esas dos especies de actos; y, como lo que se busca por la doctrina que lo sustenta, es establecer en contra de aquel que lo realiza, la responsabilidad por el perjuicio causado, es indudable que dicho acto constituiría, por definición, un acto ilícito, vale decir, uno llevado a cabo *sine iure, id est contra ius*".

excluido. Es importante observar que el principio se hace jugar respecto de la justicia, pero pareciera que no es muy aplicable respecto de la ley, de suerte que no causaría el mismo escándalo racional, concebir un punto intermedio entre lo legal y lo ilegal, cual sería lo "abusivo".³⁹

Alguien ya se da cuenta del fondo de la cuestión, y formula su tesis terminante:⁴⁰ "el acto abusivo es el acto injusto" aunque tenga la ley de su parte, como hace siglos lo pregonara el Preceptor de Alejandro. Por un lado transcurre la legalidad externa y general, el concepto del derecho diríamos en terminología stammleriana; mientras que, por otro lado, circula la idea de la justicia. Este dualismo no es antitético, ya que hay simple contrariedad y no contradictoriedad.

Pero aun dentro de la ilicitud, caben matices. Hay cierta ilicitud patente e inicial de la que no cabe duda, pues se contrapone a la ley escrita y a la justicia subyacente en ella; pero hay otra ilicitud sobreviniente, que se ampara en la letra de la ley, aunque finalmente la traiciona.⁴¹ No se trata de una ilicitud diferente, ya que ambas pertenecen al mismo género; se trata de un grado adverso, de un ocultamiento de la ilicitud que es menester develar por medio de un trabajo racional.

No falta quien sostenga que la ilicitud proviene del mismo ordenamiento que veda el acto abusivo, por lo que se vuelve ilícito al contrariar la prohibi-

³⁹ ROUSSEL, PIERRE, *L'abus du droit* (étude critique), París, Dalloz, 1913, t. I, fasc. 3, pp. 8/9: "Cependant des juristes de haute valeur ont envisagé l'existence d'un moyen terme qui participerait à la fois du droit et de la faute et qui constituerait un nouveau principe de responsabilité. Frappés de la «puissance d'extension» et de la «nocivité» des droits, ils ont organisé eux divers moyens de résistance. Par horreur du dommage et par pitié des victimes, ils ont voulu «comprimer» ces forces et les rendre inoffensives. Et ils ont admis que, sans cesser d'être des actes légitimes et autorisés, les droits pouvaient engendrer une responsabilité, soit par le seul affect de leur intensité, soit dans les modalités de leur mise en oeuvre. Ils en ont fait des pouvoirs contestés et des facultés réticentes. Et de l'union de ces inconciliables est née une catégorie juridique *sui generis*: «l'abus du droit»."

⁴⁰ GATTI, EDMUNDO, *Lecciones y ensayos*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, 1960; n° 18, t. II, fasc. f, p. 47: "La oposición entre los partidarios de la teoría del «abuso del derecho» y sus impugnadores, tiene en el fondo, una raíz iusfilosófica. Substitúyanse los términos «abuso del derecho» por la palabra «injusticia» y en nada habrá cambiado el pensamiento de los sostenedores de la teoría. Arrojen, pues, sus partidarios la «máscara del abuso» y la oposición de que tratamos se pondrá al descubierto, por un lado, como la oposición entre el derecho natural y el derecho positivo, entre la Teoría del Derecho Natural y la Escuela Histórica del Derecho y, por el otro, como un reflejo del dualismo iusfilosófico: «el concepto del derecho» y la «idea de la justicia»."

⁴¹ CARRANZA, JORGE A., *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970; t. VII, p. 32: "Pero reiteramos aquí que estamos en presencia de una especie de hecho ilícito, porque mientras en el hecho ilícito genérico propiamente dicho la ilicitud es inicial, en el abuso del derecho hay un arranque legítimo de la conducta representada por la titularidad del que abusa, en cuya virtud se observan en un comienzo —diríamos que literalmente— los términos conceptuales de la facultad de que se trata, produciéndose después su desviación con el propósito de dañar; mientras que en los ilícitos civiles se violan los contenidos materiales de las obligaciones legales o convencionales, pero con una actitud que es *ab initio* condenable".

ción normativa.⁴² Pero aún así, la *ratio legis* de la prohibición del abuso reside en cierta ilegitimidad interior del acto que tuerce el fin último propuesto por el sistema y que no puede ser otro que la armonía social impuesta como bien común del grupo legislado. El sistema normativo se autodefende frente a la traición solapada.

Otro aspecto rescatable es el de los presupuestos descubiertos para admitir el abuso como especie de lo ilícito. Se requiere además de la contravención, la relación causal dañina.⁴³ Esto es un paso más adelante, pues se pone atención en la persona humana y se desatiende un tanto el aspecto formal de la contravención. No interesa exclusivamente la torcedura del sistema, cuanto más la injuria inferida al otro, es la justicia material que campea sobre la formal de la pura tipicidad delictual.

La ruptura del esquema exclusivamente normativista es un presupuesto necesario para la admisión de la teoría del abuso.⁴⁴ Si el derecho se agota en la norma jurídica, la teoría tiene poco margen de existencia; o bien se amplían los límites de la normatividad llevándola de la letra al espíritu, del dispositivo escueto al sistema entero; o bien, se rompen estos límites haciendo ingresar elementos extranormativos, sean éstos metajurídicos o no.

En el ingreso de estos elementos, en primer lugar caben los que llamaríamos jurídicos o axiológico-jurídicos; es decir, aquellos que pertenecen de alguna manera al sistema propuesto ya sea enunciados por el mismo, ya sea implícitos y sujetos a una hermenéutica suficiente.⁴⁵ A partir de ciertos valores

⁴² Ibíd. ob. cit., p. 31: "...pensamos que estamos en presencia, frente al abuso de los derechos, de una especie de acto ilícito. Y ello porque, desde que se instituye a nivel legal o normativo la prohibición del abuso, la violación de esa veda apareja la antijuridicidad del acto... Es que, nos parece, si el derecho objetivo condena la acción abusiva, ésta pasa a constituir una acción contraria al derecho, que choca contra el confín legal, convirtiéndose en un hecho ilícito, ya que se ha violado un deber jurídico, aunque la ilicitud de que aquí se trata tenga cierta ilegitimidad interior por la defectuosa persecución de un fin que la ley ha tornado obligatorio".

⁴³ LÓPEZ, J. EMILIO, "El abuso del derecho", en: *Estudios de Der.*, Medellín, Univ. de Antioquía, 1966; Año XXVII, 2ª época, vol. 25, nº 69, p. 85: "Entonces, al ser abuso del derecho una especie de acto ilícito, que compromete la responsabilidad civil del individuo, deben llenarse, para que ésta surja, los restantes presupuestos que la integran: el daño y la relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño".

⁴⁴ MOLINA, JUAN C., *Abuso del Derecho*. Buenos Aires, Astrea, 1969; t. II, fasc. 3, p. 32: "Los defensores de la teoría no advertían que si el derecho era y se agotaba en la norma jurídica, no podían sostener, dentro de los principios lógicos más elementales, que quien ejerciera una facultad otorgada por la norma jurídica pudiera incurrir en un acto ilícito. No podían encontrar una salida de tal contradicción, tomar conciencia de la verdadera esencia de lo jurídico, sin una reflexión crítica previa dirigida a conocer con certeza la verdadera esencia de lo jurídico".

⁴⁵ MOLINA, JUAN C., "La teoría del abuso del derecho en el derecho privado", en: *Bol. de Estudios Políticos y Sociales*. Mendoza, Univ. de Cuyo, 1963; t. 13, p. 53: "Aceptar la teoría del abuso, o por lo menos no negarla, que es el punto de partida de la posición que examinamos, es admitir implícitamente, la idea esencial de la institución, es decir, que en ciertas condiciones y circunstancias —variables según el criterio que se adopte como revelador del abuso— es posible reprimir o privar de efectos al ejercicio de las facultades jurídicas, aun cuando guarden concordancia con las condiciones y límites objetivos impuestos por la ley".

subyacentes o explícitos, se debe hacer el enjuiciamiento del acto para catalogarlo o no de abusivo. Si el comportamiento es acorde con la ley, pero contrario al plexo axiológico admitido previamente el acto es, sin lugar a dudas, ilícito.

Hay que encontrar aquí, dos especies de límites: el formal o aparente, dado por el marco normativo, y el material o subyacente, dado por la axiología en la que el sistema se funda.⁴⁶ En ningún caso se sobrepasa los límites de lo jurídico pues de alguna manera es el propio sistema el que impone sus límites. Aquí todavía la locución “abuso del derecho” tiene el significado legal o normativo, y lo ilícito no se separa totalmente de lo legal. No hay enfrentamiento entre la justicia y la ley, porque ésta ha cobrado una nueva dimensión, cual es la del sentido que le otorgan los valores fundantes.

Se siguen utilizando los dos criterios de ilicitud: el primero y elemental, propio del acto evidentemente contrario a la ley en su letra y en su espíritu; y el segundo o crítico, en el que la ilicitud proviene de la contrariedad de espíritu solamente, prefijado o admitido como los valores que informan el ordenamiento.⁴⁷ El acto abusivo se considera ilícito, justamente, porque se ubica en esta segunda especie de ilegalidad, no patente, pero sí existente.

Esta postura no parece comportar escepticismo moral, sino que descarta todo valor que no esté consagrado en el sistema como forma de limitar el arbitrio judicial.⁴⁸ Hay sí un límite infranqueable, puesto que se supone —con acierto o no— que la conciencia moral del juzgador depende de la circunstancia humana en que se halle y, tratándose de parámetros totalmente subjetivos, no puede garantizar ninguna imparcialidad ni ningún punto de equilibrio en lo justo de alteridad.

Siempre se considera la aparición de un “derecho subjetivo” más como un seudoderecho subjetivo, que como real, ya que falta la consagración legal de

⁴⁶ MOLINA, JUAN C., ob. cit., n. 44; t. II, fasc. 5, p. 38: “Con relación a la teoría del abuso, estas observaciones indican con claridad que si se pretende mantener el principio dentro del dominio de lo jurídico, debe funcionar únicamente dentro de la órbita de la axiología contenida en el respectivo ordenamiento normativo vigente. El juez llamado a juzgar sobre la ilicitud de un acto de los mal llamados abusivos, no podría entonces, en modo alguno, acudir a valores extraños al contenido axiológico del ordenamiento jurídico en vigor, porque saldría del dominio de lo jurídico para caer en el terreno extraño al de sus funciones: la ética, la política, la religión, etc., convirtiéndose en legislador, con lo que perdería el rumbo de lo estrictamente jurídico”.

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 35: “El acto será lícito si guarda simultánea concordancia con el enunciado legal y los contenidos axiológicos de ese enunciado, e ilícito en caso contrario, y especialmente con relación a nuestro tema, cuando vicle ese contenido valorativo aunque aparezca cumplido dentro de los límites objetivos de la fórmula legal”.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 39: “El llamado acto abusivo, para utilizar la terminología tradicional, pero entendiéndoselo simplemente como un acto originariamente ilícito y contra derecho, sería aquel que, cumplido de conformidad con la fórmula lógico-racional de la respectiva norma legal, violara, sin embargo, los valores conceptualizados por ella. Los límites absolutamente infranqueables impuestos al juez por la naturaleza ontológica del derecho son los que separan los valores jurídicos significados por las normas, de los demás valores que exceden ese contenido significativo”.

éste, o mejor, la adecuación de éste con el espíritu y finalidad de la norma.⁴⁹ El derecho se presenta como un interés particular que siempre existe, como realidad sociológica en la vida de alteridad; en algunos casos es legítimo, cuando está descrito y protegido por la norma, y en otros no lo es, cuando pese a su descripción, no lo protege, como es el caso del abuso.

Una primera y simplista solución a la aporía planteada por los autores franceses, es concluir por la inexistencia del derecho en caso de "abuso".⁵⁰ El que abusa de su derecho, actúa "sin derecho", es decir, llega a un punto, en el que su actuar se vuelve contra los fines del ordenamiento, contra los valores que lo informan, y por lo tanto, el acto desnaturalizado no puede considerarse jurídico.

El derecho subjetivo no surge de la consagración legal y se independiza de la norma en su ejercicio, sino que prosigue permanentemente vinculado a ella, que reglamenta su forma de comportarse. Si el comportamiento jurídico, inicialmente acorde con lo normado, se descontrola en el decurso del actuar, hiere los legítimos derechos de los demás, entonces debe reputarse "abusivo" y origina la responsabilidad consecuente de reparar el daño causado.⁵¹

Otro punto de acercamiento al orden moral, se destaca cuando en el acto "abusivo" se nota su característica de dañino, de innecesario, de ejercido sin utilidad para el titular.⁵² Entonces, la ilicitud se desprende un poco más de la ilegalidad, porque apunta a viejas máximas éticas incorporadas definitivamente al vocabulario jurídico, de suerte que forman algo como un juego de locu-

⁴⁹ GATTI, EDMUNDO, ob. cit., n° 18, t. II, fasc. d, p. 46: "Partiendo de la concepción jurídica que admite la existencia del derecho subjetivo, y definido éste como un «interés jurídicamente protegido» (Ihering), mediante un «poder atribuido a una voluntad» (Savigny), es claro que tendríamos que aprobar la solución del C. C. Alemán, pero no porque en tal supuesto —inexistencia del interés para el titular— haya «abuso del derecho», sino porque en tal situación no existiría derecho, de acuerdo al concepto que de éste se ha dado".

⁵⁰ LAQUIS, MANUEL, "Abuso de derecho y conflictos de derechos", en: *Lecciones y Ensayos*. Buenos Aires, ed. Gráficos EGLH, 1958; N° 7, p. 124: "Sin embargo, de acuerdo con los fundamentos críticos expuestos sobre la teoría del abuso del derecho, consideramos que en este último caso no nace un conflicto de derechos, porque el que ejerce un derecho «contrariando» o «desnaturalizando» su «espíritu» o «desviando» su «fin social o económico» actúa «sin derechos»".

⁵¹ AGUIAR, HENOC D., ob. cit., p. 115: "El que ejercita su derecho, cualquiera que sea su naturaleza, dentro de la esfera, en el modo y en la forma determinados en la ley, no puede herir el derecho de otro, cuyo límite es el límite del derecho ajeno, ya que no se concibe que dos personas tengan, sobre el mismo objeto, dos derechos iguales en especie y contenido. De esto, que es axiomático, claramente se desprende que cuando se ocasiona un perjuicio a alguien por el que deba responder el agente, o hubo extralimitación del derecho, o se ejerció en forma y modos distintos de los permitidos por la ley. Ello, bien entendido, siempre que el perjuicio sea una consecuencia de esa extralimitación, de esa manera anormal de actuar el derecho, es decir, cuando existe entre éstas y el daño, una relación de causa a efecto, como la que debe haber entre el hecho generador y el hecho generado".

⁵² *Ibid.*, p. 118: "... o sea, que el ejercicio del derecho será ilícito cuando se efectúe fuera de la necesidad determinada por su destino individual y cuando al ejercitarse sin utilidad alguna para su titular, su ejercicio causare un daño a otro".

ciones que definen y explican un conjunto de valores a la vez éticos y jurídicos, sobre los que se apoya el sistema normativo.⁵³

Esta apertura cada vez mayor hacia el nivel ético, se funda principalmente, en la atención dispensada al comportamiento jurídico en lo que de puramente subjetivo tiene.⁵⁴ Si se repara en la manera de conducirse del titular de un derecho subjetivo, se pueden advertir dos formas de actuar: objetiva y subjetivamente dentro del marco legal y atendiendo a los valores que informan el sistema; o bien, con apariencia de tal, pero con clara intención de perjudicar al prójimo y sin utilidad propia, y aún así, sin que la utilidad encuentre un asidero legítimo admitido.

Es curioso notar cómo los autores más positivistas necesitan del elemento subjetivo (dolo o culpa) para encontrar un sustento a la explicación de la teoría.⁵⁵ La noción misma del "abuso" los lleva a la necesidad de presuponer una motivación espúrea; es el derechohabiente el que actúa mal, con engaño o negligencia suma, en cuyo comportamiento se destaca su intención dañina y su fraude a la ley impuesta para el bien de los demás, y no para su perjuicio; pues el fin de todo derecho es la armonía social y el recto uso de la compulsión.

Pero, aún en los que se mantienen dentro de este aspecto de la ilicitud de la teoría, cunde el temor por lo metajurídico. No admiten el ingreso de elementos extraños al propio orden jurídico al que están habituados a manejar; inclusive se resisten a poner en manos de expertos jurídicos, como son los jueces, estos elementos metajurídicos.⁵⁶ Los Tribunales deben encontrar dentro

⁵³ LEÓN, PEDRO, "Abuso del Derecho", en: *Encicl. Jurídica Omeba*. Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1954; t. I, p. 130: "Sólo se habla del ejercicio abusivo de los derechos, cuando con él se ha causado un daño a otro y cuando un hecho puede resultar impune, por no aparecer limitado en el derecho positivo, ese modo de ejercicio que se califica de abusivo".

⁵⁴ NUÑEZ, RICARDO, ob. cit., p. 404: "Pero la ilegitimidad puede tener también un aspecto extraño al contenido del derecho y la forma puramente objetiva de su ejercicio. Esto resulta de la posibilidad de comprender en ella lo que la doctrina define como «abuso del derecho», asignándole al abuso una base esencialmente subjetiva. Esa condición subjetiva está bien caracterizada por la teoría de los «actos de hostilidad» (actos de rivalidad o actos emulativos). Tales son los actos realizados por el titular de un derecho en el ejercicio de éste, sin utilidad propia y con el solo fin de perjudicar a otros, impulsado por envidia, despecho, venganza u otro motivo reprochable".

⁵⁵ SALVAT, RAYMUNDO, *Derecho Civil Argentino. Fuentes de las obligaciones. Hechos ilícitos*. Buenos Aires, Tipográfica Argentina, 1958; fasc. 2745, p. 96: "Desde un punto de vista racional, parece más lógico que el ejercicio de un derecho pueda llegar a constituir un acto ilícito, pero a condición de que haya mediado culpa o intención dolosa, porque entonces hay una base legal para la imputación del perjuicio: el derecho queda tal cual es, con los límites que el legislador ha considerado necesarios, pero, si el titular de él obra con dolo o culpa, entonces la responsabilidad viene como sanción de la intención deshonesto o de la conducta negligente".

⁵⁶ LINARES QUINTANA, S., *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional. Parte Especial. T. III. Libertad constitucional*. Buenos Aires, Alfa, 1956; t. V-III, fasc. 1879, p. 394: "...la aplicación positiva del principio del abuso del derecho debe ser encarada con criterio de política jurídica, a través de la sanción de normas legales objetivas, ciertas y generales que lo prohiban o enerven, y no en una fórmula lata y genérica que invista al juez de facultades discrecionales en cada caso particular, para discriminar si existe o no abuso del derecho. El poder de policía constituye un medio constitucionalmente adecuado para limitar los derechos a través de la sanción de normas legales, justas y razonables, que no afecten la esencia del derecho o la garantía reglamentados".

del propio sistema, o a lo sumo, encontrar los principios dentro del sistema que les faculden a definir y combatir el abuso del derecho.

No se debe dejar librado a la discrecionalidad del juzgador, la valoración de estos comportamientos, so pena de que éste haga jugar sus propios principios metajurídicos. Hay sí una necesidad de romper el marco de la legalidad objetiva; se advierte sí la existencia de actitudes emulativas que son contrarias a derecho; pero el derecho sigue divorciado en definitiva, del orden moral.

IV. EL COMPLEMENTO ÉTICO

Superados finalmente los complejos morales, la teoría del abuso del derecho termina admitiendo en sí una motivación ética que le sirve de justificativo y soluciona la mayor parte de las dificultades que planteaba la resistencia en incluir estos elementos. El factor metajurídico asoma por el lado genérico, es decir, por la ciencia general que estudia el comportamiento humano, cual es la Moral en su más lata expresión.⁵⁷ La ley moral que sirve de freno y de límite al abuso del derecho.

La relación de género a especie, se perfila finalmente como un género moral, del que se extrae la especie jurídica. El orden universal está regido por la ley moral, del que el orden jurídico se plantea como el reino de la norma positiva. Si un comportamiento, una actividad se desprende de lo jurídico y va a contravenir el orden genérico, no merece su protección y puede catalogarse sin más, como "abusivo".⁵⁸ Es la moral lo omniabarcante en materia de conducta humana, y lo que determina las leyes a las que debe adecuarse.

Los que así explican la teoría no tienen ninguna dificultad en encontrar sus raíces en la cultura jurídica occidental⁵⁹ y de remontarse hasta los primeros pensadores de nuestra era, descubriendo en ellos los mismos justificativos que

⁵⁷ RODRÍGUEZ-ARIAS, L., ob. cit., t. V, fasc. 6, p. 11: "Es por lo que Savatier nos dice que esta teoría constituye un caso de conflicto entre el derecho y la moral o, con más precisión, entre un derecho subjetivo perteneciente a una persona y el deber moral que le incumbe, pues usando de su derecho, falta a su deber moral. Por lo que el abuso del derecho, viene a significar una limitación de los derechos positivos por la intervención de la ley moral". (RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*. París, 1949; p. 167).

⁵⁸ LEONFANTI, MA. A., "La doctrina del abuso del derecho y su recepción en la Constitución Argentina", en: *Rev. de CC. Jurídicas y Sociales*. Santa Fe, Univ. del Litoral, 1954; Año XVI, p. 80: "Siempre he sostenido que el principio general que proscribiera el abuso del derecho, es una aplicación jurídico-social de los postulados de la ciencia Moral respecto de los actos humanos: el uso del derecho está condicionado por el deber, aquél es instrumento necesario para que la persona cumpla sus fines humanos, que se coordinan con los otros fines particulares en el ordenamiento social-jurídico, que es, a su vez, un aspecto del orden universal, reflejo de la razón eterna".

⁵⁹ PUIG PEÑA, Fco., ob. cit., p. 577: "Tiene una gran prosapia en la línea histórica de la Filosofía en general, la motivación moral de los actos humanos. Ya Aristóteles, en su *Ética a Nicómano*, y por contraposición en cierto punto con las doctrinas de Sócrates y Platón, se hizo cargo del problema de la duplicidad de los motivos, estableciendo el principio de que determinadas virtudes, como la prudencia o la habilidad, sólo son laudables si el fin a que se tiende es bueno; pero en cambio, son vituperables si el fin es malo o egoísta".

ahora utilizan como razón última para descalificar un acto que, adecuado a la ley, se presenta inadecuado con la justicia. El acto es inmoral por dañino, aunque se ejecutara de conformidad con la norma; tal es la enseñanza perenne de *Antígona* de Sófocles.

Dejar insepulto un hermano constituye un acto abusivo por más que se adecue con la norma que sanciona de esta manera a los sediciosos. Ello contraría las buenas costumbres, la moral natural y los fines sociales que comporta toda norma positiva.⁶⁰ Los que así actúan no deben tener la protección legal, ni el aval de los tribunales, ni el beneplácito de los conciudadanos, sino que conciertan un vínculo jurídico, de raíz moral, por medio del cual deben ser demandados de reparar el daño ocasionado con su actuar ilícito.

En este punto, el término "ilícito" cobra toda su dimensión ética originaria; se inviste de su pleno sentido prístino, de lo que repugna a la moral. El acto abusivo es ilícito, no propiamente porque contraviene a los parámetros normativos, pues ello ha quedado fuera de consideración, sino únicamente porque su autor ataca la fuente moral del comportamiento,⁶¹ se enfrenta con la valoración común de lo bueno y lo malo en la conducta social, y se yergue como dañino para los demás.

Una variedad cabe en esta postura, la de considerar a la moral, como expresión de un derecho natural prenормativo y funciona como regulador del sistema.⁶² La distinción entre moral natural y derecho natural es sutil y pueden tomarse aquí como sinónimos, ya que el derecho natural no es sino la moral de alteridad.

⁶⁰ MOLINA, JUAN C., ob. cit., t. I, fasc. 1, p. 11: "Cuando el titular de una prerrogativa jurídica, de un derecho subjetivo, actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad, pero que resulta contraria a la buena fe, la moral, las buenas costumbres, los fines sociales y económicos en virtud de los que se ha otorgado la prerrogativa; o bien cuando actúa con culpa o dolo, sin utilidad para sí y causando daños a terceros, incurre en un acto abusivo; no ejerce el derecho sino que abusa de él. En tal caso, el acto carece de eficacia y vincula la responsabilidad del agente por los daños causados".

⁶¹ WARAT, LUIS A., ob. cit., t. IV, p. 222: "En ese tren de ideas, podríamos definir el acto abusivo como el acto ilícito pero que compromete la responsabilidad de su autor por el daño causado en el ejercicio de su derecho, en virtud de una imposición metajurídica. Y si quisiéramos aún más reducir nuestra definición, podríamos decir que el acto abusivo es un acto lícito pero reprobado por la valoración metajurídica. Y si, finalmente, quisiéramos aún más resumir la definición del acto abusivo, destacando tan sólo su rasgo sobresaliente, podríamos expresar, que el acto abusivo es «ilicitud metajurídica», destacándose así la fuente ética que legitima la imposición del deber de resarcir el perjuicio causado, que la regla legal vigente no protege, por tratarse del ejercicio de un derecho que ella reconoce".

⁶² RESTREPO GUTIÉRREZ: "El abuso de derecho como fuente de responsabilidad", en: *Rev. de Der. Español y Americano*. Madrid, Estados, set. 1962; Año VII, n. 31, t. II, fasc. 1, p. 231: "En el verdadero abuso no se ataca un derecho sino un interés. Decimos que no se ataca un derecho en cuanto el abuso no viola un derecho garantizado singularmente por el ordenamiento jurídico. Afirmamos que se lesiona un interés; ahora, que ese interés pueda ser expresión de un derecho natural no lo negamos; lo que sostenemos es que el ordenamiento jurídico no lo ha protegido, puesto que de ser así al atacarse un derecho ya no se usa un derecho. No hay derecho a atacar otro derecho, surgiría en este caso un acto ilícito objetivamente considerado, ya que se quebrantaría la esfera jurídica objetiva".

La función rectora del derecho natural sobre el positivo encuentra en la teoría del abuso del derecho, una muy acabada expresión,⁶³ pues la exigencia racional que justifica un mandato del legislador, proviene siempre del meta-sistema natural que precede en todo caso el dictado *hic et nunc* de cualquier norma impuesta por el poder público. El acto abusivo es entonces, el acto que contraviene el derecho natural, aunque sea concorde con el derecho positivo.

El único ordenamiento racionalmente admitido es el que proviene de la moral hacia el derecho, de manera tal que lo jurídico sirve a lo ético y no a la inversa.⁶⁴ Si la moral impone preceptos de buena conducta y de convivencia humana, no es el derecho el lugar para liberarse de ellos. No hay, en consecuencia, escisión entre derecho y moral, sino íntima conveniencia por la que el primero queda incurso en la segunda a la manera de parte integral, aunque no como sinónimo de ley impuesta.

Los que así lo entienden, no emplean el término “derecho” como idéntico al de “ley” y éste entendido como el dictado impositivo del poder público; sino que lo emplean en su más puro sentido, de lo enderezado, lo arreglado a otro según lo que a éste corresponda en estricta justicia.⁶⁵ La ley positiva queda un poco marginada de estos conceptos y evidentemente diferenciada de lo jurídico como tal, que se dice más por justo que por legal. La ilicitud atribuida al abuso del derecho es, entonces, una plena ilicitud moral y jurídica, pero no en el sentido de la ley.

El ingrediente de moral incluido ahora en el ordenamiento y que sirve de base para asentar esta teoría, ha humanizado y justificado al derecho.⁶⁶ Lo ha sacado finalmente de sus cánones legales entre los que se hallaba aprisio-

⁶³ CRABB, JOHN H., ob. cit., t. III, p. 46: “De manera que si un derecho determinado que se ha conferido debe considerarse como parte del derecho positivo en el sentido de emanar de una fuente positiva concreta, tal como la legislatura o alguna dependencia del Poder Ejecutivo, ese derecho y su ejercicio deben ajustarse a exigencias racionales superiores de derecho natural. De ahí que el derecho, como manifestación del derecho positivo, no pueda contravenir los dictados de jerarquía más elevada del derecho natural, que constituya la fuente de la que en forma directa el concepto del abuso deriva en la mayoría de las situaciones”.

⁶⁴ BORDA, GUILLERMO, *La reforma de 1968 al Código Civil Argentino*. Buenos Aires, Perrot, 1971; t. I, fasc. 8, p. 126: “Esta teoría se funda sobre todo en razones morales; los derechos no pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la voluntad de dañar al prójimo, de la mala fe”.

⁶⁵ LEONFANTI, M. A., ob. cit., n° 19, p. 92: “El ejercicio del derecho se torna abusivo cuando se ejecuta un acto fuera del orden del mismo. La malicia del agente debe ser manifiesta, como desviación del orden que informa el derecho de cuyo ejercicio se trata, de lo contrario no atañe a la ley humana el juzgarla, so pena de abrir las puertas de la arbitrariedad. Por tanto, la ley humana sanciona el «modo» malévolo en el ejercicio del derecho, cuando resulta perjudicial para la sociedad porque se «manifiesta» desviando el orden jurídico”.

⁶⁶ MARKOVITCH, M., *La théorie de l'abus du droit en droit comparé*. Paris, Inst. de Droit Comparé, 1936; t. III, fasc. 352, p. 441: “La morale, ainsi comprise, apporte dans l'ordonnement juridique deux conceptions: celle de la justice et celle de l'humanité. Et ces deux conceptions servent surtout à atténuer les effets de l'inégalité naturelle entre les membres du groupe social. C'est dans ce sens qu'on parle de la socialization ou de la moralisation du droit, et l'on constate, qu'avec l'évolution de la société, les tendances de cette sorte s'accroissent toujours davantage et que le droit est de plus en plus pénétré par les idées de la morale sociale”.

nado y desnaturalizado. La vieja frase *summum ius, summa iniuria* denota fielmente esta tragedia jurídica, al indicar el excesivo rigorismo de la ley propio de su naturaleza general que desvirtúa muchas veces el brillo propio de la justicia que es lo único a lo que tiende el derecho en su acepción original.

La teoría del abuso, en su versión eticista, se orienta hacia una concepción social del hombre y de sus derechos individuales. En este sentido la contemporaneidad se diferencia de la modernidad, por su tendencia socializante expuesta en una permanente función social de los derechos subjetivos.⁶⁷ El hombre ya no se concibe más como un solitario autoabastecido al que hay que proteger en su individualidad inalienable, sino como una parte del organismo societario, en la que se integra, a la que pertenece y a la que se debe en gran medida.

La sociabilidad humana se funda en su propia racionalidad, de suerte que el hombre es social en cuanto racional y esto es el fundamento de la ley que preside su naturaleza.⁶⁸ Si se puede hablar de una naturaleza humana, ésta es social; luego, no se deben concebir los derechos como a-sociales, sino de conformidad con la naturaleza misma del individuo a quienes pertenece. Por lo tanto, todo derecho subjetivo es una función social.

Si la teoría del abuso del derecho aspira al logro de una justicia más perfecta, esa justicia debe denominarse "justicia social",⁶⁹ aunque se deba admitir que toda justicia es de carácter social en cuanto implica el dar a cada uno lo suyo; pero, en este momento, cabe incluir en la denominación el adjetivo para una mejor comprensión del sentido profundo de justicia que contiene no sólo un sentido aritmético de igualdad y equilibrio, sino el geométrico, de armonía y equidad.

⁶⁷ FLEITAS, A., *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil Argentino*. Buenos Aires, U.N.B.A., 1944; t. I, fasc. 3, p. 18: "...los derechos subjetivos no tienen su fin en el individuo, sino en la sociedad, y ésta, por medio de sus órganos, no los acuerda ni garantiza y ampara su ejercicio para que su titular los use con fines mezquinos y en forma discrecional".

⁶⁸ LEONFANTI, MA. A., ob. cit., n. 19; t. III, fasc. 1, p. 70: "Por tanto, el abuso del derecho implica sancionar un principio del derecho natural que trasciende la misma ley positiva, so pena de carecer ella misma de contenido. Ya que, por otra parte, toda ley de procedencia humana sólo es verdadera ley —en sentido ontológico— en cuanto se conforma directa o indirectamente con la razón natural; y pertenece a la ley natural todo aquello a que el hombre se inclina según su propia forma, que es la de ser racional. Luego no puede ser jurídico, el ejercicio de un derecho positivo en contra de la recta razón, que ordena —por la naturaleza social del hombre— no dañar a los otros con quienes convive".

⁶⁹ VALLADAO, HAROLDO, "Condenação do abuso do direito", en: *Revista da Faculdade de Direito*. Belo Horizonte, Univ. Federal de Minas Gerais, oct./1968-71; Año XIX, n. 8-II, p. 101: "Em verdade, a «justicia social», imperativo supremo de nossos tempos, é a justicia distributiva baseada na equidade, valores cristãos, não solamente morais, mas preceitos positivos, indeclináveis verdadeiros imperativos da justicia superior no dizer de Santo Tomás. Destarte, tivemos de adotar no século XX outra filosofia, profundamente cristã, a filosofia do «ama a teu próximo como a ti mesmo» (não do «como el te ama» da justicia conmutativa, da guerra fria). E a filosofia do *help for life* cu melhor da *community for life* (superado o *struggle for life*, materialista), da ajuda para a vida como a cooperação fraternal de todos para a sobrevivência e a felicidade de todos. Esse principio de justicia social, que é a condenação do abuso do direito, evidentemente não pode ficar apenas num dos vários Códigos ou das varias Leis, existentes no País".

El derecho subjetivo individualista ya no tiene cabida, como tampoco la tuvo en la antigüedad clásica; el mismo término "derecho" connota un aspecto social por lo que es recto, lo que se adecua a otro, y torcido lo que lo agravia.⁷⁰ Por ello, el abuso significa torcer lo recto, agravar al prójimo, mal ejercer la prerrogativa otorgada por la ley en desmedro de los demás aunque se obtenga una ganancia con el solo objetivo de dañar. Por abuso se entiende, entonces, desnaturalizar el derecho por contravención a su propia naturaleza social.

Hay quienes piensan que el derecho ha progresado indefinidamente en la historia de la conducta humana, que en la antigüedad el derecho era primitivo, y en la modernidad, evolucionado. Esta falsa premisa, tantas veces utilizada y muy pocas demostrada, se hace evidente en este tema. El abuso del derecho, no hace sino reivindicar⁷¹ lo que al derecho le pertenece como propio: "el dar a cada uno lo que se merece", que no es nuevo, sino tan antiguo como el hombre, sólo que parece olvidado por momentos.

Es el sentido común jurídico de las personas, felizmente nunca eclipsado por positivismo alguno, el que ha hecho reverdecer las nociones de derecho y de justicia en esta pretendida nueva teoría del abuso. Es el sentido de lo recto que aflora espontáneamente en cualquier hombre de bien, lo que hace entender que una acción es contraria a derecho, aunque aparentemente se adecue a él... La reacción no se hace esperar y aunque se empleen frases hechas, o locuciones técnicamente incorrectas, quedan definitivamente incorporadas al lenguaje jurídico como significando el sentido permanente del derecho.⁷²

El ejercicio de un derecho, no puede ser nunca la "carta blanca" para la expropiación de los demás,⁷³ sino una facultad otorgada en beneficio de un ti-

⁷⁰ RESTREPO GUTIÉRREZ, ob. cit., n. 62, p. 230: "El abuso del derecho es el daño causado a un interés como consecuencia del ejercicio de un derecho de acuerdo con la legalidad objetiva, pero en desarmonía con su espíritu o finalidad. No es posible consentir el abuso del derecho favorable a una persona y en detrimento de la colectividad. Propendemos por imperio de la equidad sobre la letra misma de la ley, del ideal de justicia sobre la rigidez del texto escrito. Para los que así no piensan la teoría del abuso del derecho carece de importancia. Pero quizá no se dan cuenta, los impugnadores de la teoría, de que están renegando del fin mismo del derecho, que no es otro que el imperio de la justicia".

⁷¹ Ibíd., n. 17, p. 33: "La doctrina del abuso del derecho aparece como una verdadera evolución jurídica, y aunque todavía no está perfectamente estructurada, sus progresos sí son visibles. Trata de fortalecer los vínculos existentes entre la moral y el derecho, de eliminar el concepto absoluto del derecho subjetivo socializando este concepto, es decir, de dar a cada uno lo que merece. En síntesis: es una teoría reivindicadora del verdadero concepto de interés social".

⁷² ROCCA, IVAL, ob. cit., p. 979: "El abuso del derecho es, pues, un obrar anormal o antisocial que no trae aparejado beneficios para el ejercitante ni para la sociedad, provocando, en cambio, perjuicios a terceros o a la colectividad misma".

⁷³ FERRER MARTÍN, D., "El abuso del derecho en el proceso", en: *Rev. de Der. Procesal Iberoamericano*. Madrid, 1969; t. I, fasc. "c", p. 117: "Fue pensando en los otros límites señalados al derecho subjetivo como nació la doctrina del abuso. El titular de un derecho debe pensar que el suyo no es el único y que al ejercitarlo tendrá que adoptar las precauciones precisas para no lesionar con sus actos los derechos de los demás, sin que pueda bastarle de exculpación el que usa de una facultad de origen legal porque si todo acto amparado por un derecho legitimara una conducta, si sólo cupiera responsabilidad en los casos de ausencia de derecho, la conclusión llevaría a resultados absurdos e inicuos...".

tular, pero en función social. Aun lo más propio y en lo que pareciera que el grupo no tuviera interés alguno, que es la vida, tiene, asimismo, una dimensión social. No se es dueño absoluto de la propia vida, al punto de degradarla o destruirla, sino que los próximos sean familiares, convivientes, compañeros, etc.... toman beneficios y derechos consecuentes, de la existencia misma del individuo.

Cuando los derechos individuales se enfrentan, es cuando se patentiza la relatividad de éstos y su función social.⁷⁴ El único límite legítimo al derecho propio, es el derecho ajeno, por eso se dijo que el derecho cesa cuando el abuso comienza. El derecho es garantía de convivencia social y por ello no puede convertirse en causa de desavenencias.

La vida del derecho comporta siempre una bipolaridad, no se la puede analizar sólo bajo el aspecto de las prerrogativas individuales, sin advertir coetáneamente que ello importa consecuentes deberes y obligaciones.⁷⁵ No hay derecho alguno sin que comporte un deber, y esto no entendido como el deber del *alter-ego*, sino como la obligación propia en el ejercicio de los derechos. No hay sociedad alguna compuesta exclusivamente de privilegiados, como tampoco la hay de sojuzgados.

Las conductas antisociales se describen generalmente como inmorales,⁷⁶ porque el comportamiento contrario a la naturaleza social del hombre es evidentemente contrario a su *ethos* esencial. Es cierto que la conducta puede considerarse sin referencia a los demás, pero dicho análisis —por demás académico— es pocas veces verificable en la realidad que se tiñe siempre del contexto societario en el que se desenvuelve. Razón tiene Ortega en definir al hombre como el “yo y la circunstancia”, siendo tal circunstancia eminentemente social.⁷⁷

⁷⁴ FERRER MARTÍN, D., ob. cit., p. 118: “...el fundamento de la doctrina del abuso del derecho es más de índole social y moral, aun teniendo su matiz jurídico, y tiene como fin lograr la debida convivencia humana y la coexistencia de los derechos, pues no debe olvidarse la doble acepción del concepto derecho, como conjunto de normas reguladoras de conductas sociales, y como facultad, teniendo la primera un rango superior, por cuanto el ejercicio de los derechos concretos debe someterse a los límites señalados por aquél, que es el que garantiza la convivencia social, imposible sin este respeto...”.

⁷⁵ LEÓN, PEDRO, ob. cit., p. 128: “...ningún derecho subjetivo es ilimitado y no puede serlo, sencillamente porque no habría orden social posible. El hombre, sujeto de derechos, lo es también de deberes. No se concibe la subsistencia de una sociedad en que los hombres sean titulares de derechos solamente; así como nos negamos a admitir la posibilidad de un estado de servidumbre en que los hombres sólo estén gravados con deberes”.

⁷⁶ Ibid., p. 124: “Todos están de acuerdo en que la vida en sociedad impone, para el ejercicio que de sus derechos hagan los particulares, la represión del egoísmo, de la mala fe, de la desidia y hasta de meras inadvertencias que podrían ser triviales si no fueran la causa de daños sufridos por terceros”.

⁷⁷ MARKOVITCH, M., ob. cit., p. 432: “A mon avis, les droits subjectifs ont un caractère mixte. Ils représentent à la fois un pouvoir pour leur titulaire et une fonction sociale. On pourrait dire mieux: les droits subjectifs représentent pour leurs titulaires un pouvoir; mais, ce pouvoir est limité par l'idée de la fonction sociale. On ne doit jamais perdre de vue l'origine et la destination sociales des droits. Lorsqu'on dit que les droits sont reconnus à l'individu pour lui permettre de satisfaire à ses besoins, on pense à tous les individus formant un groupe social. Donc, tous les individus ont droit à la satisfaction de leurs besoins”.

Siempre hay un equilibrio, que es el punto exacto de la justicia, entre el yo individual y la circunstancia social; cuando este punto se altera hay agravio para alguien, sea el individuo, sea la sociedad. Una de esas maneras de alterar el equilibrio, es el abuso del derecho, cuando se hace prevalecer el interés individual en desmedro del social⁷⁸ y se rompe con ello la realidad ética de la persona humana.⁷⁹

Es tan evidente y tan natural esta noción de equilibrio o de solidaridad, que pocas veces recibe consagración legislativa, por ello la teoría del abuso ha venido a funcionar como un correctivo de la ley. Muchas veces la ley omite reglamentaciones que aparecen como verdades de perogrullo; generalmente no se mencionan los derechos naturales más elementales porque residen permanentemente como en la base de cualquier sistema normativo. Es por ello que plasmar en una fórmula legal la teoría del abuso, significa algo como reiterar lo que es evidente por sí mismo.⁸⁰

La fórmula resultaría por demás insuficiente y genérica, ya que los pormenores de cada caso en particular serían las determinantes de la evaluación sobre el abuso. El derecho subjetivo es reconocido y se ejerce dentro de límites racionales que es lo mismo que decir sociales, con un sentido de solidaridad, pero la ley positiva no puede agotar todas las hipótesis en las que se ejerza con abuso, por lo que la teoría siempre tendrá vigencia en el campo práctico.⁸¹

⁷⁸ MARTÍNEZ USEROS, E., ob. cit., p. 54: "El abuso del derecho creemos que surge cuando, en el ejercicio de un derecho subjetivo, al realizar su esencial finalidad —actuar el interés del titular— se produce una alteración en el equilibrio que debe existir entre el interés social de que sean respetados los derechos individuales, y los restantes intereses que a la sociedad, como entidad orgánica, cumple realizar. Alterada la equivalencia de los términos de la ecuación, el ejercicio del derecho individual será abusivo si su titular tenía conocimiento de las consecuencias antisociales que su obrar ocasionaba. Es decir, definimos el abuso del derecho como: **el ejercicio consciente de un derecho subjetivo de consecuencias dañosas para el interés social prevalente**".

⁷⁹ FLEITAS, ABEL, ob. cit., t. II, fasc. 7, p. 44: "...habrá ejercicio antisocial de una facultad reconocida por la ley, cada vez que el interés social, dañado por ese ejercicio, sea más considerable que el interés social contenido en la intangibilidad de esa facultad".

⁸⁰ DOBROVICI, C., ob. cit., t. VII, fasc. b, p. 193: "L'idée d'abus de l'exercice d'une faculté légale, sans un intérêt sérieux et légitime ou avec l'intention de nuire, éveille inévitablement l'idée d'un acte accompli sans droit: sous l'apparence de l'usage licite d'un droit se cache en réalité un fait abusif contraire au droit. Il fonde ainsi son raisonnement sur le principe dicté par la raison et la justice d'après lequel le vœu de la loi est que tout individu n'use de son droit que par motifs légitimes. Ce principe, proclamé par la jurisprudence et d'une application multiple par le développement de l'idée de solidarité, n'est écrit nulle part, car le législateur a trouvé inutile d'édicter une règle qui apparaît comme l'expression d'une vérité évidente par elle même".

⁸¹ Ob. cit., p. 188: "Mais la jurisprudence, après avoir accepté par erreur ce principe de l'absolu légitime de l'exercice des droits positifs dans les limites assignées par une loi, s'est vite aperçue qu'il est trop absolu, car le législateur ne peut pas fixer toutes les limites d'un droit. Pour en atténuer les conséquences, elle s'est fondée sur le principe de la solidarité sociale, qui domine toutes les relations des hommes vivant en société, pour apporter à l'exercice des droits positifs d'autres limites déterminées pour le fondement juridique de ces droits, par les mœurs ou l'équité sociale".

En este campo la teoría brilla en su mayor intensidad, pero no resulta tan feliz en una consagración legislativa.⁸² Es por la propia naturaleza de las cuestiones humanas, y sobre todo las jurídicas, en las que las circunstancias del caso hacen mudar la especie. Cuando una hermenéutica legal da por resultado la adecuación de la conducta con el tipo descrito en la norma, se concluye rápidamente por la legitimidad; pero si se advierte que de ello resulta un daño injusto para otro, el último juicio práctico de la razón revierte la conclusión preanotada.⁸³

La conclusión primera de esta irrupción de moralidad en el campo jurídico, es poner en entredicho la teoría del abuso.⁸⁴ Cuando en una etapa intermedia se mantienen separados los dos órdenes —moral y jurídico— aunque admitiendo en el último un sistema de principios o valores que sustentan a las normas, la teoría tiene plena validez, pues el término “derecho” se sigue empleando como sinónimo de “norma”; pero cuando esta acepción entra en crisis, y por “derecho” se entiende la conducta recta o arreglada a otro, entonces la moral ha sentado definitivamente sus reales en el mundo jurídico y la perífrasis que nos ocupa entra en crisis.

La crisis se manifiesta: por un lado los que la consideran superabundante, o una auténtica logomaquia; por otro, los que la consideran peligrosa, porque deja a la jurisprudencia la tarea del legislador.⁸⁵ Pero la tarea supera la crisis, y reaparece continuamente en la vida del derecho; por más que se lo denomine de varias maneras diversas y actualmente como el “abuso”, siempre será manifestación de la lucha de la justicia contra la iniquidad, de la equidad contra la ley que por su manera general de prescribir, no puede concebir la especie particular del caso concreto.

⁸² FLEITAS, A., ob. cit., t. I, fasc. 1, p. 5: “Que un individuo ejercite una prerrogativa que la ley le acuerda, es decir, que haga uso de su derecho, dentro de los límites y condiciones del mismo, y que de ese acto surja un daño para un tercero; obligará en la misma forma su responsabilidad? Sí, dicen hoy casi todos los autores, siempre que haya «abuso de su derecho»”.

⁸³ RODRÍGUEZ ARIAS, L., ob. cit., n. 11, p. 19: “... señalando como elementos esenciales a la teoría del abuso los siguientes: a) el uso de un derecho, objetivo o externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y c) inmoralidad o antisocialidad del daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho”.

⁸⁴ DOBROVICI, C., ob. cit., n. 20, p. 210: “Si donc on admet qu'aujourd'hui les droits ne son pas absolus, qu'ils trouvent en eux-mêmes limites naturelles conformes à la justice et aux bonnes moeurs, qu'il y a une règle sociale, un principe juridique sous-jacent à la légalité, qui nous oblige d'exercer un droit socialement, conformément à la moralité et à son but, à sa finalité légale, on voit tout de suite l'inutilité de la théorie de l'abus”.

⁸⁵ GOLDSCHMIDT, ROBERTO, “La teoría del abuso del Derecho”, en: *Boletín de la Fac. de Der. de Córdoba*, Fac. de Der. Cba., 1942; n. 3, t. 1º, pp. 374/5: “Se esgrime en contra de la teoría del abuso del derecho, el interés que existe en que haya certidumbre en el ordenamiento jurídico, pero esta oposición dimana de una desconfianza contra la jurisprudencia y la capacidad para aplicar fórmulas jurídicas elásticas, que no se justifica en la mayor parte de los países; ella descuida también el peligro de la existencia de sentencias contrarias a las concepciones culturales dominantes, da excesiva importancia a la capacidad del legislador de impedir, por normas minuciosas, todo abuso y desconoce cuál es la tarea del legislador, de un funcionario de policía”.

Es por ello que no se debe insistir sobre el cambio de denominación, o sobre la felicidad o acierto técnico en la elección del nombre, sino que todas son manifestaciones del mismo hecho, de la injusticia, llámesele "ilicitud", "ilegalidad", "ilegitimidad" o simplemente "abuso". Que las normas no pueden prescribir conductas contrarias a la moral dominante, es una verdad casi de perogrullo; la cuestión de cómo ha de llamarse es anecdótica y dependerá en cada caso de las modalidades que revista.⁸⁶

Y casi al término de este discurso, volvemos a centrar la atención en la advertencia preliminar: el abuso del derecho no es sino una nueva manifestación de la vieja equidad de todos los tiempos, aquella que no maneja el legislador porque no está en su mano aplicarla, sino solamente los jueces como personas idóneas para encontrar en cada caso particular el medio justo que le cuadra, interpretando la conciencia pública de lo que es justo y equitativo, y que coincide con la eticidad natural del ser humano.⁸⁷

Ese ejercicio judicial que en la práctica hizo historia en el derecho romano,⁸⁸ encarnándose la justicia en el pretor de la misma manera correctiva que Aristóteles pretendía, que los jueces fueran la personificación misma de la justicia. Es cierto que también los jueces son humanos, y por tanto, falibles; pero la única condición que los desnaturaliza, es la falta de imparcialidad. El juez es quien, siendo también hombre, se encuentra en medio de los contendientes y por ello cobra altura suficiente para poder ver el medio justo. Esta es la condición de bondad exigible a un tribunal.⁸⁹

La imparcialidad o equidistancia del juzgador, no lo eleva a un rango sobrehumano, puesto que su ausencia de compromiso con las partes, no lo sustrae a su permanente compromiso con la sociedad a la que sirve. Es por ella

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 367: "Las varias fórmulas propuestas por la doctrina y que, a veces, se inspiran en casos particulares de un abuso, presentan todas el mismo carácter, a saber, que los derechos subjetivos pueden ser ejercidos solamente de conformidad con las opiniones culturales dominantes que determinan las buenas costumbres y los preceptos de la buena fe. Entonces, parece oportuno usar, en la fórmula legislativa, estos términos clásicos que, además, frente al criterio finalista, tienen la gran ventaja de ser mucho más comprensibles para quien no es jurista".

⁸⁷ DASSEN, JULIO, "De la iurisdictio del pretor, al abuso del derecho", en: *Rev. Jur. de Bs. As.* Buenos Aires, Fac. de Der., 1960; v. IV, t. VI, p. 117: "La teoría del abuso del derecho en su exacto alcance sólo trata de evitar que se ejerciten los derechos subjetivos de un modo que repugna manifiestamente a la conciencia de la colectividad tal como ella es interpretada por el Poder Judicial. Cosa igual ocurre cuando alguien pretende ejecutar o cumplir un contrato contrariando las reglas de la buena fe".

⁸⁸ *Ob. cit.*, n. 4, t. III, p. 167: "Mas la esencia de la teoría del abuso del derecho romano, no ha de ir a buscar en frases o reglas particulares sino en la organización misma de su administración de justicia que permitió a los pretores reprimir los abusos, la mala fe, las acciones dolosas...".

⁸⁹ OSSORIO, ÁNGEL, *La reforma del Código Civil Argentino*. Buenos Aires, 1941; p. 38: "Es imposible abarcar el campo. No hay definición bastante precisa ni cuadrículas bastante previsoras, ni reglamentaciones bastante comprensivas. Sólo cabe consignar el principio. Lo demás es cuestión de jueces, de moral, de conciencia, de perspicacia, de talento de los jueces, a los que, conforme se complica la vida, hay que reconocer una esfera de acción más amplia, casi ilimitada... Esta facultad, realmente enorme, de apreciar el abuso del derecho, sólo puede conferirse a los jueces a condición de que los jueces sean buenos".

y a través de ella que interpretando su sentir jurídico, busca el medio real al dar a cada uno lo que le corresponde;⁹⁰ es el que por su posición, está en mejores condiciones para encontrar el justo medio entre lo individual y lo social.⁹¹

Por eso, la consagración del abuso en una fórmula legal, no debe entenderse como una nueva regla y medida, con la cual determinar —mediante aplicación matemática— cuándo un acto es ajustado a derecho o no.⁹² Una fórmula de tal naturaleza sólo debe pretender abrir el camino legislativo, para que los tribunales, al dirimir las causas, tengan siempre la posibilidad de resolver según lo indica la equidad, la que muchas veces coincidirá fielmente con lo que manda la ley, pero, ciertamente, en algunas oportunidades será un correctivo legal, y en otras, le facultará a resolver *contra legem*, *secundum iustitiam*, por recurso técnico a la teoría del abuso.

No hay aquí ningún enfrentamiento entre el legislador y juzgador, ninguno burla al otro; y volviendo a releer el memorable capítulo de la *Ética Nicomaquea*, advertimos con qué respeto y consideración trata su autoría la función legislativa. Aun cuando trata de la equidad y del equitativo como el justo propio, el juez que resuelve conforme a ésta apartándose de la norma general, obra como si encarnara al legislador para el caso bajo su cuidado, como hubiese obrado el legislador si hubiese estado en su lugar o si hubiera conocido la individualidad concreta de lo particular.⁹³

No es el caso, tampoco, de la colisión entre la justicia y la seguridad jurídica, teniendo que resolver la disyuntiva por una de las dos. Siempre ha de

⁹⁰ WARAT, LUIS, ob. cit., t. II, p. 220: "Al abuso del derecho no interesa la conciencia jurídica colectiva, en cuanto ésta se dirige a la obtención de una modificación total o parcial del derecho positivo vigente, ya que ello constituye una preocupación propia del legislador. El abuso del derecho sólo acude a la conciencia colectiva para buscar la solución adecuada que le permita cumplir con su misión esencial de reparar un daño que reputa injusto, que se manifiesta en caso concreto a través de la interpretación judicial, y que la ley vigente no sanciona".

⁹¹ MERACDER, AMÍLCAR, *El abuso del derecho*... Buenos Aires, 1945; Revista del Col. de Abogados; t. VIII p. 25: "...el abuso ha de ser captado por la conciencia del intérprete porque éste posee —en razón del medio cultural en que vive— una sensibilidad jurídica que siempre le permite reconocer el *principium divisionis* entre lo justo y lo injusto, conforme a un sentido de valor que fluye de la vivencia colectiva".

⁹² WARAT, LUIS A., ob. cit., t. I, p. 219: "El concepto del abuso del derecho, por su aspecto formal y desprovisto de todo contenido empírico, no puede contener una regla de conducta para el juzgador, y sólo debe referirse como a una nota característica suya, a la necesidad de la intervención del órgano jurisdiccional, que es llamado a ampliar la responsabilidad del titular de un derecho, que causa un daño a un tercero, sin violar los límites asignados por el derecho positivo, por cuyo resarcimiento impone la normatividad social cuya interpretación incumba al juez, como precursor del derecho nuevo, que el futuro hará imperar".

⁹³ MERCADER, AMÍLCAR, ob. cit., t. VI, p. 14: "Con otras palabras, la conciencia jurídica jamás ha permanecido insensible ante la idea del abuso, y desde ese punto de vista no puede negarse que el derecho se dirige ininterrumpidamente a regular las consecuencias de los actos abusivos. Si se prescinde de los cambios que se originan por causas axiológicas y que trascienden hasta las leyes, conforme con la diversidad estimativa de cada época, no existe causa para suponer que ningún legislador haya podido desentenderse voluntariamente del cuadro jurídico que ofrecen las ideas del uso y del abuso de las facultades lícitas".

resolverse por la justicia, porque ella engendra la seguridad misma. No hay mejor seguridad que aquella que proclama que se dará a cada uno lo que es suyo; la que pretende predecir el comportamiento futuro de los Tribunales frente a casos hipotéticos para saber adecuar la propia conducta, no es seguridad sino profecía y como tal, con poco sabor de justicia y mucho de adivinación.

La justicia no es ni puede ser una norma, es un principio, un punto de equilibrio entre una injusticia por exceso y otra por defecto. No puede predecirse sobre la justicia de futuro, puesto que en lo práctico humano, ello depende de un juicio prudencial. La resolución de cualquier caso, depende de las circunstancias de lugar, tiempo y modo; de suerte que sobre ellas, no hay profecía alguna, y en la medida en que el juzgador se sustraiga más a las influencias subjetivas y preserve, por ende, su imparcialidad, convertirá la adivinación del resultado en un verdadero acertijo.

La llamada ahora "teoría del abuso" se inserta en este contexto, el del poder judicial de resolver siempre lo que es justo y que a veces se distingue de lo legal; pero nunca para contravenir la ley, sino para mejor cumplirla.

BELISARIO M. ORTÍZ Y BUSTOS
*Universidad Nacional de
Córdoba*

USTED PUEDE ADQUIRIR ESTA REVISTA

en:

Club del Libro Cívico

URUGUAY 839 - T. E. 44-2102 - (1015) - Buenos Aires

REPÚBLICA ARGENTINA

Lunes a viernes de 10 a 19 hs. Sábados de 10 a 13 hs.

Interior: solicitar por carta

EL SUJETO PRIMARIO DEL PODER Y SUS IMPLICANCIAS EN EL PENSAMIENTO POLÍTICO DEL JESUITA FRANCISCO SUÁREZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. — II. CONTEXTO HISTÓRICO. — III. LAS TESIS SUARECIANAS: A) *Naturalidad del poder político*. B) *Dios es causa remota del poder*. C) *La comunidad política como sujeto primario del poder*. — IV CONCLUSIONES DE LAS TESIS SUARECIANAS: A) *El pueblo es sujeto natural del poder, por consecuencia, residual*. B) *La democracia es la única forma de gobierno de derecho natural*. C) *El pueblo posee el poder por derecho natural negativo o concesivo*. — V. LA TEORÍA DE LA TRASLACIÓN DEL PODER: A) El “egregio axioma de teología”. B) El pactum subiectionis. C) Caracterización del pactum subiectionis. — VI. LA DOCTRINA DEL PADRE SUÁREZ INTERPRETADA: A) *La autoridad en el Estado*. B) *El surgimiento de la comunidad perfecta*. C) *El sujeto primario del poder político*. — VII. APRECIACIÓN CRÍTICA: A) *¿Posee la comunidad política la potestad pública?* B) *Acerca del pactum subiectionis y la democracia directa*. C) *¿Tiene el pueblo el poder constituyente?* D) *Suárez y la doctrina social de la Iglesia*. — VIII. SUÁREZ, SANTO TOMÁS Y LA TEORÍA DE LA TRASLACIÓN. — IX. TRASCENDENCIA Y DESTINO DEL P. SUÁREZ.

I. INTRODUCCIÓN

El tema que hemos escogido como objeto del presente ensayo —el del sujeto primario de la autoridad en el pensamiento político del Padre Francisco Suárez— es, quizá, uno de los más difíciles de definir y dilucidar en filosofía política. Ello se debe, creemos, no tanto a las dificultades del pensamiento suareciano —suficientemente expuesto ya hasta el cansancio— como al enfoque que los estudiosos han hecho del tema. La doctrina del Doctor Eximio ha sido destejida y trazada nuevamente en diversos trabajos explicativos más o menos valiosos; pero todos éstos carecen de un enjuiciamiento serio y realista de la doctrina suareciana. Suárez se reputa como la “recta razón” en la dilucidación del problema, pero al exponer su teoría se ha olvidado o abdicado de analizar hasta qué punto la misma puede considerarse verdadera.

La Escuela Española —por otra parte— ha sido vital para el mantenimiento del pensamiento filosófico y político cristiano; su tardío escolasticismo de los siglos XV y XVI, permitió una continuidad “en lo fundamental” del pensamiento escolástico y aristotélico-tomista, consiguiendo que éste penetrara en la modernidad y de allí se difundiera hasta el presente. Empero, en algunas oportunidades no sólo se recreó sino que se llegó a tergiversar la clásica doctrina. Esto permite que sea también objeto de este ensayo la ubicación del pensamiento escolástico español —a través de Suárez— especialmente por medio de su contraste con el realismo político.

Ocioso sería justificar la elección de Suárez para este trabajo. Señalemos, simplemente, que esta opción se ha debido no solamente a la importancia que

el jesuita tiene como sintetizador de las enseñanzas de la Escuela Española,¹ sino también por cuanto Suárez es, sin lugar a dudas, el más inteligente y sutil "teólogo-jurista" de la época, siendo su pensamiento de una riqueza que aún hoy no ha sido enteramente aprovechada.

II. CONTEXTO HISTÓRICO

Al estudiar la doctrina suareciana nuestra inteligencia se enfrenta con una serie de cuestionamientos que podemos resumir en los siguientes: *primero*: ¿constituye la obra del Padre Suárez un producto meramente histórico, epocal o, por el contrario, debemos entender su pensamiento como pretencioso de validez universal?; *segundo*: ¿es Suárez un fiel seguidor del pensamiento de Santo Tomás de Aquino o se aparta de las enseñanzas del Aquinate?; y *tercero*: ¿corresponde ubicar a Suárez como un filósofo político medieval o es ya, más bien, un pensador de la modernidad? La contestación a las dos últimas cuestiones se irá develando en forma paulatina a medida que progrese en el presente trabajo, por lo que serán precisadas al momento de abordar la conclusión. En cambio, la respuesta a la primer pregunta no puede tardar.

Hay quienes pretenden que Suárez es sólo el fruto del ambiente histórico que le tocó vivir y que, por lo tanto, su obra tiene únicamente valor dentro de esa perspectiva concreta. Suele hacerse referencia, en especial, a las circunstancias que precedieron al *Defensio Fidei*, recalándose que la obra² fue escrita por Suárez a instancia de la Santa Sede —Paulo V— contra Jacobo I de Inglaterra, quien, intentando aliar a todos los príncipes cristianos contra el Papado, terminó por unirse con el anglicanismo. Las propias palabras de Suárez parecen confirmar esta versión cuando, escribiéndole a su amigo Don Rodrigo de Cunha, a la sazón Inquisidor General de Portugal, el 26 de junio de 1613 le decía refiriéndose al desgano con que había escrito su libro: "No puedo dejar de llevar muchas faltas, por ser ese género de escribir, algo nuevo para mí, y ageno de mi profesión. Y así entre en esa obra con mucha repugnancia mía y por sólo impulso del que me podía mover. Mas entrando en ella me apliqué todo lo que pude, para no obstante mis imperfecciones, el libro saliese de manera que pudiese ser de fruto".³

¹ Ha escrito Luciano Pereña Vicente: "En 1528 Francisco de Vitoria proclama en Salamanca el origen democrático del poder político, y Martín de Azpilcueta defiende que el gobierno de la República es exclusivamente para servicio del pueblo y no para el provecho del príncipe, de una clase o de un partido. En 1613 publica Francisco Suárez la defensa de la fe católica contra el absolutismo teocrático de Jacobo de Inglaterra. En esta obra intenta sistematizar las grandes conquistas de los jesuitas españoles que durante todo un siglo lucharon contra el absolutismo y el protestantismo para superar la crisis política de Europa". *Hacia una sociología del bien común* (Madrid, A.C.N. de P., s/f), pp. 5-6.

A pesar de esta afirmación y la similitud de problemas tratados en las obras de Suárez y Vitoria, el pensamiento de éste no es semejante al de aquél, en especial en lo relativo al contractualismo político del primero y a su doctrina del pueblo como titular natural del poder político. Remitimos a: LISSARRAGUE, SALVADOR, *La teoría del poder en Francisco de Vitoria*, Madrid, I.E.P., especialmente el cap. II.

² SUÁREZ, FRANCISCO, *Defensio Fidei* III. I - *Principatus politicus*, ed. crítica bilingüe por E. Elordy y L. Pereña (en adelante citado como *Def. Fid.*). Madrid, Consejo de Investigaciones Científicas, 1965.

³ Ver: ELORDUY, S. J., ELEUTERIO, "La soberanía popular según Francisco Suárez", en: *Introducción a SUÁREZ, FRANCISCO*, ob. cit.; p. XXXIII.

Sin embargo, a pesar de la gravitación inquietante del aspecto histórico, no compartimos la opinión precedente. Admitimos que el *Defensio Fidei* resulta una obra escrita para polemizar con la teoría jacobina del derecho divino de los reyes,⁴ pero entendemos que la oportunidad de su aparición no afecta su contenido singular y preciso. Es más, las ideas que Suárez expuso en el "diplomático" *Defensio Fidei* para contestar a Jacobo I y defender al santo Cardenal Bellarmino, habían sido ya previamente escritas en forma acabada y serena en el maduro *De legibus*,⁵ editado por vez primera en 1612, es decir, un año antes que el *Defensio Fidei*.

Aunque resulte válido afirmar, como lo hacen Dempf y otros muchos, que la obra del P. Suárez está enmarcada dentro de las circunstancias de su tiempo —las de la Reforma y la Contrarreforma, las del incipiente surgimiento de las nacionalidades y advenimientos del absolutismo monárquico⁶—, no es menos resaltar la validez universal que el propio jesuita quiso dar a su pensamiento, validez universal que es natural a todo sistema que se caracterice como exposición fiel de la "filosofía perenne".

En este juicio coinciden tanto los estudiosos como los discípulos intelectuales de la escuela suareciana; en este sentido, resulta valioso destacar el criterio del prestigioso iusfilósofo Eustaquio Galán y Gutiérrez, quien, refiriéndose al alcance del pensamiento del Doctor Eximio, expresó: "La pasión que puso Suárez en el *Defensio Fidei* inflamó su espíritu y le permitió conseguir logros imperecederos ante el problema más hondo y más fundamental de la filosofía política: el de la titularidad del poder".⁷

III. LAS TESIS SUARECIANAS⁸

A) *Naturalidad del poder político*

El libro III del *Defensio Fidei* se inicia con la consideración del poder político como de derecho natural. Rechazando las opiniones de algunos judíos que afirmaban que la libertad humana no permitía al hombre quedar sujeto sino sólo a Dios, Suárez replica proclamando la *legitimidad* del poder político: "la verdad católica —escribe Suárez— es que el poder político, debidamente

⁴ Dice al respecto Gustavo J. Franceschi: "Históricamente la obra del P. Suárez se sitúa en el momento histórico en que llega a su culminación la teoría de los reyes de derecho divino. No se trata ya, como en la propiamente católica, de que la autoridad viene supremamente de Dios, sino que la Omnipotencia Divina designa, por decirlo así, nominalmente la persona o dinastía en que se encarna el derecho de mandar (...), de modo que la sola voluntad del soberano determina las formas y los límites de tal derecho." "Francisco Suárez y el origen del poder civil", en Publicaciones de la Fundación Vitoria y Suárez, *Presencia y sugestión del filósofo Francisco Suárez*. Buenos Aires, Kraft, 1959, p. 57.

⁵ SUÁREZ, FRANCISCO, *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, reproducción anastática de la edición príncipe de Coimbra 1612, versión por J. R. Eguillor M. En adelante se cita *De leg.* Madrid, I.E.P., 1967, vol. II (libros III y IV).

⁶ DEMPFF, ALOIS, *La filosofía cristiana del estado en España*, trad. de J. M. Rodríguez P., Madrid, Rialp, 1961, pp. 136 y 139-146.

⁷ GALÁN Y GUTIÉRREZ, EUSTAQUIO, *Ius Naturae*. Madrid, s/e, 1961, vol. II, p. 478.

⁸ A los efectos de dejar probada la fidelidad con que reflejamos el ideario suareciano, los textos más importantes serán vertidos también en latín al pie de página.

constituido, es justo y legítimo”.⁹ Afirmada la *naturalidad* del poder político, Suárez la prueba por los siguientes argumentos:

1) Por ser el poder político *necesario* a la comunidad: “No puede conservarse la comunidad de los hombres sin la justicia y sin la paz; y tampoco puede conservarse la justicia y la paz sin un gobernante que tenga poder para mandar y castigar”. De aquí se deriva la necesidad del soberano: “Es, por lo tanto, necesario en la comunidad humana un soberano que la mantenga en obediencia”.¹⁰

Este argumento es puramente natural, atendiendo a que la naturaleza no puede fallar en lo que es necesario; pues, si, como se verá, de la naturaleza deriva la comunidad política, de ella debe también provenir la autoridad que la rige, en cuanto éste es un medio necesario para que la comunidad se mantenga. “Pero no pudiendo la naturaleza humana verse privada de los medios necesarios para su conservación —dice Suárez—, es indudable que por la naturaleza misma de las cosas y de acuerdo con el derecho y la justicia natural puede haber en la comunidad política un soberano que tenga en ella poder legítimo y suficiente”.¹¹

2) Por el fin de la comunidad política, el *bien común*, que hace menester la presencia de un príncipe que lo procure. “Y esto mismo puede explicarse —escribe Suárez— por el ejemplo natural del cuerpo político que no puede conservarse sin cabeza. Pues la comunidad humana es como un organismo que no puede subsistir sin diversos ministros y categorías de personas que son a la manera de varios miembros. Por consiguiente, mucho menos podría conservarse sin un gobernante y príncipe que tenga por oficio procurar el bien común de todo el cuerpo político”.¹²

3) Finalmente, la naturalidad del poder se prueba también por *su origen*, pues viniendo la naturaleza de Dios como de su Creador, el poder político proviene también de Dios. “Por esto añadimos —afirma el Eximio— que el jefe de un Estado recibe su poder del mismo Dios”. Y agrega: “Absolutamente hablando, esta tesis es de fe”.¹³

Suárez refirma este argumento del origen divino del poder, recurriendo al método tomista de la explicación causal: “Primero, porque todo lo que es de derecho natural procede de Dios como autor de la naturaleza. Ahora bien:

⁹ Def. Fid., III, I, 3, p. 6. Suárez se refiere al poder político como *politicum principatum*, asignándole los caracteres de *iustum et legitimum*. En *De leg.* (III, I, 2) dice: “la magistratura civil dotada de poder temporal para gobernar a los hombres es justa y muy conforme a la naturaleza”.

¹⁰ Def. Fid., III, I, 4, p. 7.

¹¹ Idem, ibidem, pp. 7 y 8. Comparar con *De leg.*, III, I, 4, p. 198.

¹² Def. Fid., III, I, 5, p. 8.

¹³ “Propter quod addimus principem politicum potestatem suam a Deo ipso recipere. Quod etiam, absolute loquendo, de fide est.” Idem, III, I, 6, pp. 9 y 10. Suárez cita en su apoyo, entre otros, a San Pablo (*Romanos*, 13-1): “no hay poder alguno que no venga de Dios”; al libro de los *Proverbios* (8-15): “por mí los reyes reinan”; a Ecuemio (*In epist. ad Rom.*, 13-12): “porque la igualdad de todos se presentaba a discordias, añadió por eso Dios la autoridad”; y a San Agustín (*De civ. Dei*, V-21): “no concedemos el poder de dar el reino o el imperio sino al Dios verdadero”, etc.

el poder político es de derecho natural; luego procede de Dios como autor de la naturaleza".¹⁴

Concluimos, por ende, que el poder político es de derecho natural, *principatus politicus est de iure naturae*, siendo, por tanto, inconsistente la teoría jurídica que habíamos señalado, por cuanto, si es natural el poder político, natural será también la sujeción a él. "Y por eso esta sujeción no va contra la dignidad del hombre, ni tampoco redundará en ninguna ofensa de Dios".¹⁵

B) Dios es causa remota del poder

Hasta el cansancio prueba y afirma Suárez que si bien es Dios el origen del poder, lo es sólo en el sentido de causa remota, no próxima. Esta tesis, que es fundamental en el pensamiento cristiano, lo es también en el suareciano, pues mediante ella podrá sostener el Doctor Eximio que los reyes no han recibido el poder político que ejercen directamente de Dios. Se inclina, así, Suárez, por la tesis de Bellarmino (*Quest. de laicis*, I.III) enfrentándose con la del rey Jacobo I de Inglaterra, quien decía que su poder real tenía origen divino por el hecho de haberlo recibido inmediatamente de Dios y no del pueblo.¹⁶

Mas, prontamente, Suárez se apercibe en declarar que esta polémica "no afecta los dogmas de fe".¹⁷

La razón por la cual Suárez se aparta de la tesis jacobina es porque en ella se presenta a Dios no sólo como causa primera y universal de la potestad regia, sino también como su causa próxima. La posición de Suárez es distinta: entiende que cuando se dice que el poder político viene de Dios "no se dice que semejante poder absolutamente proceda de Dios directamente, sino sólo en cierto sentido, pues de manera próxima es conferido por el hombre y depende de él".¹⁸

Para hacer más explícita y comprensible su idea, recuerda Suárez que el poder político, como cualquier otra facultad que viene de Dios, puede ser otorgada por Él, de dos formas: o bien el poder o facultad es conferido como algo que se sigue naturalmente de la cosa creada o bien se le confiere por acto especial, pues el poder o la facultad, en este último caso, no se vinculan necesariamente y naturalmente a la creación del ser. Ejemplos de esta forma son, en el orden físico, el poder de hacer milagros y, en el orden moral, el poder de jurisdicción conferido por Dios a Pedro; ejemplos de la primera forma de

¹⁴ Ídem, III, I, 7, p. 11. Compárese con *De leg.*, III, III, 3, p. 204 en donde Suárez colige la naturaleza divina del poder al analizar las principales funciones del mismo (castigar, señalar la virtud, obligar en conciencia, vengar las injusticias).

¹⁵ *Def. Fid.*, III, I, 8, p. 12.

¹⁶ Ídem, III, II, 1, p. 15.

¹⁷ Ídem, III, II, 2, p. 15.

¹⁸ Ídem, ibídem, p. 16. En *De leg.* (III, III, 2, p. 204), dice Suárez más ampliamente: "La opinión general en este punto es que este poder lo da inmediatamente Dios como autor de la naturaleza, pero de tal manera que los hombres como que disponen la materia y forman el sujeto capaz de este poder, y Dios como que pone la forma dando el poder." Esta opinión constituye un anticipo de su teoría del sujeto natural del poder y ya se puede advertir que dicho sujeto son todos los hombres en cuanto conjunto.

otorgamiento son, en el orden físico, las facultades de la voluntad y el entendimiento que se siguen naturalmente de la creación misma del alma y, en el orden moral, la sumisión del hijo al padre.¹⁹ Por tanto, el poder político “lo da Dios a manera de una propiedad que se sigue de la naturaleza”, lo que importa decir tanto como que proviene o se otorga “por medio del dictamen de la razón natural”,²⁰ pues, de haber sido otorgado por un acto especial de concesión distinto de la creación, debería constar en la Revelación, lo que es falso.²¹

Dios, entonces, no es sino causa última y remota del poder; Él lo otorga a los hombres en cuanto éstos, actuando la causa próxima de la potestad, se hallan integrando y constituyendo la comunidad política.

C) *La comunidad política como sujeto primario del poder*

Entramos ya en uno de los postulados que, por ser “típicamente” suareciano, se erige en piedra angular de la teoría política suareciana. Dios, había dicho el Doctor Eximio, da la forma de la comunidad política al darle el poder por obra de la naturaleza misma; los hombres, en cambio, conforman la materia, la comunidad, el pueblo, el sujeto capaz de portar la forma.²²

“Primeramente, el supremo poder público, considerado en abstracto, fue conferido directamente por Dios a los hombres reunidos en Estado o comunidad política perfecta; y no precisamente en virtud de una institución o acto de otorgamiento especial y como positivo, completamente distinto de la creación de la naturaleza, sino que se sigue necesariamente del primer acto de su fundación. Por eso, en virtud de esta manera de otorgamiento, no reside el poder en una sola persona o en un grupo determinado, sino en la totalidad del pueblo o cuerpo de la comunidad”.²³

En este extenso párrafo se puede apreciar cómo Suárez concatena tres momentos o etapas de la vida del cuerpo político: el origen del estado, el momento de surgimiento del poder político y el sujeto o titular natural de dicho poder.

¹⁹ *Def. Fid.*, III, II, 3, pp. 16-17.

²⁰ *De leg.*, III, III, 5, p. 204.

²¹ *Idem*, *ibídem*.

²² Debemos mencionar una aclaración o salvedad que el propio Suárez efectuó: cuando el jesuita habla de *poder político*, lo hace en *abstracto*, en forma genérica y no relativa a alguna forma particular de gobierno que puede asumir dicho poder (*Def. fid.*, III, II, 4, pp. 17-8). Esta aclaración es importante pues Suárez —al hablar sobre el sujeto titular del poder— se referirá al *titular ontológico* de la potestad pública, y no al concreto de la monarquía o de la aristocracia o de la democracia. Sin embargo, cuando analicemos las consecuencias que conllevan las tesis suarecianas, veremos que la distinción de planos —concreto y abstracto, particular y general— es abolida por el propio Suárez que introduce, de esta manera, un elemento de confusión en su doctrina.

²³ “*Primo enim suprema potestas civilis, per se spectata, immediate quidem data est a Deo hominibus in civitatem seu perfectam communitatem politicam congregatis; non quidem ex peculiari et quasi positiva institutione vel donatione omnino distincta a productionis talis naturae, sed per naturalem consecutionem ex vi primae creationis eius, ideoque ex vi talis donationis non est haec potestas in una persona, neque in peculiari congregatione multarum, sed in toto perfecto populo seu corpore communitatis.*” *Def. fid.*, III, II, 5, p. 18.

1) Origen del Estado

Quizá esta preocupación sea una de las que más dificultades ocasionó a Suárez, pues su pensamiento al respecto tiene varios "claroscuros" de difícil dilucidación. La tesis que parece ganar más adeptos es la que presenta a Suárez como un "contractualista". Empero, su ideario tiene matices y no cabe aseverar de él que fuera un ardoroso contractualismo similar al de Rousseau. Y ello porque, a diferencia del ginebrino,²⁴ Suárez admite y prueba que, por naturaleza, el hombre es social y político.

En *De Legibus* decía Suárez —con el objeto de probar la naturalidad de la comunidad política— "que el hombre es un animal social y de una manera natural y recta tiende a vivir en sociedad".²⁵ Y en el *Defensio Fidei* reafirma la tesis, pues entiende que el hombre está naturalmente destinado a la comunidad política en tanto le es necesaria para la conservación de la vida. La cita que el Eximio hace de Aristóteles termina por confirmar la ortodoxia de su concepto.²⁶ Empero, Suárez va más allá de la mera afirmación de la socialidad natural del hombre.

En otros párrafos, Suárez da a entender que la virtualidad (la socialidad) necesita ser operada, ser puesta en acto, actualizada; el ser político debe plasmarse en Estado. Y para que el impulso prístino de la naturaleza induzca la constitución del Estado, Suárez hace intervenir la voluntad humana, que se manifestará como "un contrato o cuasi contrato".²⁷ Esta explicación voluntarista del origen del Estado está tratada mayormente en *De Legibus*. En una parte de esta obra, Suárez presenta a los hombres en sociedad, diciendo que se han reunido en ella "por un deseo especial o consentimiento general";²⁸ más adelante, admite que la comunidad y no el poder "se forma mediante el consentimiento y la voluntad de cada uno".²⁹ Y, finalmente, entiende Suárez que el poder viene de Dios a la comunidad, pero se requiere que esta comunidad ya esté formada para recibir la potestad, para lo que será menester "la intervención de la voluntad y del consentimiento de los hombres".³⁰

²⁴ Rousseau admitía la sociedad política, pero no le asignaba origen natural sino convencional: "El orden social es un derecho sagrado, y sirve de base a todos los demás. Sin embargo, este derecho no viene de la naturaleza; por consiguiente, está, pues, fundado sobre convenciones." (*Contrato social*, I, 1). La tesis roussoniana es extrema; de la libertad natural deriva que el hombre no se liga firmemente a otros, sino que rechaza la sociedad y lo político; por ello, así como el Estado, el poder surgirá también de un contrato: "Puesto que ningún hombre tiene una autoridad natural sobre sus semejantes, y puesto que la Naturaleza no produce ningún derecho, quedan, pues, las convenciones como base de toda autoridad legítima entre los hombres." (ob. cit., I, 4).

²⁵ *De leg.*, III, I, 3, p. 198.

²⁶ *Def. fid.*, III, I, 4, p. 7. La cita de Aristóteles corresponde a la *Política*, I, I, 1253^a, donde dice: "la ciudad es una de las cosas naturales", para agregar inmediatamente: "el hombre es por naturaleza un animal social".

²⁷ En *De opere sex dierum*, V, VII, 3, leemos: "*aliqua unione politica, quae non fit sine aliquo pacto expresso vel tacito iuvandi se invicem.*" Cit. por MATEO LANSELOS, P., *La autoridad civil en Francisco Suárez*. Madrid, I.E.P., 1949, p. 140.

²⁸ *De leg.*, III, II, 4, p. 202.

²⁹ *Idem*, III, III, 1, p. 203.

³⁰ *Idem*, III, III, 6, p. 205.

Sin duda que la afirmación contractualista más explícita de Suárez es la de su obra *De opere sex dierum*, y que las demás referencias del *Tratado de las leyes* resaltan el elemento voluntarista de la formación del Estado. Sobre este tema haremos mayor hincapié más adelante.

2) Aparición del poder

Respecto de este tópico, se hace evidente que para Suárez el poder político era (es) otorgado por Dios en el acto mismo de constituirse la comunidad política o Estado; ello es así desde el momento en que, siendo el poder un medio necesario al gobierno de la comunidad, no puede haber Estado sin poder.³¹ Por eso dice el jesuita que la potestad pública “es una propiedad derivada de la naturaleza de los hombres en cuanto unidos en una comunidad política”.³²

En el acto mismo de otorgamiento del poder público a la sociedad política constituida no operan intermediarios entre Dios y la sociedad, puesto que —según las propias palabras de Suárez— “por el mismo hecho de congregarse los hombres en un cuerpo político o Estado, resulta dicho poder en la comunidad sin intervención de ninguna voluntad creada. Y con tal necesidad que no puede ser impedido por ninguna voluntad humana”.³³

3) Titular natural del poder

Como consecuencia singular y necesaria de las afirmaciones precedentes debe Suárez responder a este eterno cuestionamiento de la filosofía política: ¿quién es por naturaleza titular del poder otorgado por Dios?, lo que implica preguntarse lo siguiente: ¿a quién debe atribuirse la calidad de sujeto titular por naturaleza del poder político? La respuesta suareciana es unívoca: el sujeto natural titular del poder es la comunidad toda, el pueblo que forma el Estado, pues “este poder —según asevera Suárez—, considerado en abstracto, en cuanto procede del autor de la naturaleza por una consecuencia natural, no reside en una sola persona, ni en un grupo particular de aristócratas o de ciudadanos del pueblo”.³⁴

a) En principio, Suárez arriba a esta conclusión por un argumento aparentemente lógico, partiendo del origen del poder, pues no hay motivo para que la razón natural descubra que el poder pertenece a alguno o algunos en particular; por el contrario, al proceder de Dios inmediatamente y por la na-

³¹ Ídem, III, II, 4, (pp. 202-3) dice: “si nos imaginamos que los hombres quisieran ambas cosas, a saber, reunirse en esa forma (la comunidad política) pero con la condición de no quedar sujetos a este poder, esta actitud sería contradictoria y no conseguirían nada; porque sin gobierno político o un ordenamiento hacia él no puede concebirse un cuerpo político”, para agregar que es contrario “a la razón natural” el que se dé una comunidad política que carezca de poder para obligar a la obediencia.

³² *Def. fid.*, III, II, 6, p. 19; también *De leg.*, III, III, 6, p. 205.

³³ *Def. fid.*, ídem; y *De leg.*, III, II, 4, p. 202, donde dice: “En una comunidad así, como tal, por la misma naturaleza de la cosa se da este poder, de tal manera que no está en manos de los hombres reunirse de esa forma e impedir este poder.”

³⁴ *Def. fid.*, III, II, 7, p. 20.

turalidad misma, sólo podemos colegir que es la comunidad toda, el pueblo, su titular natural.

“Pues, naturalmente, este poder sólo se encuentra en la comunidad en cuanto es necesario para su conservación y en cuanto puede demostrarse por el dictamen de la razón natural. Ahora bien, la razón natural sólo dice que el poder político está necesariamente en toda la comunidad y no en una sola persona o senado. Luego, en cuanto procede de Dios inmediatamente, se entiende que solamente reside en toda la comunidad y no en una parte de ella”.³⁵

Y más adelante, reitera su doctrina:

“En virtud de la razón natural no puede hallarse motivo por el cual el poder se haya de corresponder a una persona o a un determinado grupo de personas más que a otro dentro de toda la comunidad del Estado. Luego, en virtud de la concesión natural sólo reside inmediatamente en la comunidad”.³⁶

b) La afirmación suareciana de que es la comunidad el titular natural de la potestad pública, puede también probarse por la indeterminación natural de la forma de gobierno, es decir, por la variabilidad de formas que se dan en la vida práctica. La diversidad fáctica que adopta el poder en su organización histórica mostraría, para Suárez, que el poder es pertenencia de la comunidad toda, pues si, por naturaleza, alguna forma de gobierno fuera impuesta con preferencia sobre otras, indicaría que esa forma conlleva naturalidad y que los titulares del poder en ella son tales por naturaleza.

“Finalmente —concluye Suárez— se explica, porque en virtud de sola razón natural, el poder político no se determina a la monarquía o a la aristocracia pura o mixta. No existe ninguna razón que demuestre que es necesaria esta forma concreta de gobierno”.³⁷

La argumentación es suficiente desde que, observando las costumbres de los pueblos, se comprueba la diversidad de formas políticas.³⁸

IV. CONCLUSIONES DE LAS TESIS SUARECIANAS

La doctrina suareciana no se agota en las aserciones anteriores, por el contrario, una riqueza enorme extrajo el jesuita de sus ideas. Las conclusiones derivadas de las premisas referidas previamente intentaremos ordenarlas a continuación.

³⁵ Idem, ibidem: “*Quia ex natura rei solum est haec potestas in communitate, quatenus ad illius conservationem necessaria est, et quatenus per dictamen rationis naturalis ostendi potest; sed ratio naturalis solum ostendi esse necessariam in tota communitate et non in una persona vel senatu; ergo potest esse immediata a Deo, solum intelligitur esse in tota communitate, non in aliqua parte eius.*”

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem. Notemos que Suárez habla de monarquía o aristocracia, porque entiende que la democracia si es de derecho natural, como veremos más adelante.

³⁸ “Por consiguiente hay que decir que este poder, por la sola naturaleza de la cosa, no reside en ningún hombre en particular sino en el conjunto de hombres.” *De leg.*, III, II, 3.

A) *El pueblo es sujeto natural del poder, por consecuencia, residual*

Queremos destacar, en la frase del acápite, que en el pensamiento suareciano la tesis dogmática de que el pueblo es titular del poder *es residual*, en el sentido de que tal afirmación se presenta como consecuencia de haber descartado la posibilidad de otros titulares. Ya hemos dicho que por naturaleza no viene una persona indicada para ejercer la potestad de gobierno, como tampoco lo están varias personas en tanto que grupo; por ello, sólo resta afirmar que el pueblo o la comunidad resultan sujetos primarios del poder “por exclusión”.³⁹ El propio Suárez admite esta reflexión, pues como él mismo escribiera, debe concluirse de su análisis que el poder fue conferido a toda la comunidad “ya que no queda otro sujeto humano, por así decir, al que pueda dársele”.⁴⁰

B) *La democracia es la única forma de gobierno de derecho natural*

Es opinión propiamente suareciana el afirmar que la democracia es la forma de gobierno indicada por el derecho natural, mas no por el derecho divino; por ello, a diferencia de las restantes formas, la democracia es la única que no requiere de imposición humana.

En consecuencia:

1) La democracia no es una institución positiva divina: indicaba Suárez, en método propiamente escolástico, que a su tesis podría objetársele que admitiendo que Dios no ha dado el poder a nadie en particular sino a la comunidad en su totalidad, se seguiría de ello que el mismo Dios ha dado como instituida en forma inmediata la democracia; por esto, esta particular forma de gobierno tendría una institución positiva divina. Suárez no lo niega, pero aclara que por venir el poder de Dios a la comunidad no puede seguirse que la democracia sea una institución positiva divina. “Si esto se entiende —escribe el jesuita— de una institución positiva, hay que negar la conclusión. Si se entiende, por el contrario, de una institución en cierta manera natural, sin ningún inconveniente puede y debe admitirse”.⁴¹

2) La democracia no necesita institución humana concreta: “Pues hay que advertir —explica Suárez— la gran diferencia que existe entre estas formas políticas de gobierno: la monarquía y la aristocracia no pudieron ser introducidas sino por una institución positiva divina o humana, porque la sola razón, en abstracto, no determina como necesarias unas de estas formas, como tengo dicho”. Distinto sucede con la democracia, pues ésta “podría existir —según las palabras del Eximio— sin una institución positiva, por la sola creación o resultancia natural, con la negación solamente de una nueva o positiva institución”.⁴²

³⁹ *De leg.*, III, II, 4, p. 202.

⁴⁰ *Def. fid.*, III, II, 8, p. 21: “...necessario concluditur datam fuisse toti communitati, quia non relinquitur subiectum humanum, ut sic dicam, cui dari potuerit.”

⁴¹ *Idem*, *ibídem*. Ver nota 37.

⁴² *Ibídem* (pp. 21-22): “At vero democratia esse posset absque institutione positiva, ex sola naturali institutione seu emanatione, cum sola negatione novae seu positivae institutionis.” En *De leg.*, III, IV, 1, p. 206, afirma: “Manteniéndose dentro del derecho natural, los hombres no están obligados a elegir una de estas formas de gobierno”, es decir, entre monarquía, aristocracia o democracia, porque el derecho natural conlleva la democracia por su sola resultancia.

3) Otras formas de gobierno que no sean democráticas requieren de institución positiva por el hombre: podría decirse que, para la doctrina suareciana, mientras la democracia resulta de un *no hacer* comunitario, en el sentido de dejar de instituir otra forma de ordenación política, las demás formas de gobierno estatal hacen necesaria su instrumentación y positivización concreta y específica por el hombre, "pues la razón natural —decía Suárez— dice que el poder político supremo es una propiedad natural de la comunidad política y que precisamente por ese motivo pertenece a la totalidad de la comunidad, a no ser que sea transferido a otro mediante una nueva institución".⁴³

C) *El pueblo posee el poder por derecho natural negativo o concesivo*

Habiendo afirmado Suárez que la democracia es una institución política natural, como resultancia de la natural titularidad del poder por el pueblo, se hace preciso al jesuita aclarar en qué forma está ese poder en el pueblo por naturaleza.

"Este poder —dice Suárez— en cuanto es conferido inmediatamente por Dios a la comunidad, puede decirse según la manera de hablar de los juristas que es de derecho natural negativo, no positivo; o mejor, de derecho natural concesivo y no simplemente preceptivo".⁴⁴

La aseveración suareciana es vital para su doctrina y se funda en la alienabilidad del poder, es decir, en su mutabilidad.⁴⁵ Así lo ha escrito el Eximio:

"Porque, indudablemente, el derecho natural otorga de suyo este poder inmediatamente a la comunidad, pero no prescribe terminantemente que dicho poder permanezca siempre en ella, ni que sea ejercido inmediatamente por ella, sino únicamente mientras la misma comunidad no haya resuelto otra cosa o hasta que no haya sido realizado legítimamente el cambio por el que tiene potestad para ello".⁴⁶

En el pensamiento suareciano, al pueblo no sólo se le otorga facultad de disponer de la potestad que le pertenece naturalmente, sino que, además, a su titular se le hace moralmente difícil conservarlo, por lo que le deviene más beneficiosa la cesión del poder.⁴⁷ Aquí queda demostrada la singularidad del pensamiento suareciano, pues el Eximio fue, a no dudarlo, el más ingenioso de los teólogos políticos y quien en forma más terminante defendió la teoría de la traslación del poder.

⁴³ Def. fid., ibidem: "...quia ipsa ratio naturalis dictat potestatem politicam supremam naturaliter sequi ex humana communitate perfecta et ex vi eiusdem rationis ad totam communitatem pertinere, nisi per novam institutionem in alium transferatur"...

⁴⁴ Idem, III, II, 9, p. 22: "Quocirca potestas haec, prout a Deo immediate datur communitati, iuxta modum loquendi iurisperitorum dici potest iuri naturale negativum, non positivum, vel potius de iure naturali concedente, non simpliciter praecipiente."

⁴⁵ De leg., III, III, 7, p. 205: "Aunque este poder sea como una propiedad natural de la perfecta comunidad humana como tal, sin embargo, no se da en ella de una manera inmutable sino que por el consentimiento de la misma comunidad o por otro camino jurídico puede ser quitado al que lo tiene y transferido a otro".

⁴⁶ Def. fid., III, II, 9, p. 22: "Quia nimirum ius naturale dat quidem per se et immediate hanc potestatem communitati, non tamen absolute praecipit ut in illa semper maneat, neque ut per illam talis potestas immediate excerceatur, sed solum quandium eadem communitas aliud non decreverit vel etiam ab aliquo potestatem habente mutatio legitime facta fuerit."

⁴⁷ Ver: De leg., III, IV, 1, p. 206.

V. LA TEORÍA DE LA TRASLACIÓN DEL PODER

A) El "egregio axioma de teología"

Pudiendo el pueblo —titular natural del poder— conservarlo o transmitirlo, se sigue necesariamente que si observamos que en un determinado estado el gobierno es ejercido por un rey o por un grupo de aristócratas, ello se debe a que el pueblo les ha transmitido la potestad que ejercen, como titulares actuales. Esto mismo prescribe Suárez con relación a Jacobo I: "ningún rey o monarca recibe o ha recibido el poder político directamente de Dios o por institución divina, sino mediante la voluntad y la constitución humana". A esta sentencia llama el Eximio "egregio axioma de teología", recordando que numerosos teólogos y juristas apoyan la conclusión.⁴⁸

Dejando el análisis de la interpretación del pensamiento tomista por el Eximio para más adelante, resulta interesante recordar una cita de San Agustín que Suárez interpreta como confirmando magistralmente su tesis: "pacto general de las sociedades humanas —escribía el Obispo de Hipona (*Conf.*, III, 8)— es obedecer a sus reyes". El jesuita da gran importancia a las palabras de San Agustín, entendiendo que por ellas se ha querido expresar que "el poder de los reyes y la obediencia que se les debe, tiene su fundamento en un pacto de la sociedad humana, y, por consiguiente, que no tiene su origen en la inmediata institución divina, pues el pacto humano se contrae por voluntad de los hombres".⁴⁹

B) El pactum subiectionis

Demostrado Suárez la veracidad de la doctrina traslacionista, retrotrae su fundamento a la antigua *lex regia* romana, según la tesis de Ulpiano en el *Digesto* y que fuera recogida en las *Institutas* por Justiniano (I, tít. 2, lib. 6). Según el Eximio, dicha ley debe entenderse en el sentido y con el alcance de que la autoridad de los reyes "ha sido constituida por medio de un pacto con el cual el pueblo trasladó al príncipe el poder con la carga y la obligación de gobernar al pueblo y administrar justicia; y el príncipe aceptó tanto el poder como la condición".⁵⁰

Resulta entonces, que el poder real no procede por institución divina positiva o por imperio del derecho natural, sino por pacto humano. De ahí que tenga que rechazarse la teoría jacobina del derecho divino del poder de los monarcas, máxime porque mediante ella se llega a consecuencias insoportables para el pueblo como la inmutabilidad de la monarquía. Esta, en tanto forma de gobierno, es una institución humana "porque ha sido fundada inmediatamente por los hombres; y, por lo tanto, por medio de los hombres directamen-

⁴⁸ *Def. fid.*, III, II, 10, pp. 22-23.

Suárez cita (en ídem, íbidem, pp. 23-25) a los siguientes: ALFONSO DE CASTRO (*De lege poenali*, I, 1); BELLARMINO (*Apología*, c. 13, pp. 125-127); FRANCISCO DE VITORIA (*Relectio de potestate civile*, 8, *Relectio 2 de potestate ecclesiae*, conc. 3); DOMINGO DE SOTO (*De iust.*, IV, I, q. 4, a. 1); LUIS DE MOLINA (*De iust.*, V, I, t. II, disp. 21) y a SANTO TOMÁS DE AQUINO (*Summa Theolog.* I-II, q. 97, a. 3; I-II, q. 90, a. 3 inc C; II-II, q. 10, a. 10 in C).

⁴⁹ *Def. fid.*, III, II, 11, p. 26. Ver: *De leg.*, III, IV, 1.

⁵⁰ *Def. fid.*, III, II, 12, p. 26.

te ha sido conferido el poder a los reyes cuya dignidad ha sido creada por medio de aquella institución”.⁵¹

Sin embargo, existen serias objeciones a esta interpretación; pero Suárez se les anticipa y las explica, refutándolas. La más fundada de ellas entiende que, no obstante la institución de los reyes por los hombres, todo poder real viene igualmente de Dios, pues aunque los reyes fueran hereditarios y accedieran al trono por sucesión, recibirían su potestad directamente de Dios en virtud de la primera institución real.⁵² Al replicar, Suárez aclara que la voluntad humana puede participar de dos maneras en la colación de un poder originado en Dios: la primera de ellas es limitándose a *designar* las personas que han de ocupar el cargo o ejercer la dignidad, sin autoridad para aumentarla, cambiarla, disminuirla, debiendo mantenerse intacta tal como Dios la instituyó;⁵³ la segunda forma es radicalmente distinta:

“Otra manera —dice Suárez— de conferir el poder es la colación hecha por un hombre mediante una nueva donación o institución, aparte de la designación de la persona. En este caso, aunque tal poder tenga su fundamento en alguna donación divina hecha anteriormente a otro, sin embargo la colación posterior es de derecho simplemente humano y no divino, y se hace directamente por el hombre, no por Dios”.⁵⁴

Suárez ha planteado el problema en sus justos términos, en cuanto a posibilidades se refiere: en la primer vía (la de la designación) el poder recibido de Dios aparece como vacante —según lo entendemos— hasta tanto el hombre designe la persona que lo ha de ejercer, mas no se produce donación, entrega, colación o transferencia de poder. En cambio, a través del segundo camino (el de la traslación), el poder recibido de Dios se transmite al designar al gobernante, cambiando de sujeto, pasando de un portador natural (el elector o los designantes) a un portador meramente humano (el elegido o designado). En la teoría de la traslación, la entrega del poder por el pueblo —su natural sujeto— al gobernante se opera por medio de un contrato o pacto de sujeción; para esta teoría no es suficiente con la instauración o designación de los gobernantes del Estado,

“no basta —como expresa el propio Suárez— la mera designación de la persona, ni es separable de la donación o de un contrato o cuasi-contrato humano si ha de tener el efecto de una colación de poder. Porque la sola razón natural no admite la sola traslación del poder de un hombre a otro por la simple designación de la persona sin el consentimiento y la voluntad eficaz de aquel por el cual ha de ser transferido o conferido el poder”.⁵⁵

⁵¹ Ídem, III, II, 13, p. 27: “*Est ergo humana institutio, quia per homines immediate facta; ergo per homines immediate datur potestas regibus, quorum dignitas per illam institutionem creata est*”.

⁵² Ídem, III, II, 15, p. 28.

⁵³ Ídem, III, II, 16, pp. 28-9.

⁵⁴ Ídem, III, II, 17, p. 29: “*Allio ergo modo potest fieri collatio potestatis ab homine per novam donationem vel institutionem ultra designationem personae, et tunc etiam si talis potestas fundamentum habeat in aliqua priore donatione divina alten facta, nihil ominis collatio illia, quae postea fit, simpliciter est de iure humano non divino, et immediate ab homine, non a Deo*”.

⁵⁵ Ídem., ibídem.

Por este motivo, toda monarquía (o aristocracia pura o mixta) es de origen humano y no divino, desde el momento que se requiere que el poder humano sea "directamente conferido por el hombre", no bastando la mera designación de la persona.⁵⁶

Menester será para Suárez, entonces, probar la forma de operar del pacto de sujeción, es decir, los mecanismos de transferencia o concesión del poder. Para el jesuita, la primera forma de traslación es *per voluntarium populi consensus*, por el libre consentimiento del pueblo, forma que puede acontecer de dos modos: "Una, cuando se verifica poco a poco y en cierto modo sucesivamente, según va creciendo el pueblo".⁵⁷ Así, por ejemplo, en un principio se obedecía a Adán o a Abraham o a cualquier otro patriarca y luego, al ir aumentando el pueblo y transformándose en comunidad perfecta la sociedad, puede también continuar y extenderse la sumisión.⁵⁸ En este supuesto, el poder monárquico y la comunidad política misma aparecen simultáneamente. "Otra manera pudo ser cuando la comunidad ya política —escribe Suárez— elige libremente al rey, al cual traslada su poder. Es la manera de suyo más conveniente y razonable".⁵⁹ Según afirma el jesuita, basta la primera traslación o manifestación del consentimiento para que la misma mantenga su validez en relación a los monarcas posteriores; así legitima el sistema de sucesión real que, por una parte, era el sistema de gobierno vigente en aquel entonces.

Sin embargo, existe una segunda forma de adquisición del poder y es cuando los pueblos quedan sometidos involuntariamente a los reyes como consecuencia de una guerra: *populi liberi involuntariae subici regibus per bellum*.⁶⁰ Si la guerra ha sido precedida de un título justo, el castigo —la sumisión al rey vencedor— hace las veces de un contrato; si la guerra ha sido injusta, el poder real legítimo se adquiere cuando con el correr del tiempo el pueblo da libremente su consentimiento.⁶¹

C) Caracterización del pactum subiectionis

1) En principio, el poder no puede retrotraerse al pueblo:

Debe aquí Suárez hacer frente a las argumentaciones que Jacobo I esgrimiera frente a Bellarmino en contra de la teoría de la traslación. La primera de ellas, recordada por el mismo Suárez, consiste en la acusación que el rey lanzara en contra de la prédica de Bellarmino destinada a aseverar la superioridad del poder popular sobre el poder real; con ello, decía Jacobo I, no se hacía más que favorecer las subversiones y levantamientos populares.

La réplica suareciana es de gran altura. El Eximio niega que su doctrina pueda fomentar rebeliones populares, pues el pueblo que ha trasladado su poder al monarca no puede volver a poseerlo:

"Porque una vez que el pueblo trasladó su poder al rey, ya no puede legítimamente el pueblo, apelando a dicho poder, reclamar su libertad a capricho o siempre que se le antoje. Porque si ha concedido su poder

⁵⁶ Idem., ibídem.

⁵⁷, ⁵⁸ y ⁵⁹ Idem., III, II, 19, p. 31.

⁶⁰ y ⁶¹ Idem., III, II, 20, p. 32.

al rey, y éste lo ha aceptado —continúa Suárez—, por esto mismo el rey ha adquirido el dominio. Por consiguiente, aunque el rey haya recibido del pueblo este dominio mediante donación o contrato, el pueblo ya no puede quitar al rey este derecho ni reclamar otra vez su propia libertad”.⁶²

Cedido el poder, parece decir Suárez, el sujeto primario que lo tenía por naturaleza, cede también su superioridad; ésta, su preeminencia, ha dejado de pertenecerle junto con el poder.⁶³

2) El pueblo puede conservar el poder *in habitu*:

Había dicho Bellarmino que, no obstante la cesión del poder por el pueblo a un gobernante, aquél conservaba dicha potestad *in habitu*. Ello suscitó la crítica de Jacobo I quien temía que dicho poder pasivo o potencial llegara a convertirse en activo, es decir, pasara el pueblo a tenerlo *in actu*. Suárez recuerda al monarca que las palabras del cardenal decían que el pueblo mantenía el poder *in habitu en determinados casos*, lo que significaba que el pueblo no lo conservaba para cualquier clase de actos o caprichos. Esos casos determinados en que el pueblo se reserva el ejercicio del poder parcialmente, deben constar en el pacto de colación, es decir, en el primer contrato; sin embargo, hay casos en que el poder del pueblo, el poder *in habitu*, no surge del contrato de vasallaje sino de la justicia natural, como sería el caso del derecho de defensa contra el tirano, que constituye un derecho irrenunciable para el pueblo.⁶⁴

“Por tanto —dice el jesuita— si el pueblo al transmitir el poder al rey se ha reservado éste para algunos casos y asuntos más graves, entonces puede hacer lícitamente uso de él y conservar su derecho”.⁶⁵

Se concluye, entonces, que el pueblo está incapacitado para limitar o cambiar la potestad regia si no ha hecho reserva de esta facultad en el pacto de sujeción.⁶⁶

3) El poder real es independiente del poder popular:

De lo que hemos venido explicando, se concluye que:

“no es absolutamente cierto —como dijera el Eximio— que el rey dependa del pueblo en su poder, por más que haya recibido su poder del pueblo. Podrá depender en lo tocante a su consecución, *in fieri*, como dicen; pero una vez que lo ha recibido de manera plena y absoluta es independiente en su posesión”.⁶⁷

Por consiguiente, el rey proclamado tal legítimamente, una vez que se le ha hecho colación del poder, tiene la *suprema potestas* ⁶⁸ en todas aquellas cosas para las cuales lo ha recibido; y ello aunque el poder haya sido recibido del pueblo que es su natural portador.

⁶² Idem, III, III, 2, p. 34.

⁶³ Idem, ibídem, p. 35.

⁶⁴ y ⁶⁵ Idem, III, III, 3, p. 35.

⁶⁶, ⁶⁷ y ⁶⁸ Idem, III, III, 4, p. 36.

VI. LA DOCTRINA DEL PADRE SUÁREZ INTERPRETADA

Las palabras de Suárez son sumamente claras, incluso en aquellos puntos en que existe mutua contradicción. Suárez no ha dicho más de lo que escribió y escribió bastante sobre el tema que nos preocupa, pues, como hemos visto, extrajo de las premisas iniciales numerosas y precisas consecuencias. A pesar de ello, en capítulo que ahora iniciamos, intentaremos ver el pensamiento político del sacerdote jesuita tal como ha sido recepcionado por sus intérpretes y seguidores. El objetivo de este análisis es sencillo: constatar hasta qué punto los suarecianos son tales, hasta qué punto han sido fieles al pensamiento del Eximio y dónde —muchas veces para justificar criterios personales— se hace decir al P. Suárez cosas y afirmaciones que él nunca hizo ni haría.

A) *La autoridad en el Estado*

Suárez, al fundamentar la necesidad de la autoridad política, prueba de manera visible los lazos que lo unen a la tradición escolástica y cristiana;⁶⁹ por ello, debe rechazar el argumento de que la igualdad y la libertad humana sean obstáculos para la vigencia y legitimidad del poder estatal y ello porque, como sucede en el orden de la libertad individual, así como un hombre puede renunciar a ella sometiéndose como esclavo, así también la comunidad política puede quedar sujeta al poder. El valor del parangón realizado debe entenderse correctamente pues sólo es un ejemplo y no importa establecer una asimilación entre el “estado de esclavitud” y el “estado de comunidad política”.

La autoridad política es de tal manera necesaria al hombre político que ella es la que hace posible la unidad, la continuidad y la estabilidad de la convivencia estatal, pues, como se dice en las Escrituras: “Si no hay quien lo dirija, perece el pueblo” (*Proverbios*, XI-14). Suárez advirtió esta verdad de la filosofía cristiana del poder y, con tanta firmeza la sostuvo, que negó poder a los hombres para impedir el nacimiento del poder (*De leg.*, III, III, 2); así como se requiere de la voluntad humana para que los hombres se constituyan en Estado, no se necesita de ella para engendrar el poder, pues éste viene de Dios y se presenta como inevitable a la existencia humana política (*De leg.*, III, I, 10).⁷⁰ A tal punto el poder es indispensable en la vida convivencial humana que Suárez admite expresamente que la sumisión voluntaria a la autoridad no es contraria al estado de inocencia.⁷¹

1. *Justificación de la autoridad*: Suárez demuestra la naturalidad del poder político por tres vías: por ser necesario a la conservación del todo social, por el fin propio de la autoridad —el bien común—, y por su origen divino (*Def. fid.*, III, I, 1 a 8).

A pesar de ello, los estudiosos de la doctrina suareciana están contestes en señalar la importancia que para el jesuita tenía el demostrar la “naturali-

⁶⁹ Ver: ROMMEN, HEINRICH, *La teoría del estado y de la comunidad internacional en Francisco Suárez*, trad. por V. García Y. Madrid-Buenos Aires, s/e, 1951, p. 227.

⁷⁰ Ver GALLEGOS ROCAFULL, JOSÉ M., *La doctrina política del P. Francisco Suárez*. México, JUS, 1948, p. 62.

⁷¹ Ver: *Def. fid.*, III, I, 2-10 y 12 y *De op. sex. dierum*, V, III, 3 y 9.

dad" del poder, sin tener que recurrir al tema de su origen sin que ello implicara —como en alguna oportunidad entendió Gierke— una versión "profana" o "degradada" de las enseñanzas escolásticas. Por el contrario, la pretensión suareciana radica en demostrar la naturalidad del poder a partir de *causas segundas*, pero sin olvidar que Dios constituye su causa primera. La gran prueba de la necesidad del poder político hallóla Suárez en la función pública de procuración del bien común.

"La legitimidad y la justa razón del poder del Estado —escribe Rommen⁷²— consisten en su misión de velar por el bien común. Así, pues, la justificación del poder del Estado, el derecho de la autoridad, se basa en una relación óntica. Todo poder se justifica en la medida en que con su voluntad y con su fin esencial sirve a la comunidad en la que desarrolla su actividad".

2. *Dios, su causa primera*: al abordar el origen de la autoridad pública se mantiene Suárez dentro de la tradición escolástica afincando en Dios la causa eficiente de la autoridad.

Dios es la causa primera y absoluta del poder; éste no surge de la voluntad humana y ello porque antes de congregarse en comunidad política la autoridad civil no existe entre los hombres (*De leg.*, III, III, 1) y, al momento de formación del Estado, no está en los hombres impedir que surja la jurisdicción política (*De leg.*, III, III, 2).⁷³

Por tanto, nos parece errónea la afirmación de Rommen de que en Suárez el origen del poder es "directamente humano e indirectamente divino"⁷⁴ pues el propio Eximio ha afirmado lo contrario, y de sus palabras sólo cabe hacer una interpretación correcta: el poder en sí, es decir, el poder político considerado en abstracto, procede inmediatamente de Dios por ser Él el autor de la naturaleza (*De leg.*, III, III, 2 y ss.; *Def. fid.*, III, I, 7 y ss.).⁷⁵

"Dios es el autor no sólo principal sino exclusivo de la autoridad" afirma Suárez.⁷⁶ Tal afirmación no es exclusivamente una invitación a los gobernantes a obedecer a Dios, de quien han recibido su poder —como erróneamente entiende Jovenel⁷⁷— sino también, y por sobre esa invitación, es una efectiva realidad. *La realidad divina del poder político surge*, al menos, de dos notas esenciales: *primero*, porque siendo natural el poder y correspondiendo a Dios la autoría de la naturaleza, el poder procede lógicamente de Dios; *segundo*,

⁷² ROMMEN, HEINRICH, ob. cit., p. 226. Comparar con MATEO LANSEOS, P., ob. cit., pp. 73-97.

Para este autor la legitimidad del poder en la doctrina suareciana tiene diversas justificaciones: a) *intrínsecas*: en tanto que la autoridad es necesaria para la conservación de la sociedad; b) *extrínsecas*: en tanto que la misma es propia de la sociedad política comparada con las sociedades menores; c) por ser la autoridad un organismo moral y d) por la superación suareciana del pesimismo agustiniano.

⁷³ Ver: GÓMEZ ROBLEDO, IGNACIO, *El origen del poder político según Francisco Suárez*. México, JUS, 1948, pp. 107-109.

⁷⁴ ROMMEN, HEINRICH, ob. cit., p. 229.

⁷⁵ MATEO LANSEOS, P., ob. cit., p. 147.

⁷⁶ *De leg.*, III, III, 2.

⁷⁷ DE JOUVENEL, BERTRAND, *El poder*, trad. de J. de Elzaburu. Madrid, Fd. Nacional, 1974, 2ª ed., p. 38.

porque siendo el poder un bien y correspondiéndole a Dios la creación de todos los bienes, necesariamente Él ha de ser causa eficiente del poder.

Al ser Dios causa absoluta e inmediata de la autoridad política, los hombres deben usar de ella de la forma que mejor corresponda para la consecución del fin propio de la comunidad política. Siguiendo las huellas del pensamiento del Eximio, el P. Izaga ha explicado que no está en el hombre forjar la autoridad, pues él ya la encuentra:

“nacida en las entrañas mismas sociales, con un fin definido que le marca la naturaleza, y con las condiciones y atributos indispensables para cumplir ese fin. En ese fin y en esos atributos nada puede la voluntad humana, que sólo queda libre para la determinación y selección de los órganos más propios para cumplir ese fin y actuar esos atributos”⁷⁸;

de allí la admirable justeza de la sentencia que enseguida acompaña la reflexión del P. Izaga, pues los hombres no somos tanto “dueños y señores de la autoridad política, sino siervos de ella”.

Por nuestra parte creemos que en la doctrina suareciana el aspecto humano de la autoridad civil se configura no sólo en la libertad del hombre para plasmar el orden político que más convenga a un Estado, sino que también el hombre se hace presente en la doctrina del P. Suárez como portador o titular originario de dicho poder. Este aspecto no debe descuidarse, pues es el que marca la peculiaridad del pensamiento suareciano.

Especial aserto de la doctrina del P. Suárez lo constituye la afirmación, tantas veces reiterada a lo largo de la obra del jesuita, de que el poder político es otorgado por Dios como una consecuencia natural del nacimiento de la comunidad política y no por un especial acto de institución. Al decir de Gómez Robledo, la potestad pública en Suárez no se presenta como “algo sobreañadido sino como propiedad resultante del ser constituido”.⁷⁹ Esta idea, según anticipáramos, es de vital importancia para los suarecianos, pues de ella se extraerá uno de los argumentos fundamentales para sostener la vigorosa tesis de la comunidad política sujeto primario de la autoridad.

B) *El surgimiento de la comunidad perfecta*

Si se afirma que la autoridad es consecuencia propia, necesaria e inevitable de la existencia entre los hombres de una sociedad civil o comunidad política, es menester analizar el nacimiento de ésta. Suárez admite —especifica—

⁷⁸ Ver IZAGA, S. J., LUIS, *Elementos de derecho político*. Barcelona, Bosch, 1952, 2ª ed. correg., t. I, p. 150. Comparar con MEINVILLE, JULIO, *Concepción católica de la política*, 4ª ed., en “Biblioteca del Pensamiento Nacionalista Argentino”, vol. III: *Julio Meinvielle*. Buenos Aires, Dictio, 1974, p. 67.

La doctrina suareciana es perfectamente compatible con el pensamiento personalista cristiano, según manifiesta Sánchez Agesta. “Los hechos a destacar (en el personalismo cristiano) —escribe este autor— son dos: la *naturalidad* del poder, patente en su universalidad, y la intervención de la *voluntad humana* en su determinación y articulación, patente en la *variedad* de su organización”. SÁNCHEZ AGESTA, LUIS, *Principios de teoría política*. Madrid, Ed. Nacional, 1974, 5ª ed., p. 69 (ver también p. 77).

⁷⁹ GÓMEZ ROBLEDO, IGNACIO, ob. cit., p. 114. Para mayor abundancia ver: MATEO LANZOS, P., ob. cit., pp. 152-157.

mente en *De opere sex dierum*— la existencia de un *estado de inocencia* que, sin ser específicamente un estado de politicidad, lo es de convivencia humana. Empero, no debe asignársele a esta etapa de la vida humana un sentido y un alcance similares a los del contractualismo político demoliberal mecanicista (Hobbes, Locke, Rousseau, especialmente). Se trata, sencillamente, del estado de la naturaleza humana antes del pecado original, es decir, antes de que se hubiera de hablar del hombre como “naturaleza caída”.

Es más, en ningún momento reniega Suárez de la naturaleza social y política del hombre, manifestada esencialmente en la vida familiar y en el Estado. La conveniencia de la vida política es continuamente reafirmada por Suárez:

“La unión de los hombres para formar una ciudad —dice en *De opere sex dierum* V, VII, 6— le está bien al hombre, no de una manera accidental únicamente en razón del pecado, o de la corrupción de la naturaleza, sino que de suyo le conviene al hombre en cualquier estado, y pertenece a su perfección”.⁸⁰

Aunque el ser humano sea constitutivamente social y político, Suárez se instala lejos de un naturalismo determinista. Pero ese distanciamiento filosófico ha solido interpretarse como un “demasiado lejos” de la naturaleza que acercaría al jesuita a un voluntarismo manifestado por medio de su contractualismo político. Éste es el problema del que ahora nos ocuparemos.

1. *Contrato político en Suárez*: En *De opere sex dierum* Suárez expresaba que el Estado, la comunidad humana política, se constituía por un “pacto” expreso o tácito; y, en diversos párrafos del *De legibus* podían leerse palabras tales como “deseo”, “voluntad”, “consentimiento”, referidas a la formación de la sociedad civil por el hombre.⁸¹ El problema surge al correlacionar esta nueva versión del P. Suárez con la declarada sociabilidad natural del hombre. Al hacerlo, los distintos intérpretes del Eximio han llevado mayor confusión al tema —según creemos—, confusión que surge al pretender explicar a Suárez desde una posición personal de alabanza, pues, en este caso —como en otros—, rara vez puede distinguirse (si no se ha leído a Suárez) dónde acaba éste y principia el comentarista su versión.

Esto nos ha movido a detallar las opiniones más importantes vertidas por los comentaristas suarecianos de mayor raigambre. Para el final, intentamos sintetizar qué es lo que en realidad debe entenderse que quiso decir Suárez, junto a una reflexión sobre el verdadero alcance de su doctrina.

a) *Heinrich Rommen*. Quizá sea, la de este autor, la óptica más acertada en la interpretación de las lecciones suarecianas. Rommen cree necesario unir las afirmaciones de Suárez en donde se presenta al Estado como fruto de la voluntad con aquellas otras donde afirma la sociabilidad natural del hombre.

“Sucedee en el Estado —dice— algo así como en la familia, que tiene su fundamento en la disposición natural del instinto sexual, siendo, no obs-

⁸⁰ Cit. en GÓMEZ ROBLEDO, IGNACIO, ob. cit., p. 57. Sobre la sociabilidad natural del hombre ver: GALLEGOS ROCAFULL, JOSÉ M., ob. cit., p. 83 y ss., especialmente p. 85.

⁸¹ Ver *supra*, III, C, 1.

tante, la satisfacción de éste obra totalmente debida a la libertad personal. Por consiguiente, se puede decir que el origen del Estado, su principio, es la naturaleza humana, que encuentra en el Estado su perfección en este mundo, mientras que, el nacimiento histórico, encuadrado en el tipo de los diversos Estados y, por tanto, su fundación, se realiza a base de la deliberación y acuerdo de los hombres".⁸²

Es decir que, según lo interpreta Rommen, para Suárez la naturaleza humana impulsa al agente a la vida política, pero ésta es fruto del consentimiento del hombre. Y este consentimiento se plasma en un contrato social. Como bien expresa Rommen, el contrato social es la última salida que le quedaba a Suárez, pues éste ya ha rechazado dos opciones anteriores: que el Estado naciera de un acto fundacional directo de Dios, y que naciera por el sólo impulso y virtud de la naturaleza de la persona.

"Por consiguiente —continúa Rommen⁸³—, acerca del *nacimiento ideal* del Estado, es decir, de un nacimiento derivado de la idea de su esencia y de su fin, sólo puede admitirse la teoría del contrato social, tal como la enseña Suárez".

El surgimiento del Estado —en Suárez— se presenta evolutivamente; el hombre evoluciona hacia el Estado impelido o impulsado por una necesidad moral no sujeta a las leyes naturales físicas, hasta alcanzar esa vida estatal como punto final de la evolución.⁸⁴

Destaca finalmente Rommen que la importancia de la doctrina suareciana radica en haber restaurado a la voluntad como origen del Estado. En su opinión sería conveniente, para evitar erróneas confusiones entre el suarismo y el moderno contractualismo, sustituir la palabra "contrato" por "consentimiento" (*consensus*).⁸⁵

b) *Gómez Robledo*. Para este autor la doctrina de Suárez es eminentemente contractualista y por ello se la valora positivamente, aunque no por ese motivo debe vincularse a la teoría roussoniana.⁸⁶ A su entender, deben distinguirse en Suárez dos pactos diversos: hay un *pacto de sujeción* o de investidura por el que se constituye la autoridad política al trasladársele el poder; pero este pacto es precedido por otro, el *contrato social*, constitutivo del Estado mismo. Este pacto inicial se caracteriza por ser "una especie de consentimiento general por el cual se unen los hombres para cooperar en la consecución del bien común".⁸⁷

⁸² ROMMEN, HEINRICH, ob. cit., p. 189.

⁸³ Ídem, p. 192.

⁸⁴ Ídem, p. 219.

⁸⁵ Ídem, pp. 198 y ss. En otra obra, este autor explica el límite que tiene el consentimiento en la teoría suareciana. "El objeto del consentimiento, sin embargo —dice Rommen— no puede ser nunca el contenido objetivo, metafísicamente necesario del orden y de la justicia legal. El Estado y su fin y la naturaleza de la autoridad están coordinados y son objetivos, y, por tanto, están más allá de la voluntad. Así, pues, el consentimiento libre no se refiere al contenido esencial, a la validez objetiva de los principios del orden, de la justicia legal, sino tal solo a su forma individual accidental *hic et nunc*". *El estado en el pensamiento católico*, trad. de E. Tierno G., Madrid, I. E. P., 1956, pp. 516-7.

⁸⁶ GÓMEZ ROBLEDÓ, IGNACIO, ob. cit., pp. 53-56.

⁸⁷ Ídem, p. 164.

En la interpretación del contrato suareciano, Gómez Robledo lleva la tesis al extremo de presentarlo como un acto de mutua cesión de derechos, al puro estilo de Rousseau. "Por este pacto expreso o tácito —escribe—, cede cada particular en beneficio del bienestar común, la parte de sus derechos que no se compadece con los de los demás en la actividad pública".⁸⁸ La exageración del comentarista desnaturaliza, según creemos, el verdadero alcance del pensamiento del jesuita y es, por ende, errónea.

c) *Gallegos Rocafull*. En su interpretación del Eximio, concibe este autor al Estado, al igual que otra cualquier sociedad concreta —como la Iglesia, la familia o un equipo deportivo— como una unión moral denominada *cuerpo místico*; y en la constitución de este ser intervienen, imprescindiblemente, fusionados impulsos y elementos naturales con otros más propiamente humanos o voluntarios.⁸⁹ Así, el Estado —como lo afirmara Suárez en *De legibus*, III, I, 3— se produce por el ensanchamiento o unión de otras uniones morales que son las ciudades. Pero, Estado y ciudad no son asimilables, pues mientras la ciudad se constituye para "el ser", el Estado persigue como objetivo "el mejor ser" de los hombres. Por eso el origen del Estado es *plebiscitario*:

"El Estado surge de un acuerdo o pacto de las ciudades que, renunciando a su soberanía connatural, acuerdan conferirla a una autoridad que las gobierne a todas. Lo deciden por su propia conveniencia".⁹⁰

Conforme a esto, el Estado, en el pensamiento del Eximio, resulta de la sociabilidad natural que impera o urge en el hombre la intervención de su voluntad, de forma tal que la comunidad política en cuanto comunidad perfecta "no se hace sin intervención de la voluntad del hombre, que no se limita a sentir el impulso natural, sino que libremente consiente en él y lo realiza".⁹¹

Gallegos Rocafull resta importancia a las palabras contrato o pacto con que Suárez ha caracterizado la unión voluntaria en el Estado. "Conectar esa voluntad a su pacto —escribe— es tan sólo una manera de decir".⁹²

d) *Mateo Lanseros y otras interpretaciones*. Luego de enseñar cuál es el sentido de la doctrina tomista sobre el tema, entiende Mateo que la de Suárez no difiere de la del Aquinate, por cuanto para ambos resulta claro que el Estado se origina tanto por imperio de la naturaleza social del hombre como por su actividad voluntaria.⁹³ Sin embargo, lo propio de Suárez ha sido el destacar la necesidad del consentimiento de los ciudadanos —manifestada por intermedio de un pacto— para que el cuerpo político adquiera unidad.

"Es natural —escribe Mateo Lanseros⁹⁴— que el hombre pertenezca a una sociedad política; pero las varias sociedades concretas, reales, deben su origen próximo y tienen como causa eficiente la libre decisión, el consentimiento de los asociados, en una palabra, el *pacto*, que es lo que da unidad a las diferentes familias reunidas en un territorio, es decir, la causa eficiente de la sociedad".

⁸⁸ Idem, p. 164.

⁸⁹ GALLEGOS ROCAFULL, JOSÉ M., ob. cit., pp. 32 a 35.

⁹⁰ y ⁹¹ Idem, pp. 52 y 86 respectivamente.

⁹² Idem, p. 92.

⁹³ y ⁹⁴ MATEO LANSEOS, P., ob. cit., pp. 135-8 y 140, respectivamente.

Suárez, empero, no entiende al pacto o contrato en un sentido similar al del voluntarismo, no sólo porque el Estado tiene su fuente en la naturaleza relacional del hombre, sino también porque reconoce a Dios como fuente, fin y fundamento del orden político.⁹⁵

Otras interpretaciones se prestan a una mayor confusión. Así, por ejemplo, cuando Gustavo J. Franceschi⁹⁶ recuerda que para el Eximio era indistinto el uso de los términos “pacto” y “consenso” —puesto que el acto voluntario del ser político constituyente del Estado puede ser expreso o tácito—, parece necesario reubicar a Suárez, pues su teoría no sería verdaderamente “contractual” sino, tan sólo, “consensual”.

De un parecer diferente es Corts Grau⁹⁷ quien cree que en Suárez el consentimiento es sólo causa secundaria del ser político:

“Suárez no habla de pactos meramente convencionales como raíz última y decisiva de la sociedad civil, y advierte expresamente que la voluntad de los hombres no es la causa eficiente de la autoridad; el consentimiento es la causa secundaria que presupone la primaria: una sociabilidad radical del hombre y una ley natural”.

e) *Nuestra opinión.* Previo a abordar el pensamiento de Suárez sobre este tópico, cremos necesario diferenciar claramente el concepto y los elementos por los cuales se manifiesta la causa eficiente del Estado.

Por lo pronto, Dios, en cuanto autor de la naturaleza y del mundo, es también autor de la realidad estatal; en este sentido, Dios es la *causa última, mediata y remota* del Estado, como lo es de las demás realidades.

Ateniéndonos a la *causa eficiente próxima e inmediata* del ser estatal es útil distinguir una *principal* de otra simplemente instrumental. La primera está conformada por la dimensión social del hombre, en tanto que éste apetece vivir en comunidad política como la manera más conveniente y perfecta de la vida humana; integran este elemento determinante de la comunidad política no solamente los instintos naturales o tendencias instintivas de la naturaleza política del hombre, sino también el aspecto inteligente y el volente del ser humano. Finalmente, la *causa eficiente instrumental* (próxima e inmediata) se define por los medios que especifican o cristalizan el ser del Estado.⁹⁸

Esta breve explicación permite que comprendamos:

aa) que el Estado no es fruto exclusivo de un determinismo histórico o natural, porque entonces en nada se diferenciaría de las comunidades animales; mas tampoco se origina en el esfuerzo ciego y absoluto de la voluntad, pues el acto voluntario integra al hombre en *una comunidad*, pero no interviene para pertenecer a *la comunidad* sin más;

⁹⁵ MATEO LANSEOS, P., ob. cit., pp. 141-3.

⁹⁶ Ob. y loc. cit., p. 62.

⁹⁷ CORTS GRAU, JOSÉ, *Curso de derecho natural*, Madrid, Ed. Nacional, 1974, 5ª ed., p. 425.

⁹⁸ Ver, entre otros, MARTINOTTI, HÉCTOR JULIO, *Filosofía social*. Buenos Aires E.U.A.C.S., 1964, pp. 33-35.

bb) que el Estado es aquiescencia de naturaleza y voluntad, el resultado de la simbiosis de instintos o apetencias y la voluntad, pues, como bien tiene dicho Gómez Arboleya⁹⁹ “sin la naturaleza social no se daría ninguna agrupación, pues la voluntad no puede trabajar en el vacío, crear *ex nihilo* (...). Pero sin la voluntad no se daría sociabilidad, sino instinto gregario. La libertad, pues, califica este fenómeno, porque a nada humano es ajena”;

cc) que, atendiendo a los medios por los cuales puede “obrar” el Estado, el contrato social es solamente uno de los variados que ofrece la voluntad humana rectificada por la inteligencia. Es por ello que no puede decirse que el pacto sea el único —y ni siquiera el ejemplar— medio de constituir el Estado en el hombre.

Trasladando estas explicaciones a la doctrina suareciana, podemos obtener los siguientes resultados:

aa) Suárez no es absolutamente voluntarista, pues lejos de afirmar que el Estado sólo resulta del acuerdo voluntario de los hombres, presenta a la voluntad como impulsada al pacto por el ser social del agente;

bb) tampoco cabe decir de la doctrina suareciana que sea determinista; al contrario, ubicándose en el terreno de la teoría política, Suárez ve al hombre como eminentemente sociable y es esa naturaleza de la persona la que impone a la voluntad a obrar o formar el Estado;

cc) empero, es notorio que el Eximio resalta o destaca por demás la importancia de la voluntad en la formación del Estado. Esta es una de las notas de todo su sistema jurídico-político.¹⁰⁰ El “consentimiento”, el “deseo” y la “voluntad” de hacer el Estado son más importantes que la “naturaleza” política del hombre.

Este aspecto del pensamiento suareciano es el que suscita la crítica, a veces despiadada de los filósofos. Sin caer en el reproche de Delos o de De La Bigne De La Villeneuve —quienes acusan a Suárez de voluntarista y asimilan su doctrina a la de Rousseau¹⁰¹— pero tampoco pretendiendo —como ingenuamente lo hace Gómez Arboleya— que el “pacto social” en Suárez tiene por objeto exclusivamente subrayar “la necesidad de la cooperación voluntaria del hombre es una forma que tiende a un valor moral”;¹⁰² lejos de estos extremos, creemos que el error del jesuita consiste en resaltar el elemento volitivo sobre el elemento natural en el nacimiento del Estado, y, sobre todas las cosas —llámese a su teoría “consensual” o “pactista”— destacar y elevar la figura jurídica

⁹⁹ GÓMEZ ARBOLEYA, ENRIQUE, *Estudio preliminar* a ROMMEN, HEINRICH, *La teoría...*, p. LII.

¹⁰⁰ Por ejemplo, en *De leg.*, I, II, 5 define al derecho como el “poder moral que cada uno tiene sobre lo suyo o sobre lo que se le debe”. Esta noción importa, desde ya, un cambio notable en relación a la definición de derecho de Santo Tomás de Aquino como la *ipsa res iusta*, “la misma cosa justa”; es decir, importa el paso del objetivismo al subjetivismo tomista. Sobre este aspecto, puede verse: MASSINI, CARLOS IGNACIO, “Sobre la definición del derecho de Francisco Suárez”, en su *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, pp. 81-100.

¹⁰¹ Ver: MATEO LANSEKOS, P., ob. cit., pp. 157 y ss.

¹⁰² GÓMEZ ARBOLEYA, ENRIQUE, *Estudio preliminar cit.*, p. LIII.

del contrato o del consentimiento como medio propio y esencial de manifestación de la aceptación por el hombre de la vida comunitaria.

El origen del Estado es natural y voluntario en un mismo y solo tiempo, pero no como formalización de un contrato o manifestación de un consentimiento afirmativo de la vida política, sino como *actualización voluntaria de una virtualidad natural*: la sociabilidad natural del ser humano. Es inútil defender a Suárez —como Rommen¹⁰³— creyendo ver en las expresiones del Eximio un intento de explicar los orígenes abstractos del Estado, es decir, *ideal*, sin hacer referencia al origen concreto de cada comunidad singular. Si ello fuera cierto, la explicación ideal debería ser valedera en la explicación del origen de cada Estado particular; pero la figura del contrato (o del *consensus*) no lo es. La historia de la humanidad solamente presenta un caso, solitario, de origen consensual o convencional del Estado: *el pacto del May-flower* de 1620; pero por único y exclusivo, no admite se lo tome por regla general.

El pacto, repetimos, *puede ser* un medio de constitución del Estado, sin embargo, en tanto tal, es decir, en tanto medio, no es ni el más común ni el más conveniente. De aceptar como tesis general la del contrato, debe aceptarse también que el Estado surge repentinamente y por un solo acto humano consentido por la unanimidad de voluntades individuales. Esta consecuencia racional de la teoría contractualista es a-histórica, en tanto desconoce la historia humana, pues la experiencia acredita que el origen del Estado se produce por “el concurso de tan variados hechos y circunstancias como la historia muestra respecto de cada nación”, según el decir de Gil Robles.¹⁰⁴

Esto, en modo alguno, significa que al consentimiento le neguemos intervención formal en el origen de la sociedad política, sino que, para nosotros, ese consentimiento se manifiesta como *debido*, puesto que se halla sujeto a la *necesidad racional y moral* del Estado.¹⁰⁵

El error de la explicación contractualista radica en ver a la sociedad política como originada a partir de un determinado momento histórico que se ubica en la celebración del propio contrato; por lo tanto, antes de ese contrato no hay nada. Necesariamente, esta explicación debe recurrir a un *mítico estado pre-político de naturaleza* para justificar la figura del contrato. Además, la teoría también está errada en cuanto se supone que el consentimiento contractual original es válido no solamente para los momentos históricos posteriores al mismo (como un contrato de tracto sucesivo, recurriendo a la figura jurídica del derecho privado), sino también para los nuevos sujetos que se engendren en el Estado durante su existencia. A nuestro modo de ver el problema, la sociedad política —muy por el contrario de lo que interpreta la tesis contractualista— está en un “constante hacerse”, un hacerse continuo a través de actos (contractuales o no, consentidos o formados) que significan una cooperación societaria estable y mantenida, cooperación que en nada se asemeja, por ejemplo, al “diario plebiscito” de Gallegos Rocafull.

¹⁰³ ROMMEN, HEINRICH, *La teoría...*, cit., pp. 190-1.

¹⁰⁴ y ¹⁰⁵ GIL ROBLES, ENRIQUE, *Tratado de derecho político según los principios de la filosofía y del derecho cristianos*. Madrid, A. Aguado, 1961, 3ª ed., t. I, p. 130.

Queda dicho, entonces, que Suárez, en nuestra opinión, sin ser totalmente voluntarista, potencia la participación de la voluntad frente al impulso natural en la formación de la sociedad civil, presentando esa voluntad bajo la forma específica de un contrato o consentimiento, en detrimento de otros actos de cooperación comunitaria.

2. *El surgimiento de la autoridad en el Estado*: Formado el Estado por el consentimiento de los hombres, manifestado como pacto, ¿en qué momento recibe la comunidad política perfecta la potestad de gobierno?

Siendo que la autoridad no es otorgada por un acto de institución especial sino que adviene como consecuencia propia y necesaria de la naturaleza del nuevo ser, afirma Suárez que la misma aparece al mismo tiempo que el nuevo ser. Al comenzar el capítulo III del libro III del *De legibus*, se pregunta el Eximio si el poder ha sido dado inmediatamente por Dios a los hombres; y, anticipándose a Rousseau mismo, expone la doctrina que considera errónea, según la cual tanto el poder como la comunidad se forman u originan por el consentimiento y la voluntad de cada uno; por lo tanto, en esta doctrina, el poder de la comunidad aparece como un “algo” dimanado de las propias voluntades individuales, pues el hombre, autor próximo de la comunidad civil es autor también de su poder, ya que aquélla no puede existir sin éste.

Sin embargo, inmediatamente, Suárez corrige la opinión expuesta, diciendo:

“Pero en contra de esto está que antes que los hombres se reúnan en un cuerpo político, este poder no total ni parcialmente se da en cada uno de ellos; más aún, ni siquiera se da en el mismo —llamémoslo así— rudo conjunto o conglomerado de los hombres”.¹⁰⁶

Por consiguiente la respuesta sólo puede ser una: “nunca este poder —dice el Eximio— puede provenir inmediatamente de los hombres”.

No está, por tanto, en los hombres determinar la aparición del poder; podrán ellos decidir sobre el Estado mas no sobre su potestad, pues ésta es un derivado ineludible de la comunidad política (*De leg.*, III, III, 6 y 8). “Quien quiere el Estado —escribe Rommen— no puede quererlo sin poder político”.¹⁰⁷ Es por ello que el poder político no puede proceder de la voluntad humana que configura al Estado. El poder viene a la comunidad una vez constituida ésta.

Sin embargo, como ya lo advirtiéramos, el propio Suárez alega que el origen del poder y de la comunidad son simultáneos. Entonces, ¿cómo conjugar esta simultaneidad con el postulado anterior que el Estado preexiste al poder? Para nosotros, no hay contradicción. La teoría suareciana debe entenderse como que la prioridad del Estado sobre la potestad pública no es una prioridad temporal sino material, pues el pacto debe preceder necesariamente a la po-

¹⁰⁶ *De leg.*, III, III, 1, pp. 203-204. Al decir “rudo conjunto o conglomerado de hombres”, Suárez se refiere a una forma de considerar a éstos —expuesta en *De leg.*, III, II, 4— como un conjunto sin orden ni autoridad moral entre ellos.

Nótese que Suárez ha explicado la teoría roussoniana antes que el propio Rousseau y que la crítica a ella no podía ser menos exacta.

¹⁰⁷ ROMMEN, HEINRICH, *La teoría...*, cit., p. 284.

testad.¹⁰⁸ “La comunidad y su potestad —ha dicho Lissarrague— adquieren su ser al mismo tiempo, según la propia naturaleza”.¹⁰⁹

¿Hasta qué punto es cierta y verdadera la teoría suareciana? El Eximio entendió correctamente que no hay potestad que no encarne en un Estado; es decir, en otros términos, que el poder político es propiedad de la comunidad o cuerpo político, en tanto y en cuanto facultad estatal. Pero como el poder es tanto como la forma del ser político no existe éste sin aquél. La presencia de uno inevitablemente conlleva la del otro. El análisis, hasta este punto, es realizado sin falencias por Suárez, pero las dificultades surgen cuando notamos que el jesuita habla de poder *en abstracto*, no en concreto,¹¹⁰ es decir, previo a la introducción de las formas de gestión del poder. Y puesto que la comunidad —que en Suárez es la depositaria del poder por derecho natural— debe decidir si mantendrá la potestad para sí o la cederá a un cuerpo senatorial, intentando se tramite la encuesta colectiva, ¿qué sucede con el poder? ¿quién lo ejercerá, puesto que no hay poder sin comunidad y viceversa? ¿quedará vacante hasta saber el resultado del plebiscito? ¿o corresponderá que lo ejerza la comunidad humana misma hasta que se decida el momento de la colación?

Suárez no ha respondido a estas preguntas, pues ello implicaría descender del terreno general y abstracto al particular y concreto. Empero, según las razones que Suárez esgrimiera en otros lugares, nos parece que en ese lapso no hay vacancia del poder, sino que éste deberá ser ejercido por la comunidad.

Esta breve reflexión nos es útil para algo más, pues demuestra que, si bien el poder es propio de la comunidad, originándose ambos simultáneamente —en abstracto—, también debe afirmarse que ambos son correlativos en concreto, y, por ello, es imposible admitir que quede en la comunidad sin alguien que lo ejerza. En otras palabras, *no hay poder ni Estado sin gobernantes*, lo que implica, en sana lógica, que el poder *ab initio* exige una forma de gobierno, sea monarquía, aristocracia o democracia. En Suárez, por fuerza de sus argumentaciones, esa primera instancia de ejercicio del poder deberá ser democrática, pues es la comunidad misma la que viene determinada como sujeto natural del poder.

C) *El sujeto primario del poder político*

Las razones de Suárez que hemos venido exponiendo recalcan, por su rigor interno, en el enunciado principal y razón profunda de ser de su doctrina: el principio de que el poder político pertenece a la comunidad política.

Motivan esta tesis suareciana dos argumentaciones esenciales:

1) no hay comunidad política sin poder político y éste proviene de Dios como resultado propio y necesario de la creación del cuerpo civil o estado; luego, el poder pertenece a dicho cuerpo;

2) Dios no ha determinado un sujeto primario para ese poder (ausencia de designación divina directa), luego, si no hay nadie en particular llamado a

¹⁰⁸ MATEO LANSEKOS, P., ob. cit., p. 146.

¹⁰⁹ LISSARRAGUE, SALVADOR, ob. cit., p. 47.

¹¹⁰ Ver nota 22.

ejercer el poder político como titular natural, es que por naturaleza ese poder pertenece a la comunidad de hombres y debe ser ejercido por todos ellos.

Si bien los hombres no disponen acerca del surgimiento del poder en la comunidad política, visto que aquél es inevitable para ésta y que ésta no existe sin aquél, los hombres dispondrán de la materia de la potestad constituyendo la comunidad, causa próxima de la comunidad; pero, según acertadamente lo advierte Lissarrague, esa intervención humana se da, no para constituir la potestad en la comunidad, sino para la *producción del sujeto de la potestad, la comunidad civil*.¹¹¹ Al ponerse de acuerdo los hombres en formar la sociedad civil, como consecuencia o resultancia de ese mismo acuerdo, es que los hombres se constituyen en el sujeto que portará la potestad pública. En Suárez, entonces, el acto humano de formar el Estado es, al mismo tiempo, el acto por el que los hombres se autoconstituyen en titulares del poder estatal.

Este sujeto colectivo del poder puede optar entre ejercerlo por sí o cederlo a otros; en la situación inicial, el pueblo retendrá el poder, en cambio, en el otro supuesto, lo trasladará a un gobernante por él querido. Es útil, entonces, distinguir —como apunta Corts Grau— un sujeto primario y radical del poder que es el pueblo mismo, de un sujeto secundario y formal, constituido por el príncipe, la asamblea oligárquica o aristocrática, o cualesquiera otros gobernantes que no sean el pueblo.¹¹²

Las consecuencias de la tesis suareciana son las siguientes: 1) la democracia es la única forma de gobierno de derecho natural, 2) la teoría de la traslación, como justificación de los “soberanos” y las formas de gobierno no naturales y, 3) la teoría del derecho humano de las formas de gobierno.

1. *La teoría de la democracia*: Según resulta de afirmar que la comunidad tiene el poder político como su depositario natural, será también natural que la misma lo ejerza, y lo haga con preferencia a cualquier otra autoridad que por ella pueda luego ser constituida. De esta manera, reservándose para sí el poder, la comunidad se gobierna a sí misma, sin representantes ni interpósitas personas, es decir, se gobierna en forma democrática.

La democracia suareciana, entonces, se presenta como:

a) el resultado de una disposición negativa de la comunidad, en tanto la misma decide no ceder el poder sino conservarlo;¹¹³

b) una figura original, primaria, previa a cualquiera de las demás formas que pueda asumir el Estado en su gobierno; la democracia es “la forma jurídico-natural del Estado”, como afirma Rommen.¹¹⁴

¹¹¹ LISSARRAGUE, SALVADOR, ob. y loc. cit.; ver ROMMEN, HEINRICH, *La teoría...*, cit., p. 291, e IZAGA, S. J., LUIS, ob. cit., t. I, pp. 151-2.

¹¹² CORTS GRAU, JOSÉ, “El padre Suárez y la sociedad y autoridad civiles”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, junio de 1930, t. 156, pp. 602 y ss., cit. por LÓPEZ-AMO, ÁNGEL, *El poder político y la libertad*. Madrid, Rialp, 1957, 2ª ed., pp. 37-8. Similarmente, Rommen habla de un sujeto jurídico natural del poder (el pueblo o la persona moral del estado) y un sujeto titular del poder (*La teoría...*, cit., p. 296).

¹¹³ MATEO LANSEOS, P., ob. cit., p. 179.

¹¹⁴ DOMMEN, HEINRICH, *La teoría...*, cit., p. 297.

Si por derecho natural el pueblo se ha determinado que sea titular del poder, por derecho natural también el pueblo se encuentra llamado a ejercerlo. Y esta consecuencia Suárez la mantiene aunque afirme —siguiendo a Aristóteles— que la democracia es un régimen imperfectísimo (*De legibus*, III, IV, 1 y *Defensio fidei*, III, II, 8).

Nos parece, sin embargo, destacar —como lo hace Izaga¹¹⁵— que la democracia es de derecho natural “en cierto sentido”, puesto que el pueblo, si bien está naturalmente establecido a gobernar democráticamente, no está obligado a detentar siempre y en todo momento el poder. Puede transferirlo.

2. *La teoría de la traslación*: “Dondequiera que el régimen no es democrático —escribe el Eximio— el pueblo ha transferido al príncipe la suprema potestad”.¹¹⁶ El poder no es inalienable (*Defensio fidei*, III, II, 9 y 11, *De legibus*, III, III, 7 y 8), por el contrario, el pueblo puede cederlo sin que ello importe violación del derecho natural, pues el traspaso de la autoridad ha sido dejado por la naturaleza al libre arbitrio del hombre.¹¹⁷

Al preguntarse Suárez por qué motivo la autoridad se halla, en concreto, poseída por un rey o una asamblea y no por el pueblo, no puede responderse sino de una sola forma: porque el pueblo se las ha trasladado. Responder lo contrario sería tanto como afirmar que el gobernante lo es por derecho propio y, por ende, que la potestad no pertenece por naturaleza al pueblo y éste no es su sujeto primario. Al decir de Dempf,¹¹⁸ lo realmente singular del pensamiento suareciano no está dado tanto por la teoría de la traslación como por el propósito de presentar a ésta *bajo la forma de un contrato*, que ha sido caracterizado como un *pactum subiectionis*;¹¹⁹ este pacto, en tanto contrato, requiere del consentimiento del pueblo cedente —que del pacto en adelante asumirá el deber de obediencia—, y del gobernante investido —que acepta la cesión y las cláusulas contractuales—.

Puede suceder que el pueblo ceda total o parcialmente su potestad natural, por lo que deben distinguirse distintos supuestos variables de acuerdo a las cláusulas del contrato de señorío o sujeción. La forma más normal admitida por Suárez acontece cuando el poder se ha transferido completamente, sin haber hecho reserva el pueblo de alguna facultad para sí; otra modalidad se presenta cuando el pueblo reconoce un superior pero guarda para sí el po-

¹¹⁵ IZAGA, S. J., LUIS, ob. cit., t. I, p. 152.

¹¹⁶ *De leg.*, III, XIX, 7.

¹¹⁷ GALLEGOS ROCAFULL, JOSÉ M., ob. cit., p. 71.

¹¹⁸ DEMPF, ALOIS, ob. cit., p. 168.

¹¹⁹ Afirma Heinrich Rommen (en: *El estado...*, cit., p. 512) que: “es el *consenso*, el *pactum subiectionis*, la elección (*sic*) lo que constituye realmente la causa de la traslación de la autoridad política y de la comunidad política a un individuo o a un grupo específico”. Sin embargo, en otro lugar (en su: *La teoría...*, cit., p. 308), perfeccionando su tesis interpretativa, dice este autor que el acto de traslación es *contractual* cuando a la persona a la que se inviste gobernante está fuera del Estado; en cambio, si la persona investida está en el Estado o forma parte de él, la traslación se presentará como *acto gubernativo* que establece un derecho subjetivo positivo a la posesión del poder civil en cabeza del nuevo titular. En este segundo caso, traslación no es sinónimo de contrato.

der de legislar, pudiendo introducir la costumbre.¹²⁰ En esta situación el pueblo conserva el poder *in habitu*.

3. *Las formas de gobierno son de derecho humano*: Concluye Suárez reconociendo que si el poder viene de Dios a la comunidad y ésta puede trasladarlo según su deseo o comodidad, resulta de ello que las formas de gobierno son de orden humano y no dispuestas por la naturaleza, puesto que el derecho natural deja en libertad al pueblo para que establezca el sistema de gestión del poder que más convenga a sus intereses o necesidades.

Ni Dios ni la naturaleza (por derecho natural) disponen que el gobierno sea ejercido de una forma especial y única sino que, muy por el contrario, admiten que el hombre pueda determinar o establecer libremente las formas de gobierno de la comunidad y variarlas según lo requiera el pueblo, fijando un nuevo sistema de legalidad política. Estas formas se presentan variadas en cuanto a su contenido particular en cada nación o Estado, pero, radicalmente y en esencia, son tres: monarquía, aristocracia o democracia. De ellas, las primeras exigen traslación del poder, en cambio, la forma democrática solamente necesita de la mera resultancia natural, de un dejarse estar del pueblo —negando la traslación—, pues de esa forma el poder queda en la comunidad.

VII. APRECIACIÓN CRÍTICA

Hemos estimado ya, más atrás, el alcance y la veracidad de la doctrina suareciana en cuanto a la causa eficiente de la comunidad perfecta. Ahora corresponde analizar cuánto de verdad encierra la teoría política del Doctor Eximio que afirma que la comunidad o el pueblo es titular de la potestad de gobierno, como así también los postulados que resultan un derivado de la misma.

A) *¿Posee la comunidad política la potestad pública?*

Creemos firmemente que la doctrina suareciana es totalmente errónea en este aspecto, esencial, a la postre, para el docto jesuita. Según nuestro entender —que no es sólo personal sino que está fundado en prestigiosos teólogos, publicistas, juristas y pontífices—, no hay ningún sujeto previamente instruido por el derecho natural para actuar como depositario natural y primigenio del poder político. Ya se ha hecho visible —a través de las explicaciones del propio Suárez— que ni uno ni varios están naturalmente nominados para titularizar e incorporar en su haber el poder político; pero, según sostenemos, en contra de la enseñanza suareciana, tampoco lo están todos. Veamos cuáles son los argumentos de esta doctrina.

1) En principio, *existe imposibilidad física del autogobierno*. La teoría del P. Suárez explica que el poder está en la comunidad y, por ende, debe ella poder ejercerlo; en consecuencia, será necesario probar que el pueblo o la comunidad puede gobernarse por sí, es decir, autogobernarse, sin comisarios, representantes o voceros. Pues autogobierno o democracia (en el sentido y con el alcance dado por Suárez) implica ejercicio directo y total del poder por par-

¹²⁰ De leg., VII, XIII, 1 a 3; ver: ELORDUY, ELEUTERIO, *La soberanía...*, cit., pp. CLXXXII y CLXXXIII.

te de todo el pueblo, no por representantes, siendo todos, a la vez, gobernantes y gobernados, soberanos y súbditos a la manera de Rousseau.

Este autogobierno es imposible. Gobierno significa, al menos, el ejercicio de tres funciones políticas por excelencia: la administrativa, la legislativa y la jurisdiccional —aunque algunos añaden la función de contralor—. Generalmente, al hablar de democracia se está queriendo significar que se atribuye al pueblo la potestad de legislar, pero en modo alguno importa establecer el autogobierno; es decir, el pueblo legisla, pero no gobierna plenamente. Ejercerá, sí, una función del gobierno, mas no todo el gobierno.¹²¹

La realidad política muestra en forma indubitable que la comunidad no puede gobernarse a sí misma; por lo tanto, necesita ser gobernada. “Los hombres —dice Bidart Campos— (...) no pueden gobernarse solos, no pueden compartir la vida comunitaria en identidad real de gobernantes y gobernados, ni permanecer en una formación social no política, y ni siquiera, constituir un Estado sin gobierno minoritario. Toda comunidad necesita elevar por sobre sí a uno o a varios para regir la vida en común”.¹²²

Este dato es comprobable empíricamente. No ha existido ninguna comunidad total y absolutamente democrática en el sentido que se autogobernase. Lo que observamos es una mayor o menor intervención comunitaria en el poder, observamos *participación popular en el poder*, directa (ejerciendo el poder en forma propia) o indirecta (participando en instancias no de decisión). Inclusive, la mentada democracia griega se apoyó sobre la esclavitud y la función políticamente pasiva de la mujer; evidentemente, en ella no todos gobernaban.

Por otra parte, a la imposibilidad física o material del autogobierno se agrega una circunstancia impeditiva teórica y práctica a la vez. El poder político no es sólo facultad de imperio o mando, no se agota en la nuda dominación; el poder es, esencialmente, bilateral o, más perfectamente, *relacional*, en tanto que no hay mando sin obediencia. Esta realidad es tan inevitable que si admitiéramos que todos pueden mandar y, por ello, nadie debe obedecer, estaríamos negando la esencia del poder político, diluiríamos su propio concepto. El poder, en el autogobierno pretendido, dejaría de existir y, con él, la comunidad política misma pues —como ya dijera Suárez— no hay Estado sin poder de gobierno.

Es por esto que el pueblo no puede gobernarse a sí mismo y, por lo tanto, no puede ser considerado sujeto titular de la soberanía o del poder político, ya que, como bien lo ha expresado Bidart Campos “¿cómo va a residir inmediatamente en el pueblo el principio de autoridad si tal sujeto no puede retenerlo?”¹²³

¹²¹ Ver: MEINVILLE, JULIO, ob. cit., pp. 71-2.

¹²² BIDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ, *El mito del pueblo como sujeto de gobierno, de soberanía y de representación*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1960, p. 31; ver también: MARTÍNEZ VÁZQUEZ, BENIGNO, *El sufragio y la idea representativa democrática*. Buenos Aires, Depalma, 1966, pp. 44-47; y KELSEN, HANS, *Teoría general del estado*, trad. de L. Legaz y L. Barcelona, Labor, 1934, pp. 397-406.

¹²³ BIDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ, ob. cit., p. 71.

2) En segundo lugar, el pueblo no puede ser titular del poder político porque *el derecho natural no lo determina a ello*. Visto que el pueblo no puede contener en sí mismo el principio de la autoridad porque no la puede ejercer, no puede afirmarse que posea el poder político aunque sea por derecho natural negativo o simplemente concesivo, ya que sería tanto como afirmar que el derecho natural estaría indicando una solución que, de antemano, estaría destinada al fracaso. Como puede verse, esto es un absurdo.

El principio escolástico que Suárez admite y reitera, reza que la naturaleza no da sólo el ser sino también lo que se sigue de ese ser, es decir, lo que pertenece a ese ser por naturaleza para ser considerado tal. Aplicando este principio al orden político, Suárez afirmaba que la naturaleza daba a la comunidad el poder político, puesto que sin poder político la vida estatal era algo más que imperfecta, era imposible. Nosotros, en cambio, entendemos que el axioma escolástico señala que la naturaleza, si bien da el poder político, no lo da a la comunidad para que ella se gobierne o decida qué hacer con la potestad, *sino que lo da al gobernante* (monárquico, aristocrático o democrático) para que él gobierne la comunidad. La naturaleza instituye en la comunidad el gobierno y, a quien gobierne o vaya a gobernar, lo mune de los medios naturalmente necesarios para que desempeñe su oficio; es decir, le faculta el uso de la autoridad o, mejor dicho, del poder.

3) En tercer lugar, el pueblo tampoco está indicado por derecho natural como titular del poder, puesto que no tiene necesidad imperiosa en serlo o en ejercerlo por él mismo, es decir, *no tiene ningún deber natural que lo obligue a autogobernarse*, ni tampoco está obligado naturalmente a ser titular de la potestad.¹²⁴

Sabido es que todo derecho natural, para ser tal, reconoce como fundamento y fuente de sí a un deber natural, deber natural que exige el reconocimiento de un derecho de igual índole para que el sujeto titular del mismo pueda cumplir el deber.¹²⁵ Ahora bien, en el caso concreto del derecho natural de la comunidad política a ser titular del poder político, no hemos hallado ningún deber natural que pueda darle fundamento. Si se piensa que tal deber puede ser el de dar la ley a la comunidad o el de obtener el bien común, replicamos diciendo que la consecución del bien común —fin del Estado, en el que se halla comprendida la función legislativa— es tarea y misión que directamente incumbe a los gobernantes, quedando salvados ese fin público y la referida función legiferante por quienes efectivamente ejercen el poder en la sociedad.

Otro problema diferente es el de la participación política —que, de ninguna manera, puede definirse como soberanía popular—. Queda claro que en el pensamiento tradicional de vertiente aristotélica y tomista, la tarea comunitaria es tarea común de gobernantes y gobernados; por lo tanto, las personas tienen el derecho de participar políticamente, derecho que está fundado en el deber natural de gestionar el bien común. Esta participación —reiteramos— en modo

¹²⁴ Seguimos a MARTÍNEZ VÁZQUEZ, BENIGNO, *Teoría del estado* (inédito); igualmente, ver MEINVILLE, JULIO, ob. cit., p. 71.

¹²⁵ Ver: CASARES, TOMÁS D., *La justicia y el derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, 3ª ed., pp. 124 y ss.

alguno puede entenderse como autogobierno o reconocimiento al pueblo de la titularidad del poder.

4) En cuarto lugar, al atribuirse al pueblo la calidad natural de la autoridad política, se lo está presentando *como un verdadero sujeto con voluntad y órganos propios para manifestarla, lo que es falso*. Lissarrague coincide con nuestro parecer cuando afirma que en Suárez “el pueblo se concibe —con una vislumbre sobre el futuro— como un soporte de voluntad capaz de retener o entregar su propia *potestas*, como una persona ficta capaz de desprenderse de su libertad”.¹²⁶

Esta ficción, para nosotros, es sólo eso: una fantasía que, al carecer de correlato real, es errónea. Ni el pueblo, ni la comunidad de hombres que integran el Estado, pueden concebirse como sujetos de voluntad, tal como lo hace el organismo moderno. Esta imposibilidad reconoce, especialmente, dos razones: a) porque el pueblo carece de la necesaria unidad que es menester para expresar una voluntad colectiva y b) porque no existe interés jurídico ni político para fingirlo como sujeto de voluntad y derechos.¹²⁷ Estos motivos impiden que el pueblo o la comunidad en tanto población puedan considerarse sujetos o personas morales titulares de una potestad política.

5) Finalmente, y en quinto lugar, nos parece erróneo el procedimiento empleado por Suárez para determinar la existencia del titular del poder político. Como ya hemos visto, el Eximio actuó por exclusión, es decir, *por descarte*. Su argumento racional puede resumirse en lo siguiente: “Si ni los textos ni la tradición permiten admitir que una persona o varias personas han recibido el poder como sus titulares, luego, debe afirmarse que el pueblo o todas las personas lo poseen como sujetos primarios”.

Olvidó, sin embargo, Suárez, agotar las posibilidades. Pues, descartada la titularidad del poder por uno y por varios, no quedaba solamente una probabilidad (que la comunidad fuera su titular) sino dos (la comunidad o nadie). Lo que sucede es que en la teoría suareciana no se podría sostener otra cosa: el que el poder sea pertenencia del pueblo es consecuencia de verlo no como atributo o facultad del Estado, sino como objeto de dominio que es dominio en sí mismo. El poder no es, para Suárez, propiedad (atributo) de la comunidad sino propiedad (pertenencia o derecho de dominio) comunitaria. El poder —hasta cierto punto— se ve como una cosa que se posee por el pueblo. *El poder se ha cosificado*.

Nosotros, en cambio, arribamos a otra conclusión: el poder no pertenece a nadie en particular, ni siquiera a la comunidad, porque el derecho natural no indica a nadie (ni a uno, ni alguno, ni a todos) como sujetos primarios del poder político. Podrá decirse, con Vareilles-Sommieres que el poder es una *res nullius* (incurriendo en una cosificación del poder similar a la tesis suareciana) y que su titularidad vendrá dada por la ocupación, tal como suce-

¹²⁶ LISSARRAGUE, SALVADOR, ob. cit., p. 58; ver: DEMPFF, ALOIS, ob. cit., p. 171.

¹²⁷ El argumento pertenece a BEDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ, ob. cit., pp. 48 y ss.

de en el derecho civil;¹²⁸ pero creemos más conveniente afirmar que *nadie está concretamente determinado por el derecho natural a ser titular del poder y, por tanto, a ejercerlo* (Dabin).^{128 bis}

Por otra parte, cabe destacar un equívoco singular de Suárez. Como lo relata Lissarrague, ha entendido que por el acto de dar el consentimiento para constituir la comunidad política y acatar el poder, *ese acto de consentir constituye en sí mismo un acto de poder*, por lo cual se eleva a la comunidad o pueblo como titular del poder. Evidentemente, el acto de acatamiento del poder es radicalmente diferente del consentimiento que se presta al fundar el Estado, y ese acto no constituye de por sí un acto de poder¹²⁹ (pues, de lo contrario, estaríamos afirmando que el poder está en los hombres antes de que el Estado advenga a la existencia, lo que el propio Suárez ha negado) y, menos aún, señala a la comunidad como su titular.

Nadie duda de que la constitución del poder en una determinada forma requiere del consentimiento de los hombres, del —si se quiere— consentimiento popular, pero ello no implica que el pueblo, por el consentimiento brindado, constituye de por sí un poder o sea titular del poder, como tampoco significa que el consentimiento brindado configure un acto de traslación de la autoridad.^{129 bis}

B) *Acerca del pactum subiectionis y la democracia directa*

1) Si el pueblo no es titular natural del poder, si no es su depositario original, mal puede trasladarlo, pues nadie puede transferir a otro lo que no posee. En nuestro caso, la comunidad no puede poseer el poder porque no puede ejercerlo. “Es decir, que si la comunidad social no es capaz del ejercicio pleno de la soberanía no hay razón para atribuirle, en virtud de la ley natural, la posesión de ese derecho”.¹³⁰

No habiendo motivo alguno para atribuir al pueblo un derecho que no le pertenece o una potestad de la que carece, debemos concluir que el pueblo tampoco puede transferir o ceder a los gobernantes la potestad. Esto también prueba que el poder carece de titular natural.

¹²⁸ *Principes fondamentaux du droit*, XXVII, I, cit. en IZAGA, S. J. LUIS, ob. cit., t. I, pp. 126-7. Afirma categóricamente un autor: “El poder no es una *res nullius* que esté a merced del primer ocupante”. BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, AGUSTÍN, *Teoría del estado*. México, Jus, 1955, p. 134.

^{128 bis} El problema no está claro para BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE (ob. cit., p. 95).

¹²⁹ LISSARRAGUE, SALVADOR, ob. cit., pp. 28, 29, 44, 45, 47, etc.

^{129 bis} El problema del consentimiento no se agota con lo afirmado en el párrafo. Hay autores para los cuales el consentimiento popular es causa de legitimidad de origen del poder político (BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, AGUSTÍN, ob. cit., pp. 132 y ss. afirma que el consentimiento popular da credenciales al poder) o simplemente causa de legitimidad (MARTÍNEZ VAZQUEZ, BENIGNO, *El sufragio*..., cit., *passim*). Para nosotros, en cambio, y como se verá, la legitimidad al poder le viene dada por el fin; las credenciales (legalidad y no legitimidad) provienen no tanto del consentimiento popular como del mecanismo de acceso al gobierno en un régimen determinado.

¹³⁰ Así: MEINVILLE, JULIO, ob. cit., p. 71.

La teoría de la traslación, de la *traslatio imperii*, cae al quedar vencidos los argumentos que la fundamentan. El pueblo no tiene facultad para ceder el poder. ¿A qué se reduce, entonces, el poder del pueblo? Coincidimos con Dabin cuando afirma que el poder de la multitud “no es más que un poder de designación y de ninguna manera un poder de creación o disposición de la soberanía”;¹³¹ las facultades de la multitud, agregamos nosotros, se reducen a poder designar a los gobernadores, pero a éstos no se les otorga el poder por transferencia del pueblo al designarlos, ni se les autoriza a gobernar. El gobernante gobierna por derecho propio.

2) Tampoco es consecuente la afirmación suareciana que presenta a la democracia como la única forma de gobierno de derecho natural. Esta teoría no solamente constituye una alegación que se aparta de la tradición escolástica; sino que también carece de asidero real.

Si Suárez entiende que la democracia es derecho natural, es porque llega a ello como una consecuencia lógica de afirmar que el poder político pertenece a la comunidad; pero, probada la falsedad de esta premisa, se comprobará fácilmente lo erróneo de la conclusión. La democracia no es de derecho natural porque no hay imperativo natural que determine a la comunidad a ejercer por sí misma el poder, en tanto y en cuanto no es titular de esa potestad.

No existe, por tanto, superioridad de la democracia sobre las demás formas de gobierno. El derecho natural no indica que la democracia tenga primado material o ideológico sobre la monarquía o la aristocracia. En este sentido, la tesis suareciana importa un apartamiento de la doctrina tomista,¹³² pues el Aquinate —siguiendo la enseñanza de Aristóteles— reconoció siempre que los hombres mantienen libertad para la determinación del régimen de gobierno de la comunidad, sin que la naturaleza indique alguna de esas formas como mejor o superior.¹³³

Por otro lado, ese es el verdadero sentido de la afirmación de que las formas de gobierno o los regímenes políticos son de derecho humano. Con esto no se está queriendo decir que el pueblo confiere el poder a los gobernantes, como afirma Suárez, o que el poder político es una invención del hombre —como en las tesis rousoniana y marxista—, sino que ni por imposición divina ni por determinación natural hay una forma de gobierno predeterminada que sea preferible a otras. Si ese es el sentido y alcance de las palabras del P. Suárez, estamos de acuerdo con ellas; pero, en ningún caso, son admisibles las consecuencias que de ellas se hacen derivar, como la teoría de la traslación.

3) Tampoco nos parece correcta la afirmación a que arriba Gómez Robledo de que los gobiernos se legitiman por el consentimiento del pueblo; este autor, siguiendo a Suárez, hace depender la legitimidad del gobernante del

¹³¹ DABIN, JEAN, *Doctrina general del estado*, trad. esp. México, Jus, 1946, p. 184.

¹³² Ver: DEMFF, ALOIS, ob. cit., pp. 168-170.

¹³³ Sobre el tema de las formas de gobierno en Santo Tomás, remitimos al valiosísimo estudio: DEMONGEOT, M., *El mejor régimen político según Santo Tomás*, trad. de J. L. Gutiérrez G. (Madrid, BAC, 1959), especialmente la Parte I, pp. 23-131.

consentimiento expreso o tácito de la comunidad, al mismo tiempo que el consentir se interpreta como acto de traslación del poder.¹³⁴

Fuera de que, como ya expresáramos, el acto del consentimiento no importa transferencia del poder, sino sólo designación del gobernante,¹³⁵ nos parece que cifrar la legitimidad de un gobierno en el asentimiento o consentimiento populares es tanto como apostarla en el voluble querer humano, lo que quita estabilidad y razón de ser a la labor de gobierno. La doctrina del realismo político no niega la importancia de los títulos que dan origen al poder en una comunidad concreta, pero para ella la legitimidad no depende tanto del origen como del fin del poder, es decir, de la consecución del bien común. "La civilización cristiana —enseña Iribarne¹³⁶— valora la *legitimidad de origen* del gobernante según el procedimiento establecido en una sociedad dada (herencia, cooptación, elección), porque aquélla es fuente de estabilidad política. Pero más aún estima la *legitimidad de ejercicio*, es decir, la aptitud concreta para promover el bien común".

El tema es, sin duda, espinoso y complicado y requiere de un tratamiento pormenorizado que escapa a los límites de este trabajo. Sin embargo, para redondear nuestro parecer, estimamos oportuno distinguir tres facetas: la de la legitimidad, la de la legalidad y la del consentimiento del poder.

La legitimidad del poder se mide por su aptitud para procurar el bien de la comunidad, no estando vinculada, en modo alguno, al tema del origen, popular o no, del mismo.^{136 bis} La legalidad del poder apunta a su origen es decir, al título o credencial con que el poder es ejercido; es, por tanto, variable según el mecanismo que cada Estado establece para acceder al gobierno y puede o no requerir del consentimiento popular. El problema del consentimiento del poder —que no atañe a su legitimidad, pero puede, según cada régimen, dar títulos de legalidad— hace a la posibilidad de ejercicio del poder, es decir, es condición fáctica del desenvolvimiento del poder en forma plena. Por lo tanto, puede haber un gobierno legítimo, que sea ilegal y tenga o carezca de consentimiento; o, por el contrario, puede presentarse el supuesto de un gobierno legal, que sea ilegítimo y que cuente o carezca de consentimiento popular. Esta breve digresión ha tenido por objeto demostrar cómo, para nosotros, el consentimiento popular no hace ni a la legalidad ni a la legitimidad del poder.

C) *¿Tiene el pueblo el poder constituyente?*

Se ha demostrado ya que la comunidad no posee el poder político y que, por ello, la doctrina del P. Suárez no es correcta en ese sentido. Sin embargo, modernamente, parece renacer la misma teoría velada tras la noción de poder constituyente. Así, por ejemplo, lo sostiene Rommen, para quien es claro que

¹³⁴ GÓMEZ ROBLEDO, IGNACIO, ob. cit., pp. 143 y 164-175.

¹³⁵ LISSARRAGUE, SALVADOR, ob. cit., pp. 44, 45, 80, 81, etc.

¹³⁶ IRIBARNE, MIGUEL, "Doctrina de la restauración (I)", en *Verbo*, nº 161, p. 12.

^{136 bis} Para el tema de la legitimidad, ver: D'ORS, ALVARO, *Ensayos de teoría política*. Pamplona, EUNSA, 1979, cap. VIII, pp. 135-152.

de la doctrina del Eximio se desprende que el poder constituyente reside en el pueblo.¹³⁷

Esta teoría del poder constituyente como facultad propia del pueblo ha tenido amplia acogida en la moderna doctrina política. Arturo Sampay, prestigioso politólogo argentino, entiende al poder constituyente como "la facultad de derecho natural hacedora de la Constitución jurídico-positiva que posee la multitud ciudadana,¹³⁸ es decir, que conceptúa al poder constituyente como un derecho natural perteneciente en exclusividad al pueblo. De igual parecer es Bidart Campos: "el pueblo —escribe— es titular del poder constituyente, o derecho de manifestar su voluntad en dos momentos políticos: al formar el Estado por consentimiento expreso o tácito, y al dar una constitución, o forma de gobierno o de investidura del poder".¹³⁹ En estas palabras de Bidart notamos una vinculación de sus conceptos con la doctrina de Suárez que él mismo ha criticado tan duramente; la vinculación es más clara en la primera parte de su frase, cuando acuerda al pueblo el poder constituyente entendido como manifestación de voluntad destinada a formar el Estado. Este juicio, como indicamos reiteradamente, siguiendo a Lissarrague,¹⁴⁰ es típicamente suareciano; en él se pretende señalar al pueblo como un poder en sí mismo, y se lo presenta ejerciendo un acto de poder al constituir el Estado.

Siguiendo a Bidart Campos, debemos distinguir dos momentos diferentes en que el poder constituyente es ejercido supuestamente por el pueblo: 1) en principio, el pueblo actúa el poder constituyente al dar origen a la comunidad estatal y 2) seguidamente, es también acto de ejercicio del poder constituyente el dictado de la constitución formal por la que se determina el sistema de gobierno político de la comunidad. El primer supuesto ya ha sido descartado como acto de poder constituyente y como acto de poder. No hay ni puede haber poder constituyente porque el acto con el cual se coopera en la formación del Estado no es un acto de poder, sino una actualización de la tendencia política natural del hombre. Entender lo contrario sería recaer en el error suareciano de asignar al pueblo la titularidad del poder político por derecho natural.

Es en el segundo supuesto donde la problemática del poder constituyente se manifiesta más compleja y, en apariencia, parecería cierta la tesis populista de estos autores.

Entre nosotros, el padre Meinvielle entiende que "la ley política fundamental o ley constitucional de una sociedad política por la que se establece su forma determinada de gobierno siempre la dicta el cuerpo social o comunidad de familias que se constituyen en una sociedad"; luego, según el autor, *el pueblo es soberano en raíz*, radicalmente, por cuanto está capacitado para determinar al sujeto de la soberanía o del poder, y la forma de éste.¹⁴¹ Pareciera ser, entonces, que el pueblo posee la facultad de dar a la comunidad

137 ROMMEN, HEINRICH, *El estado...*, cit., p. 516.

138 SAMPAY, ARTURO ENRIQUE, *Introducción a la teoría del estado*. Buenos Aires, Omeba, 1961, p. 414.

139 BIDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ, ob. cit., p. 72.

140 Ver notas 129 y 135.

141 MEINVIELLE, JULIO, ob. cit., pp. 69 y 72.

política su orden político fundamental, su osatura propia y elemental, su forma específica de gobierno; y, a la vez, se le otorga el derecho natural de elegir al titular del gobierno constituido. No negamos que el pueblo *tiene* esta potestad o capacidad, pero lo que sí negamos es que el acto o los actos por los cuales se define el régimen jurídico-político del Estado importe un acto de poder constituyente popular. En otras palabras, si bien el pueblo *puede* elegir la forma de gobierno y determinar las autoridades que asuman el poder, esa facultad *no es de derecho natural perteneciente al pueblo*. Es conveniente que se dé intervención al pueblo en actos como los mencionados, pero no siempre lo será. Pues, si el poder constituyente se define por ser la potestad instauradora del orden jurídico-político fundamental y fundante del régimen de gobierno estatal, *ese poder lo ejerce el que puede*, el que está capacitado para ello, *el que lo tiene*. Rara vez, como lo demuestra la historia, el pueblo todo dispone la forma comunitaria plenamente; el pueblo acata, acepta o consiente, cuando no rechaza o desobedece, el orden político básico. Correctamente lo ha expresado Meinvielle: “generalmente los gobiernos logran su constitución jurídica por la adhesión tácita y constante del pueblo. Poco importa conocer cómo y con qué derecho se ha introducido un régimen, pues desde que la multitud social le presta su aprobación, ha llegado a ser una institución legítima”.¹⁴²

Notemos la existencia de dos actos diversos: el de introducción del régimen jurídico-político —acto de poder constituyente propiamente dicho¹⁴³— y el de acatamiento y sumisión comunitarios —acto o actos que no implican ejercicio de poder político alguno—. Puede suceder, aunque su factibilidad es más que discutible, que ambos actos se confundan y que la comunidad toda sea la que dé el orden y lo acate. Pero ello no significa que la comunidad o el pueblo sea titular del poder constituyente por derecho natural, pues, de lo contrario, cada vez que el orden constitucional sea fruto del uno o de algunos —como sucede en la generalidad de los casos— ese orden no sería válido sino hasta que el pueblo formalmente lo aprobara. Tal conclusión, como salta a primera vista, está no sólo reñida con la realidad sino que supone imponer una condición odiosa e “impolítica” a los gobernantes.

Igualmente, existe otro argumento a favor de nuestra tesis. El poder constituyente es poder político. En eso hay acuerdo. Pero es poder político manifestado en forma excepcional y no ordinaria. La excepcionalidad lo califica como específico y distinto del poder ordinario constituido, pero es poder político en el género próximo, en la esencia del acto. Por lo tanto, si es poder político, no pertenece por naturaleza a la comunidad ni a nadie. Esto es lo que creemos haber probado en capítulos anteriores.

De otra parte, el poder constituyente se manifiesta como un hecho político. “El poder constituyente —explicaba en su sabia oratoria Donoso Cortés—

¹⁴² Ídem, p. 69. Los dos párrafos citados de Meinvielle parecen contradictorios y sólo pueden acomodarse si entendemos que el pueblo puede ejercer el poder constituyente, pero sin pretender que por ello sea su natural titular.

¹⁴³ No importa aquí si se trata, como ociosamente discuten los constitucionalistas, de un acto de poder constituyente originario o derivado. No cabe duda de que es poder constituyente (a secas), desde que “pone el orden” en la comunidad.

no puede localizarse por el legislador ni puede ser formulado por el filósofo, porque no cabe en los libros y rompe el cuadro de las Constituciones; si aparece alguna vez, aparece como el rayo que rasga el seno de la nube, inflama la atmósfera, hiere a la víctima y se extingue". Y añadía: "dejémosle pasar y no le formulemos".¹⁴⁴

El poder constituyente no puede encuadrarse en fórmulas racionales y prefijadas. El pueblo puede o no ejercerlo; pero, si lo ejercita, no será por ello su natural u original propietario o titular. Será, a lo sumo, su ocasional ejecutor.

D) Suárez y la doctrina social de la Iglesia

Las enseñanzas del Eximio, relativas a la comunidad como titular natural de la autoridad han debido sortear una dura prueba, la que, cual piedra que estorba el camino del éxito, fuera puesta por los romanos pontífices a partir de León XIII. Se dice que la encíclica *Diuturnum Illud* condenó la doctrina del jesuita; se dice, también, que ésta sigue vigente a pesar de aquélla. Antes de hablar, pues, de condena u otra cosa, preferimos mostrar el contenido de la doctrina social de la Iglesia (D. S. I.) con relación a este tópico, sin que nos anime espíritu contradictor alguno. Luego de ello se verá si la teoría suareciana se acomoda o no al pensamiento pontificio y, de esta concordancia factible o imposible, surgirá la definición del problema.

Transcurridos acaso trescientos años desde el *Defensio Fidei* del padre Suárez, León XIII promulgó en 1881 la encíclica *Diuturnum Illud*, pieza fundamental de la D. S. I. en torno al ríspido tema de la autoridad. Trataremos de sintetizar sus principios más esenciales en torno al tema que nos preocupa.

1) En principio, León XIII reafirma la enseñanza tradicional, que ya estaba en Suárez, sobre dos tópicos elementales:

a) confirma la legitimidad de la autoridad política y su necesidad, mediante estas palabras:

"La necesidad —dice— obliga a que haya algunos que manden en toda reunión y comunidad de hombres, para que la sociedad, destituida de principio o cabeza rectora, no desaparezca y se vea privada de alcanzar el fin para el que nació y fue constituida";¹⁴⁵

b) reitera el origen divino del poder, pues la doctrina católica, según las palabras del pontífice, "pone en Dios, como un principio natural y necesario, el origen del poder político".¹⁴⁶

2) Seguidamente, condena las ideas surgidas a partir del siglo XVI que, enervando la autoridad legítima, elevan al pueblo o la sociedad por sobre el Estado todo, es decir, por sobre la comunidad política y la autoridad legítima. A nuestro entender, hay dos puntos que deben diferenciarse:

¹⁴⁴ DONOSO CORTÉS, JUAN, "Lecciones de derecho político", en: *El pensamiento político hispanoamericano*. Buenos Aires, Depalma, 1965, t. XII, pp. 89-90.

¹⁴⁵ LEÓN XIII, *Encíclica Diuturnum Illud*, en B. A. C., *Doctrina pontificia*, II: *Documentos políticos*. Madrid, B. A. C., 1958, nº 3, p. 110.

¹⁴⁶ Idem, nº 3, p. 111.

a) inicialmente, se presenta como errónea la teoría que otorga a la sociedad poder amplio para modelar a su antojo el origen y la constitución del Estado. Este rechazo se expresa de la siguiente manera:

"A partir de aquel tiempo la sociedad pretendió no sólo que se le diese una libertad más amplia de lo justo, sino que también quiso modelar a su arbitrio el origen y la constitución de la sociedad civil de los hombres." ¹⁴⁷

b) rechaza a continuación la teoría extrema de la soberanía popular:

"Pero hay más aún —prosigue León XIII—. Muchos de nuestros contemporáneos, siguiendo la huella de aquellos que en el siglo pasado se dieron a sí mismos el nombre de filósofos, afirman que todo poder viene del pueblo." ¹⁴⁸

3) Advierte luego el Papa que debe rechazarse también la consecuencia que se deriva de la doctrina de la soberanía popular, puesto que por ella se concluye que:

"los que ejercen el poder no lo ejercen como cosa propia, sino como mandato o delegación del pueblo y de tal manera que tiene el rango de ley la afirmación de que la misma voluntad popular que entregó el poder puede revocarlo a su antojo". ¹⁴⁹

El pontífice se ha referido, sin duda alguna, a la doctrina de la traslación, según la cual, siendo el pueblo titular del poder político, para que alguien diferente del propio pueblo pueda gobernarlo, debe haber recibido de la multitud el poder. Por ello, se dice que el gobernante no lo es por derecho propio, sino por delegación popular de la soberanía.

4) Finalmente, en cuanto a lo que nos toca, procede el pontífice a explicar la doctrina correcta, la que inicia a partir de un postulado aparentemente inocente: el de la elegibilidad de los gobernantes:

"Es importante advertir en este punto —dice el Papa— que los que han de gobernar los Estados pueden ser elegidos, en determinadas circunstancias, por la voluntad y juicio de la multitud, sin que la doctrina católica se oponga o contradiga esta elección". ¹⁵⁰

De este principio, se derivan importantes consecuencias que es preciso señalar:

a) frente a la doctrina de la traslación, sostiene el pontífice la de la designación:

Y continúa sus embates contra la enseñanza de la *traslatio imperii*:

"Con esta elección se designa al gobernante, pero no se confieren los derechos del poder".

"Ni se entrega el poder (por la elección) como un mandato, sino que se establece la persona que lo ha de ejercer". ¹⁵¹

¹⁴⁷, ¹⁴⁸ y ¹⁴⁹ ídem, nº 3, p. 111.

¹⁵⁰ ídem, nº 4, p. 111.

¹⁵¹ ídem, pp. 111-112.

El rechazo de la doctrina traslacionista es evidente. Como se puede ver, el Papa ha dicho que los gobernantes lo son por derecho propio y que no reciben su poder del pueblo, puesto que éste no es su titular; menos aún resulta admisible la explicación del derecho de mando mediante la tesis del "pacto de sujeción" o del "contrato de señorío", puesto que el pueblo no puede ceder contractualmente lo que no posee propiamente.

b) por último, deja a salvo el tema de las formas de gobierno, considerando que todas ellas son legítimas, siempre que el gobierno sea justo y atienda al bien común:

"No se trata en esta encíclica —concluye León XIII— de las diferentes formas de gobierno. No hay razón para que la Iglesia desapruuebe el gobierno de un solo hombre o de muchos, con tal que ese gobierno sea justo y atienda a la común utilidad. Por la cual, salvada la justicia, no está prohibida a los pueblos la adopción de aquel sistema de gobierno que sea más apto y conveniente a su manera de ser o a las instituciones y costumbres de sus mayores".¹⁵²

Expuesto el pensamiento pontificio, nos preguntamos: ¿se acomoda la teoría suareciana a las enseñanzas de realismo político contenidas en esta encíclica?^{152 bis} La respuesta no puede ser sino negativa: evidentemente el pensamiento de Suárez no se condice con la D. S. I.; entre uno y otro hay agudas diferencias, no sólo de forma sino, más bien, de fondo. Si bien Suárez sostiene, al igual que León XIII y la Iglesia, la legitimidad de la autoridad y su origen divino, existen puntos de una y otra versión que se rechazan necesariamente.

Contrariando la opinión de algunos antisuarecianos —que pretenden ser más papistas que el Papa, como dice el dicho— no creemos que esta encíclica haya sido dirigida a combatir la doctrina del padre Suárez, sino a la de los pseudo-filósofos del romanticismo demoliberal burgués. Tanto es así que el propio Papa nos advierte contra quien la dirige. Pero no es menos cierto también, como ya se habrá notado, que no hay forma de compaginar ambos pensamientos, el suareciano y el pontificio. Por eso, planteando el problema en sus justos términos, no debe verse si la Iglesia ha condenado en algún punto la teoría del Eximio —pues no está dirigida a combatir los errores suarecianos—, sino si puede seguir sosteniéndose con validez oficial la teoría del jesuita sobre el sujeto primario del poder, con sus lógicas implicancias. Como bien ha dicho el P. Bouillon, "la cuestión es menos saber si León XIII ha querido condenar a Suárez, que si el sistema de Suárez es *afectado lógicamente* por las doctrinas de la encíclica *Diuturnum*".¹⁵³

El pensamiento de Suárez se contradice con el de la Iglesia, al menos, en un punto esencial. Dejando de lado lo atinente a la soberanía del pueblo —pues en Suárez se da, pero mitigada por su afirmación de que el pueblo

¹⁵² Idem, pp. 111-112.

^{152 bis} León XIII reitera sus conceptos en otros documentos, de los que destacamos: la Encíclica *Au milieu des sollicitudes* y la carta apostólica *Nôtre consolation*, dirigida a los cardenales franceses. (Ver B. A. C., *Documentos* cit., II, pp. 295-317. Juan XXIII insiste sobre ella en su encíclica *Mater et magistra*, nº 52.

¹⁵³ BOUILLON, VÍCTOR, *La política de Santo Tomás*, trad. de J. B. Genta. Buenos Aires, Nuevo Orden, 1965, p. 133.

no es fuente única del poder, sino que su radical génesis está en Dios—, el tema central gira en torno a la cuestionada doctrina de la traslación. Así como el Eximio la enarbola como egregio estandarte de su sistema, León XIII la combate confrontándola con el realismo de la doctrina de la designación. El punto en que ambas doctrinas toman caminos diversos es en éste: ¿constituye o no el acto de elección del gobernante un acto de traslación o delegación de la soberanía o autoridad? Suárez, como ya hemos visto, afirma que sí, que por la elección se delega el poder del pueblo al gobernante; advirtamos que no podría resolver el interrogante de otra forma, pues su doctrina se sostiene en la premisa fundamental de que el pueblo titulariza el poder por disposición y aptitud natural. La D. S. I., en cambio, opta por una lección más realista y menos engorrosa: la elección no implica traslación, pues por la elección se designa lisa y llanamente al gobernante; y no puede ser de otra forma, desde el momento en que no hay en el pueblo potestad alguna dada por la naturaleza que se traslade al elegir.

Ya no puede afirmarse con fuerza de verdad que el pueblo es quien traslada o entrega el poder al gobernante electo. Las palabras de la *Diuturnum* son categóricas. Descorriendo el velo que enmascara la respuesta suareciana, si ha de abandonarse la teoría de la traslación y defenderse la contraria de la designación, es porque, en el fondo, el pueblo no traslada nada porque no tiene nada que trasladar. No puede contratar sobre algo que no posee ni poseerá. El pueblo no puede ceder el *imperium*, la *potestas* o la *auctoritas* porque no es su titular primario, porque no lo tiene.

Las derivaciones de una y otra doctrina son tan opuesta como sus postulados iniciales: para Suárez, el gobernante es vicario de un poder entregado por el pueblo y, por tal motivo, no gobierna por derecho propio sino en virtud de licencia del pueblo, de admisión y consentimiento popular, traslaticio de la soberanía. El poder del gobernante tendrá como límites los positivamente establecidos en el contrato de traslación o sujeción al gobierno, firmado entre gobernante y pueblo y, en última instancia, en el derecho natural. En el pensamiento pontificio, el gobernante lo es por derecho propio y representa a la comunidad en el ejercicio de un poder conferido por Dios a todos los hombres y actualizado en el acto efectivo de gobierno. La comunidad puede, solamente, nombrar al designar a quien gobernará, pero no autorizarlo o cederle la *potestas*. Los límites de ésta, en consecuencia, estarán fijados por el derecho natural y la prosecución del bien común.

En Suárez, el gobernante está ceñido a obligaciones contractuales; en la D. S. I., lo está a los fines propios de su oficio: los requeridos por el bien común.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Nos asombra la ceguera "suareciana" de eximios tratadistas, como Rommen e Izaga, según los cuales la doctrina de la traslación sigue en pie a pesar de la *Diuturnum*. Ver: ROMMEN, HEINRICH, *El estado...*, cit., pp. 538-540 y *La teoría...*, cit., pp. 346-355; e IZAGA, S. J., LUIS, ob. cit., t. I, p. 153, n.2. En la filosofía política argentina comparte nuestra opinión Faustino Legón, quien en sus *Cuestiones de política y derecho* (Buenos Aires, Perrot, 1951, p. 36) entiende que la doctrina de la *colación inmediata* expuesta por León XIII es la correcta y que representa la ortodoxia católica.

VIII. SUÁREZ, SANTO TOMÁS Y LA TEORÍA DE LA TRASLACIÓN

Preguntábamos, al iniciar este ensayo, si cabía afirmar del P. Suárez que era continuador del escolasticismo tomista; así parecen entenderlo la mayoría de los estudiosos del pensamiento político del Eximio, basándose fundamentalmente en las citas que en diversos pasajes de sus obras hace Suárez de la *Suma teológica*, para fundar su doctrina de la traslación.¹⁵⁵ Abandonando —esperamos que para otra oportunidad— el problema del supuesto contractualismo tomista en el origen del Estado,¹⁵⁶ vamos a abocarnos a la teoría de la traslación o, más exactamente, a su fundamento, la concepción del pueblo como titular primario del poder político y su aceptación o rechazo por el Aquinate.

Según parece, entre tomistas, es mayoritaria la opinión de quienes entienden que Santo Tomás de Aquino señala, aunque no muy claramente, que el pueblo o la comunidad posee la autoridad política.¹⁵⁷ Sin embargo, a fuer de ser sinceros, creemos que deberían hacerse, por lo menos, dos observaciones precisas: *en primer lugar*, los textos de S. T. A. que se citan en apoyo de esta doctrina no son precisos, y *en ningún caso se afirma expresamente* que el poder sea posesión natural de la comunidad; por lo tanto, ante la falta de definición del tema por el Angélico, nos movemos en el campo de la *especulación*, en el cual, para ser fieles al santo, debemos intentar interpretar su doctrina como mejor convenga al espíritu de sus enseñanzas. *En segundo lugar*, hay muchas interpretaciones que cometen el error primero de arribar a los textos tomistas a la luz de la interpretación que de los mismos ha hecho Suárez; de este modo, el intérprete deja de ser imparcial y estudia al Aquinate con una *petición de principios "in mente retenta"*, como si se dispusiera de antemano a buscar la teoría de la comunidad poseedora del poder político en S. T. A., dando la razón a Suárez. De esta manera olvida el intérprete su misión esencial: desentrañar la doctrina del autor que está estudiando. Si no nos fijamos este objetivo, podemos llegar a forzar el pensamiento —en este caso, del Aquinate— para dar razón a nuestras personales convicciones.

Algo de esto ha sucedido al acercarse a S. T. A. Dijimos ya —y esto se verá luego— que los textos del Angélico no son claros, al punto que ciertos eximios tomistas entienden que el santo omitió voluntariamente enfrentar el tema (tal el caso de Leclercq). Empero, la mayoría trata de “acomodar” las palabras de S. T. A. para dar apoyo a una convicción interior emparentada con la teoría suareciana; y, los que enfrentan con sinceridad el problema, se dejan llevar por la opinión mayoritaria sin hacer hincapié en si esa interpretación es la correcta.¹⁵⁸

¹⁵⁵ *Def. fid.*, III, II, 10; III, III, 4; *De leg.*, III, II, 3; etc. Dice Eustaquio Galán y Gutiérrez (ob. cit., p. 443): “La referencia de Suárez al Aquinate es especialmente interesante, porque el pensamiento de Santo Tomás queda, de esta suerte, interpretado por la figura de máxima autoridad que tuvo la escolástica española”...

¹⁵⁶ Ver: GALÁN Y GUTIÉRREZ, EUSTAQUIO, *La filosofía política de Santo Tomás*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1945, pp. 13-15.

¹⁵⁷ Ver *idem*, pp. 137-149 y su *Ius naturae* cit., vol. II, pp. 372-446.

¹⁵⁸ Un claro ejemplo de esta confusión lo constituye el trabajo del profesor chileno Juan Antonio Widow, titulado “La democracia en Santo Tomás”, en *Verbo*, Buenos Aires, 1981; n. 217, pp. 17-33.

Hechas estas dos advertencias, enfrentémonos con los textos tomistas. De la *Suma teológica*¹⁵⁹ se citan los siguientes artículos:

1) I-II, q.90, a.3. Aborda el Angélico, en este artículo, el problema de si la razón de cualquiera es constitutiva de la ley. Según su doctrina, la ley ordena al bien común, y ordenar algo al bien común es propio de la multitud. Los comentaristas entienden que aquí está la primera razón para probar que el Angélico creía que la potestad política pertenece a la comunidad, pues si ordenar al bien común es propio de la multitud y siendo que el poder político es el medio de que dispone el gobierno para conseguir el bien comunitario, se deduce lógicamente que el poder político ha de pertenecer a la multitud.

Sin embargo, el texto se cita —generalmente— incompleto, pues dice:

“Debe decirse que la ley propia y principalmente y en primer lugar mira al bien común y ordenar algo para el bien común es propio de toda la multitud o de alguno que hace las veces de toda la multitud o pertenece a la persona pública que tiene el cuidado de toda la multitud”.

A nuestro entender, no es irrelevante que S. T. A., inmediatamente de decir “multitud” agregue “o alguno que hace las veces de toda la multitud”. Este agregado del Santo, que muchas veces es obviado, indica que la función de dar la ley es propio del gobernante o legislador; y si la multitud legisla, es porque se trata de un régimen político o forma de gobierno donde el poder legislativo se ha adjudicado al pueblo, es decir, se trata de una democracia. Pero el propio Santo añade inmediatamente que también puede dar la ley aquel que representa a la multitud o que tiene a su cargo el cuidado de la misma, o sea el rey gobernante, la aristocracia o senado gobernante.

Por lo tanto, debe entenderse que el Aquinate se ha referido a las distintas formas de gobierno y que no señala que el pueblo tenga, por derecho natural, el poder de legislar.

En el mismo sentido debe interpretarse la I-II, q.90, a3 ad.2 de la *Suma*, párrafo en el cual el Santo explica la necesidad del poder coactivo para aplicar la ley que voluntariamente no se acata. Se arguye por los comentaristas e intérpretes que S. T. A. ubica dicho poder coactivo en la comunidad; empero, al igual que en el anterior texto, debe hacerse una observación que cambia todo el sentido de la explicación, pues íntegramente se dice:

“y esta fuerza coactiva la tiene la multitud o la persona pública, a quien pertenece imponer penas.”

Se vuelve a ver que el texto contiene una acotación fundamental que le cambia el sentido que originariamente le atribuyen los suarecianos, pues no sólo habla de multitud, sino también de las “personas públicas” que tienen a su cargo la aplicación de las penas. De ahí que entendamos que el Aquinate hace referencia a las diferentes formas de gobierno, donde el sistema punitivo o coactivo varía según la distribución del poder. No queda descartado que

¹⁵⁹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica. Tratado de la ley*. Buenos Aires, Club de Lectores, 1949. Citamos según esta edición traducida, anotada, comentada y explicada por el P. Ismael Quiles.

el pueblo pueda poseer la fuerza coactiva para hacer cumplir las leyes, pero ello no indica que el pueblo sea poseedor del poder político, sino, solamente, que el pueblo ejerce ese poder específico en un caso determinado y de acuerdo a un régimen político particular.

2) I-II, q.97, a.3, ad 3. Trata S. T. A. de resolver en este artículo la cuestión de si la costumbre puede tener fuerza de ley. Advierte, entonces, que si se trata de una "multitud libre", por el consenso de todo el pueblo, puede establecerse la ley. A este párrafo se atienen los intérpretes para ubicar el pensamiento tomista como receptor de la teoría que ve en el pueblo la persona titular del poder político. Sin embargo, a nuestro modo de ver, lo que el Aquinate dice en este artículo está muy lejos de afirmar esta teoría.

Recordando que el pueblo puede estar bajo dos condiciones, dice el Angélico que:

"si es una multitud libre, que pueda darse la ley, más es el consenso de toda la multitud para observar algo que la costumbre manifiesta, que la autoridad del príncipe, que no tiene poder de establecer la ley sino en cuanto representa la persona de la multitud. Por lo cual, aunque cada individuo no pueda hacer la ley, sin embargo todo el pueblo sí puede establecerla".

Y agrega seguidamente:

"Y si la multitud no tiene libre potestad de darse la ley o de remover la ley impuesta por una potestad superior, sin embargo la misma costumbre prevaleciendo en tal multitud obtiene fuerza de ley, en cuanto es tolerada por aquellos a quienes corresponde el imponer la ley a la multitud; porque por esto mismo parece que aprueban lo que la costumbre ha introducido".

De las palabras referidas de S. T. A. en modo alguno vemos cómo puede interpretarse que es implícito en ellas la teoría suareciana que criticamos. Debemos señalar lo que sigue:

a) hay que diferenciar dos situaciones: la de una multitud libre para legislar, y la de una multitud que carece de esa potestad legislativa. Esto indica indudablemente que el pueblo es políticamente activo o pasivo —en cuanto al legislar— según la forma de gobierno asumida por la comunidad, es decir, según se trate de una democracia o de otra forma;

b) la tesis anterior se apoya en otro argumento: cuando S. T. A. habla de una multitud libre, inmediatamente agrega la situación en que está el príncipe: "que no tiene —dice— potestad de establecer la ley". Ello revela que se trata de una forma de gobierno en que el pueblo tiene el poder legislativo, mas no todo el poder; solamente la facultad de dar la ley es popular, quedando en manos del príncipe el administrar y el hacer justicia. Nuevamente notamos que se trata de una modalidad específica de la forma de gobierno que nada dice sobre el titular del poder o sobre el traslado o cesión del poder al gobernante;

c) por otra parte, S. T. A. no habla del poder legislativo en el sentido y con el alcance del tradicionalismo político moderno; el Santo se ha referido al poder de dar la ley mediante la costumbre, es decir, mediante "actos externos", "repetidos actos externos" (q.97, a.3). Extraemos, en consecuencia, que

el pueblo ni siquiera es visto como órgano de poder, ni como poder en sí mismo, sino como agente que introduce, “a través de una frecuencia de conductas”, actos que puedan reputarse leyes, siempre que la facultad de dar leyes no la tuviera el príncipe. Estamos ante la situación de un pueblo que puede introducir normas de justicia mediante la costumbre, porque él es el legislador, pero en modo alguno ello define el tema de la titularidad natural de la autoridad o de la *traslatio imperii*;

d) finalmente, y en relación a la costumbre *contra legem* —cuando el pueblo carece de la potestad legislativa—, para que la misma sea considerada ley es necesario que el legislador la tolere, pues, por sí sola, no se convierte en ley.

De la explicación integral del artículo alcanza a verse que el pueblo no tiene la titularidad del poder por naturaleza; sí puede introducir la ley por medio de la costumbre, pero, en todo caso, debe tratarse de una comunidad libre en la que impere un príncipe que ejerce el poder. En esta situación, el pueblo asumirá una función de gobierno, la legislativa, y no *el poder*.¹⁶⁰ Por lo tanto, en estos artículos no hay indicación alguna de que la comunidad posea por naturaleza el poder, como si fuera su originario portador.

3) II-II, q.10, a.10 in c. En este artículo afirma el Angélico que: “el dominio y la autoridad fueron introducidos por el derecho de los hombres”, por lo que, según la interpretación que le dan los suarecianos, estaría diciendo el Aquinate que la comunidad posee, por naturaleza, el poder que lo traslada a los gobernantes cuando no decide gobernarse a sí misma. Éste sería el “egregio axioma de teología” de Suárez (*Defensio fidei*, III, II, 10).

Tal interpretación no nos convence; sobre todo, porque no es la intención del Santo arribar a tal conclusión. S. T. A. solamente ha dicho que el dominio político es derecho humano, porque ni por derecho divino ni por ley natural se estipula como mejor una determinada forma de gobierno. En consecuencia, como dice el P. Meinvielle¹⁶¹ “si la ley natural no lo determina, queda librado al arbitrio humano, quien sólo puede imponerlo mediante una ley humana”.

No se trata, entonces, de que la comunidad tenga por naturaleza el poder político y que lo transfiera al gobernante según cada forma de gobierno requiere. La cuestión tratada es distinta, se refiere al problema de que las formas de gobierno son de derecho humano porque no viene ninguna de ellas determinada en forma inmediata por la ley natural.

Para concluir este capítulo queda por analizar lo que dijera el Aquinate en alguna parte de su opúsculo *De regno* o *De principatibus*. Allí sostiene, al hablar del rey tirano (libro I, cap. VI), que el pueblo tiene poder para derrocarlo, ya que cuando un gobierno justo se transforma en injusto o tiránico, habría el rey roto el “contrato” que lo mantenía unido al pueblo.

A este pasaje se sujetan algunos intérpretes para presentar a S. T. A. como propulsor de la teoría que luego magistralmente defendiera, ya que al

¹⁶⁰ Ver: BOUILLON, VÍCTOR, ob. cit.; pp. 62-63, donde da a los artículos de la *Suma* una interpretación similar a la nuestra.

¹⁶¹ MEINVIELLE, JULIO, ob. cit; p. 68.

hablar de pacto el Angélico estaría reconociendo que el poder ha sido recibido por el rey de la multitud mediante un pacto de sujeción o contrato de señorío.

Lo cierto es que esta interpretación dista mucho de ser verdadera. En principio, porque S. T. A. sólo habla de pacto, a secas, sin adicionar términos como "traslación", "transferencia", "sujeción", "señorío", etc. Esto revela que no se trata de un contrato o pacto de sujeción o vasallaje, en virtud del cual el pueblo haya alienado su poder natural. El sentido exacto de lo que S. T. A. ha querido decir con eso de "pacto", lo aclaran las palabras vertidas en el mismo capítulo de la obrita, al decir que el rey es tirano cuando no procede la forma que mandan las obligaciones propias de su oficio, es decir, "no procediendo fielmente como el oficio de rey lo pide".¹⁶²

Por otra parte, es evidente que no nos podemos atener a una exégesis tan literal en desmedro del sentido real que cobran en el contexto las palabras del Aquinate, pues éste se ha valido del término "contrato" o "pacto" para fundamentar la caída del tirano, pero ello no significa que lo quebrado sea un contrato de vasallaje por el cual se le habría transmitido el poder. El pacto, en este caso, juega a la manera de ejemplo, para describir o significar la relación que media entre el gobernante y los gobernados, el pueblo. Y nada más.

Queda, pues, claro, que es más acomodada a la doctrina tomista la interpretación que hemos hecho. Primero, porque el Santo en ningún momento consideró abiertamente el problema que los comentaristas plantean y, por lo tanto, no podemos extraer de su enseñanza, postulados extraños. Segundo, porque, según se ha visto, el tema tampoco está implícitamente tratado o supuesto. Tercero, porque la interpretación que hacemos es la que más se condice con el postulado tomista de la "indiferencia natural" de la forma de gobierno.^{162 bis} Cuarto, porque no se violentan los textos originales y se los trata en su integridad, respetando el pensamiento y la forma en que el mismo fue expresado por el autor.

De todo esto resulta que no hay indicio en la doctrina del Angélico que pueda movernos a considerar que estaba en su pensamiento la doctrina de la comunidad o pueblo como titular natural del poder. A nuestro modo de ver se confirma la tesis de Leclercq en el sentido de que S. T. A. no afrontó el tema. En consecuencia, la interpretación suareciana es errónea.

IX. TRASCENDENCIA Y DESTINO DEL P. SUÁREZ

Comenzábamos este ensayo preguntándonos si la doctrina política del P. Suárez se presentaba como un cuerpo ideológico trascendente de los límites

¹⁶² SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Del gobierno de los príncipes*, trad. de Don Alonso Ordóñez das Seijas y Tobar. Buenos Aires, Ed. Cultural, 1945; vol. I, l. I, cap. VI, p. 41. Debemos aclarar que en esta traducción del famoso opúsculo, traducción "fiel y castiza", según el P. Quiles (*Introducción*, p. 7), y que data de 1624, en ninguna parte del capítulo en discusión se utilizan las palabras "pacto" o "contrato".

^{162 bis} Este principio se reiterará por toda la D. S. I. Ver: SÁNCHEZ AGESTA, LUIS, *Los principios cristianos del orden político*. Madrid, I. E. P., 1962; pp. 153-159.

de su tiempo; nos respondimos afirmativamente. Cuestionábamonos también si el pensamiento del doctor Eximio podía ser situado dentro del escolasticismo tomista; y, si bien la cuestión se nos aparentaba difícil de resolver, nos pareció que el Aquinate no es propiamente un antecedente que dé fortaleza y vigor intelectual al ideario político suareciano, en los puntos que hemos encarado. Finalmente, nos ha quedado por develar una tercera cuestión, que puede plantearse en los siguientes términos: ¿se puede decir del P. Suárez que constituye un pensador de tradición medieval o bien constituye ya un filósofo moderno?

La respuesta al cuestionamiento precedente no será difícil, pues ha ido anticipándose a lo largo del texto. Creemos ver en Suárez a un pensador político que, si bien hunde sus raíces en la tradición medieval, se proyecta concretamente sobre la modernidad y sus problemas particulares; su concepción política, en no pocos pasajes, en nada difiere de las preocupaciones modernistas de Bodino (por ejemplo, en relación al tema de la soberanía), y otros filósofos de la modernidad.

Sin duda que la influencia de la época en Suárez fue grande. El tiempo histórico impuso a los escolásticos españoles la difícil tarea de adaptarse a las nuevas formas de vida política, de comprenderlas y cristianizarlas. El pensamiento del Eximio es, en este aspecto, un fiel reflejo de la maleabilidad del pensamiento cristiano. Suárez —y con él, los pensadores de la época— debieron enfrentarse a una nueva forma de Estado; con la decadencia de los imperios europeos (o, mejor dicho, cristianos) el surgimiento de los Estados nacionales era un problema a resolver, era una circunstancia concreta diferente de la analizada, por ejemplo, por Santo Tomás.¹⁶³ El jesuita ya no cree posible la idea de un imperio universal, tan cara al pensamiento medieval, y acepta —como el Aquinate— las singularidades políticas.^{163 bis} La diferencia radica en que, mientras Santo Tomás planteó la cuestión dentro del marco imperial vigente y fuertemente establecido, el Eximio debió hacerlo en plena decadencia imperial, con la realidad de florecientes nacionalidades que disgregaban la anterior forma política. Ello le exigió al Eximio el resolver cuestiones esenciales, como eran la relación de la Iglesia con “los” Estados y sus reyes o príncipes o, también, la relación de *los Estados entre sí*. No por nada

¹⁶³ Con razón dice un autor que: “El orden político que Santo Tomás de Aquino tenía a la vista, la Europa del siglo XIII, era distinto en su base al orden político que el padre Suárez contemplaba en el tránsito del siglo XVI al XVII. Los postulados y los conceptos debían de tener, pese a su aparente coincidencia, un sentido muy divergente y muy otra repercusión en la circunstancia de uno y otro”. Y agrega: “El pensamiento político de Suárez, pese a su fidelidad tomista, da entrada y explica en sus lineamientos a la nueva realidad de los Estados soberanos”. AYALA, FRANCISCO, “El problema del estado en la contrarreforma, visto a través de dos pensadores representativos”, en sus: *Ensayos de sociología política*. México, Universidad Nacional, 1952; pp. 120 y 123.

^{163 bis} Ver: GALLEGOS ROCAFULLI, JOSÉ M. (ob. cit., p. 36) donde dice: “Suárez entiende por Estado la comunidad perfecta, que no es ni tan universal como el género humano ni tan restringida como la familia. Al determinarla concretamente, su pensamiento fluctúa entre la tradición aristotélico-tomista, que ve la comunidad perfecta en la ciudad, y la realidad política que él mismo está viviendo, en la que el Estado es un reino o, en ocasiones, un imperio”. Sobre el tema, es elocuente la lectura de algunos pasajes de la obra de Suárez, en especial *De leg.*, III, II, 5.

se reconoce (y así lo hizo el propio H. Grotius) que Vitoria y Suárez son los padres fundadores del moderno derecho internacional público.

Donde el pensamiento del Eximio se hace realmente sutil y adquiere carácter personal, es cuando trata de dar fundamento a la tesis de que la comunidad es portadora natural del poder político, de forma tal que "la autoridad, al derivar del principio del ser como de su fuente trascendente, deriva también del pueblo en el sentido de que a través de él va a morar en sus legítimos depositarios", como ha escrito, asintiendo, Maritain.¹⁶⁴

De esta formalidad de su pensamiento, deriva el Eximio el principio cardinal de la naturalidad de la democracia frente a las restantes formas de gobierno. La democracia es la forma primaria y necesaria del régimen político, porque el gobierno deviene democrático por el solo hecho de que el pueblo retenga para sí el poder, tal como la naturaleza se lo otorgó. Exagerando el concepto se ha llegado a ver en el régimen democrático de elecciones libres el supremo sistema de realización del bien común¹⁶⁵. Pero debe recordarse bien que la democracia natural postulada por Suárez jamás se presentó por él en forma de democratismo —pues reconocía que era conveniente para el pueblo trasladar el poder a un monarca soberano^{165 bis}—; esta degeneración del pensamiento, que va desde la naturalidad de la democracia al democratismo más exagerado, es obra de sus seguidores más contemporáneos (como Maritain, por ejemplo), que exaltarán la virtud natural de la democracia. Así, Galán y Gutiérrez, cargando las tintas en el tópico, indica que lo que caracteriza al pensamiento suareciano y lo distingue de los demás escolásticos españoles "es el considerar la democracia como solución de derecho natural", a diferencia de las otras formas de gobierno, que son netamente positivas.¹⁶⁶

Suárez formula su teoría política motivado por los sucesos de la época histórica que presencia; el fortalecimiento de los reinos —que, a la sazón, originarían los modernos Estados europeos—, planteó el conflictivo tema de las relaciones del rey con la Iglesia, al mismo tiempo que exigió definir el tema de las comunicaciones entre los Estados. Y Suárez dio soluciones para ambos temas. Por una parte, destacó la existencia de una comunidad entre las naciones, al tiempo que obligó a éstas al logro y respeto de un bien común internacional; rescata, asimismo, para la Iglesia, su ámbito propio; y, finalmente, al especificar la labor del monarca, le recuerda que su poder no es absoluto, pues lo ha recibido del pueblo. Aquí introduce Suárez el elemento más singular de su doctrina: la comunidad o el pueblo poseen por naturaleza el poder político; y es esta tesis la que, según nuestro parecer, separa al Eximio del Aquinate, tanto en su formulación como en sus consecuencias y resultados.

¹⁶⁴ MARITAIN, JACQUES, *Principios de una política humanista*, trad. de M. de las N. Echeverría, Buenos Aires, Difusión, 1969; 2ª ed., p. 53.

¹⁶⁵ Luego de recordar la teoría de la traslación de Suárez, Raimondo Spiazzi deriva de ella la siguiente *verdad política*: "el modo democrático, o sea mediante elecciones libres, es el que mejor realiza prácticamente la transmisión del poder basada en el presupuesto de que el pueblo es el detentador originario de ella"; por este motivo, continúa, el gobernante es sólo un *vicegerente* del poder soberano del pueblo. *Democracia y orden moral*, trad. por M. Fernández M., Barcelona, Litúrgica Española, 1962; p. 145; ver nota 119.

^{165 bis} Ver: *infra*; cap. IV, pto. C, y nota 46 bis.

¹⁶⁶ GALÁN Y GUTIÉRREZ, EUSTAQUIO, *Ius naturae*, cit., pp. 499-500.

De esta manera tenemos que, siendo la doctrina de la comunidad política titular de la potestad de mando por naturaleza, la elaboración singular de un pensador de una época concreta,¹⁶⁷ y que tenía como objetivo fundamental enfrentarse ideológicamente con la doctrina jacobina del derecho divino de los reyes, termina por trascender las fronteras del tiempo para enarbolarse, durante casi tres siglos, como verdad política rectora de la vida de los Estados.

Teólogo eminente y sólido iusfilósofo, Suárez, empero, trasciende por su nuevo aporte a la teoría política: en ciernes, a través de la doctrina de la comunidad política sujeto primario del poder, nacia con el Eximio la doctrina de la soberanía popular.

—O—O—

Finalizando ya con nuestro periplo intelectual a través del pensamiento político del P. Francisco Suárez —a quien la Iglesia recuerda como el “Doctor Eximio”—, creemos oportuno sintetizar las líneas maestras por las cuales éste ha discurrido:

Es el jesuita de un *moderado voluntarismo político*, manifiesto, principalmente, al analizar la causa eficiente del Estado. Al hacerlo, se vale de un instrumento que revela la sociabilidad natural del hombre —como el contrato o pacto— y lo eleva a rango supremo para la existencia de la sociedad civil. En este sentido, y con el alcance oportunamente señalado, Suárez es un *contratualista moderado*.

Es también Suárez, *democrático*. En su pensamiento, y ello lo diferencia claramente de Santo Tomás,¹⁶⁸ las diversas formas de gobierno no tienen el mismo rango, ni es indiferente una de otra; al contrario, la democracia tiene preeminencia ontológica y moral sobre la monarquía y la aristocracia, pues ella realiza en forma directa y plena el ser de la comunidad política en tanto titular del poder. La democracia es, para Suárez, la única forma de gestión del poder de derecho natural.

En Suárez, es acentuado su *populismo*, pues otorga al pueblo un título del cual carece, haciéndolo portador de la autoridad por naturaleza. No nos parece válido actualizar el ser de la multitud diciendo que ella porta un derecho natural a autogobernarse, pues la naturaleza misma indica algo diverso.

¹⁶⁷ A pesar de que la doctrina enunciada se encontraba ya en ciertos pensadores medievales que antecedieron a Suárez, como Marsilio de Padua, Guillermo de Ockham, Nicolás de Cusa y, muy especialmente, Engelberto de Volkersdorf, recién será el Eximio quien la formulará acabadamente y con suficiente autoridad. Ver: GIERKE, OTTO VON, *Teorías políticas de la Edad Media*, trad. de J. Irazusta. Buenos Aires, Huemul, 1963; cap. VI, pp. 127-154.

¹⁶⁸ En contra: JANET, PAUL, *Historia de la ciencia política en sus relaciones con la moral*, trad. por C. Cerrillo E. y R. Fuente. Madrid, Daniel Jorro Editor, 1910; t. II. Para este autor, el Eximio no sólo es “el último escolástico”, sino, fundamentalmente, “dignísimo discípulo de Santo Tomás de Aquino” (p. 153), lo que está de acuerdo con su parecer de que Suárez es un pensador enteramente medieval, “pues en él no se ve ni rastro de renovación de espíritu y de método que caracterice al escritor de su siglo” (p. 152).

Discutible es si la doctrina de Suárez constituye o no un símil de la soberanía del pueblo; ¹⁶⁹ por nuestra parte creemos que si bien en su pensamiento no tiene lugar tal afirmación, sienta, cuando menos, las bases para que el racionalismo político individualista posterior la enuncie. De los tres términos de la relación política mantenidos por el Eximio —Dios, autor del poder; la multitud, que lo confiere; y el gobernante, que lo recibe y ejerce— basta, como bien agudamente observa De Jouvenel, “retirar el primero; afirmar que el poder no pertenece mediatamente sino inmediatamente a la sociedad, y que los gobernantes lo reciban sólo de ella”; ¹⁷⁰ basta, en consecuencia, con eliminar a Dios y ensalzar al pueblo, para caer en el absolutismo de la soberanía popular.

Quizá haya sido éste el destino de la doctrina política del P. Suárez: el haber aportado —aunque involuntariamente—, desde el pensamiento de la segunda escolástica, una de las bases del moderno Estado absolutista democrático.

JUAN F. SEGOVIA

¹⁶⁹ De esta opinión es Paul Janet (ob. y loc. cit.), quien entiende que Suárez “adopta en todo su vigor la teoría de la soberanía del pueblo”, excluyendo de su acervo intelectual la teoría del derecho divino y la teoría patriarcal (p. 173). Otro autor afirma que Suárez, “al igual de la mayoría de los juristas católicos, sostiene y afirma la teoría de la soberanía del pueblo, más que para llevar a la realidad las instituciones democráticas, para mantener al rey en subordinación e inferioridad con respecto al dominio del poder espiritual”. GETTEL, RAYMOND G., *Historia de las ideas políticas*, trad. de T. González G., Barcelona, Labor, 1937; 2ª ed., t. I, p. 293.

¹⁷⁰ DE JOUVENEL, BERTRAND, ob. cit.; p. 41.

NOTAS ACERCA DEL ORDEN PÚBLICO: SU FUNDAMENTO Y FUNCIONES

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina nacional —con la sola excepción de BORDA—¹ señala como efectos del orden público la imperatividad y la territorialidad de la ley, y, antes de la reforma introducida por la ley 17.711, también su retroactividad.

Es decir que, en el estado actual del ordenamiento jurídico, el orden público produce como consecuencias que la voluntad individual, al concertar negocios jurídicos, no puede sustituir ni renunciar a las normas que interesan al orden público, y, por otro lado, que si la ley extranjera, aplicable en la materia por extraterritorialidad, entra en colisión con las normas nacionales, éstas prevalecerán sobre aquélla.

Pero esta casi total unanimidad de opiniones desaparece cuando se trata de precisar qué debe entenderse por orden público, cuál es su fundamento y por qué produce los efectos indicados precedentemente: sobre el particular, dice Busso: “todos los autores reconocen la dificultad de dar una noción precisa de orden público. Tanto las definiciones como los sistemas enunciados para establecer cuáles son las leyes de orden público adolecen de vaguedad e imprecisión”.²

Para esclarecer el tema y tratar de hallar una solución al problema, es menester —después de pasar somera revista a las distintas corrientes doctrinarias— determinar cuál es el fundamento del orden público y examinar si ese fundamento es apto para explicar sus características y efectos.

II. PRINCIPALES CORRIENTES DOCTRINARIAS SOBRE EL ORDEN PÚBLICO

El análisis de las teorías esbozadas acerca del orden público permite agruparlas en tres corrientes:

1º) La primera concepción acerca del orden público —que puede ser denominada “clásica”— se origina con el debate del que sería el artículo 6º del Código Civil francés, similar al artículo 21 del Código Civil argentino: “no pueden derogarse, por convenciones privadas, las leyes que interesen al orden público y a las buenas costumbres”.

¹ BORDA, G. A.: “Concepto de ley de orden público”, en: LL, 58-997.

² Busso, E. B.: *Código civil anotado*, Buenos Aires, Ediar, 1958; t. I, p. 185.

Según Portalis, esta disposición se funda en las máximas romanas *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* y *privatorum conventio iure publico non derogat*, contenidas en el Digesto.

Portalis precisa el alcance de estas máximas señalando que “el derecho público es el que interesa más directamente a la sociedad que a los particulares; el derecho privado, el que interesa más directamente a los particulares que a la sociedad” de manera que —dentro de esta formulación— el orden público se equipara al derecho público con el alcance indicado, es decir, se trata de las leyes fundamentales y básicas que conforman el núcleo sobre el cual está asentada la organización social, leyes que se imponen imperativamente a todos, subordinando el interés particular al interés social.

En esta noción ya se encuentran en germen las tesis que luego se desenvolverían identificando el orden público con el “interés público” o el “interés general”, hasta llegar a la que es posible considerar como la formulación más acabada de la doctrina clásica —la de Baudry-Lacantinerie y Huques Fourcade— que definen al orden público como “el conjunto de ideas sociales, políticas, morales, económicas, religiosas a veces, a cuya observancia cree una sociedad ligada su existencia”.

En la doctrina nacional, esta concepción es recogida por Salvat, quien dice que “la noción de orden público resulta de un conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la organización social establecida”.³ Más recientemente, Llambías adhiere a esta misma tesis, afirmando que “se denomina orden público al conjunto de principios eminentes —religiosos, morales, políticos y económicos— a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida”.⁴

En resumen, las teorías enroladas en esta corriente consideran al orden público como un conjunto de principios —equiparando “orden” a “sistema”, “clase” o “categoría”— cuya nota característica es la prevalencia del interés público, comunitario, general o social, sobre el interés privado o particular, pues, si bien es cierto que todas las leyes tienen una finalidad social, en aquellas que interesan al orden público, este interés predomina notoriamente sobre el interés particular.

Por ello, Ponssa de Miguens concluye que “el orden público implica por esencia el interés general o comunitario sobre el particular... Este interés general de la comunidad no es otra cosa que el contenido axiológico y las valoraciones fundamentales que la sociedad quiere mantener, para proteger la integridad de esa comunidad en su totalidad”,⁵ afirmación que comparte —entre otros— Martínez Ruíz.⁶

³ SALVAT, R. M.: *Tratado de derecho civil argentino*. Parte general. Buenos Aires, TEA, 1958; t. I, n° 247, p. 148.

⁴ LLAMBIAS, J. J., *Tratado de derecho civil*. Parte general. Buenos Aires, Perrot, 1975; t. I, 6ª ed., n° 184, p. 161.

⁵ PONSSA DE MIGUENS, N. I. C. J.: “Acerca del orden público”, en: JA, 1964-I-82 (secc. doct.).

⁶ MARTÍNEZ RUÍZ R.: “El orden público y sus características generales”, en LL, 92-738.

2º) En una posición distinta, porque parte de la noción de orden como equivalente a "concierto o buena disposición de las cosas entre sí", se ubica Risolía.

Este autor enseña que "en su acepción más lata, el orden es para nosotros la disposición o acomodación metódica de lo múltiple, con miras a la obtención de un fin determinado y conforme a una pauta o plan que atribuye a cada elemento su lugar propio"... "El orden público es cabalmente un orden, vale decir una disposición o acomodación metódica de la realidad social, múltiple y disímil. Como todo orden, presupone la existencia de un fin y de una pauta o plan que rige la disposición de lo ordenado, pauta o plan que en la comunidad civil organizada está instituido por un sistema de normas jurídicas. Como todo orden, exige también la permanencia de cada elemento en el lugar que el plan le atribuye". Desde este punto de vista, concluye que "el orden público es la disposición o acomodación de la realidad social conforme al plan establecido por un sistema de normas jurídicas, esencialmente aptas para lograr un estado de armonía, paz social y bien común".⁷

Cabe objetar a esta posición doctrinaria que confunde el resultado que se obtiene —acomodación de la realidad social— con el medio que se emplea para alcanzarlo, o sea, sistema de normas o principios: es ese sistema de normas o principios el que constituye el llamado orden público y la ordenación de la materia regulada, esto es, la realidad social, es el resultado de la aplicación de ese sistema o conjunto de principios.

3º) Otros juristas identifican las nociones de orden público e imperatividad de la ley arribando, como resultado, a la inutilidad de intentar la formulación de un concepto del orden público.

En este sentido, Aráuz Castex —que adopta un criterio analítico consistente en examinar en cada caso concreto si la ley es o no imperativa— sostiene que "el planteo clásico según el cual la noción de orden público sería necesaria para justificar la prevalencia de la ley sobre los principios de autonomía de la voluntad... y extraterritorialidad de la ley, es inútil y falso. Para lograr igual resultado, basta afirmar el carácter imperativo de la ley, que es de su naturaleza y no necesita, por tanto, ser justificado, pero que se detiene ante el campo de las garantías individuales, ensanchado por el legislador en homenaje a la voluntad individual o a la comunidad internacional".⁸

Borda, a su vez —siguiendo a Ennecerus— arriba también a la sinonimia entre orden público y ley imperativa, afirmando que "...toda ley imperativa es de orden público: porque cada vez que el legislador impone una norma con carácter obligatorio y le veda a los interesados apartarse de ella, es porque considera que hay un interés social comprendido en su cumplimiento;

7 RISOLÍA, M. A.: "Orden público y derecho privado positivo", en: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Martínez Paz*. Asociación Argentina de Derecho Comparado. Buenos Aires, Perrot, 1957; pp. 128-130.

8 ARÁUZ CASTEX, M.: *La ley de orden público*. Buenos Aires, Depalma, 1945; pp. 12 y 58.

en otras palabras, porque se trata de una ley de orden público. En conclusión: leyes imperativas y leyes de orden público son conceptos sinónimos”.⁹

A estas posiciones se le pueden efectuar las siguientes observaciones:

a) el concepto de orden público no es inútil, porque si se carece de él no es posible —mediante el análisis de casos concretos— determinar cuándo el caso en cuestión compromete el orden público y cuándo ello no ocurre o, en otros términos, resulta imposible calificar casos individuales si se prescinde de un denominador común;

b) la imperatividad de la ley, en sentido lato, equivalente a obligatoriedad, no debe ser confundida con la imperatividad en sentido estricto, equiparable a inderogabilidad por la voluntad de los particulares o por la aplicación de la ley extranjera: en la primera acepción, toda ley es imperativa, mientras que, en la segunda, sólo algunas lo son. Por lo tanto, el concepto de orden público no es falso;

c) la noción de orden público es necesaria para saber cuándo una ley interesa al conjunto de principios esenciales para la organización social, pues la imperatividad de la ley no depende de la arbitraria calificación del legislador sino de la materia que ella regula;

d) la imperatividad de la ley, en sentido estricto, no siempre viene determinada expresamente por el legislador, de manera que si se prescinde de una noción acabada del orden público, se corre el riesgo de no poder precisar cuándo la ley es imperativa y cuándo es meramente supletoria;

e) afirmar la sinonimia entre orden público y ley imperativa es confundir la causa con el efecto, puesto que la ley no es de orden público por ser imperativa, sino —al revés— es imperativa por ser de orden público.

III. EL FUNDAMENTO DEL ORDEN PÚBLICO: EL BIEN COMÚN.

El derecho se forma y se desarrolla en el seno de la sociedad política, nace y se desenvuelve con ella, no pudiendo ser concebido sino como un orden incorporado a una comunidad, dirigido por la ley y tendiente a la realización del fin propio de esa comunidad.¹⁰

Por lo tanto, el derecho no existe por sí mismo, sino que se ordena a hacer posible y conveniente la vida en sociedad: de allí la *socialidad* como nota específica del derecho y su ordenación al fin de la sociedad política que —de este modo— deviene también fin último del ordenamiento jurídico.

Ello se explica porque toda disciplina, toda ciencia práctica, toda actividad humana, tiende a un bien que se erige en causa final de esa disciplina, ciencia y actividad: “la finalidad es un hecho universal en el movimiento ordenado de las cosas, mas sólo el hombre obra por un fin, por el conocimiento y presencia intencional del bien, que es el fin, en su inteligencia”.¹¹

⁹ BORDA, G. A.: ob. cit.

¹⁰ OLGUATI, F.: *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*. Pamplona, Ediciones universitarias de Navarra, S.A., 1977; p. 227.

¹¹ URDANOZ, T.: *El bien común según Santo Tomás* (apéndice al Tomo VIII de la *Suma Teológica*). Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1955; pp. 755 y ss.

Y con la misma evidencia con que se impone la idea del bien como fin en todo obrar voluntario del hombre singular, se presenta la idea de un bien común en el obrar solidario y comunitario de los individuos, siempre que éstos se unen entre sí y de cualquier modo actúan su natural instinto de sociabilidad: así, el bien común corresponde exactamente, en la vida y actividad de los grupos sociales, al bien privado en la vida y actividad ética de la persona singular, con funciones enteramente equivalentes, toda vez que se presenta con los mismos caracteres esenciales de fin y bien propios de cada grupo social, de principio objetivo informador y determinante de cada organización social.

Existe, pues, un bien común de la sociedad civil, de la comunidad política, que se presenta como una categoría de bien distinta de los bienes particulares de los individuos integrantes de esa sociedad, porque se refiere a ellos como el bien del todo respecto de las partes: es éste, por excelencia, el bien común temporal.

Este bien, bien común, aparece con tres características que lo distinguen:

a) la *totalidad*, porque la sociedad misma se presenta como un todo: el bien común es el bien del todo, al cual los individuos contribuyen y del cual ellos participan, lo que supone esencial referencia e inclusión de todos los bienes particulares;

b) la *unidad de orden*, porque el bien común se participa en los bienes singulares en modos diversos de igualdad proporcional, de suerte que incluye todos los bienes de los particulares con tal que estén debidamente proporcionados entre sí: supone la síntesis y la coordinación de todos los bienes singulares;

c) la *primacía*, porque el bien común es superior al bien individual dentro del mismo género de bienes, superioridad que no es sólo cuantitativa, sino formal y cualitativa: esta nota de superioridad del bien común entraña, como consecuencia inmediata, una relación de subordinación, en cuya virtud los individuos —así como el bien singular de ellos— se ordenan al bien común y a toda la comunidad de la cual son una parte integrante.

Establecido que el bien común es el fin propio y específico de la sociedad civil y que opera como fin último del orden jurídico, es posible definirlo “como el conjunto de presupuestos sociales necesarios para que los individuos y los grupos alcancen sus finalidades existenciales y logren su pleno desarrollo, integrados a la comunidad como la parte en el todo”.¹²

Ese conjunto de “presupuestos sociales” a que alude la definición citada, son de distinta naturaleza —religiosos, morales, políticos y económicos— por lo mismo que el bien común engloba en sí la realización de fines intermedios de todos estos órdenes.

¹² MONTFJANO, B.: *Los fines del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967; p. 75.

De esta formulación resulta claro que el bien común, cuya consecución es propia de la sociedad política, no es el bien de ella misma —como Estado— sino el bien de la comunidad misma de las personas, familias y sociedades intermedias: esta concepción supone un ajustado enfoque, tan distante del individualismo disgregador como del colectivismo asfixiante.

De esta inteligencia del bien común —que es la correcta interpretación de la doctrina aristotélico-tomista— resulta que el ordenamiento político de la sociedad civil, sus leyes y disposiciones, limitan la libertad de los miembros de la comunidad como tales únicamente para realizar el bien común y, con esta realización, poder brindar a las personas, familias y grupos intermedios, el ámbito que asegure sus libertades concretas y sus derechos esenciales, así como las condiciones necesarias para su perfeccionamiento espiritual y material.

Concebido el bien común como queda señalado —como fin último del derecho— comprende en sí el valor justicia y da origen a relaciones jurídicas que, siguiendo la clasificación tradicional de la justicia, pueden distinguirse de la siguiente manera:

a) deberes de los individuos para con la comunidad de que forman parte, imponiéndoles dar a la sociedad todo aquello que le es debido en orden a procurar el cumplimiento de los fines propios de esa comunidad: estas relaciones quedan regidas por la justicia general o legal;

b) deberes de la comunidad para con los individuos que la integran, orden de relaciones que queda gobernado por esa parte de la justicia particular que se llama distributiva; y

c) deberes y recíprocos derechos de los individuos entre sí, relaciones que quedan ordenadas por la segunda parte de la justicia particular, denominada conmutativa.

El bien común opera en todas las relaciones jurídicas —sean imperadas por cualquiera de las formas de la justicia— porque, como indica Olgiati, “ningún título jurídico tiene valor sino por sus vinculaciones inmediatas o mediatas con el bien común”,¹³ pero no actúa de la misma forma en todas aquellas relaciones, sino que, mientras es fundamento inmediato en las ordenadas por la justicia legal y por la justicia distributiva, es sólo fundamento mediato de las imperadas por la justicia conmutativa, o sea, opera con distinto grado de intensidad.

IV. EL TRÁNSITO DEL DERECHO NATURAL AL DERECHO POSITIVO.

El bien común es un principio ético y de derecho natural¹⁴ y, como tal, presenta las notas de insuficiencia propias de la ley natural, que obedecen a las siguientes causas:¹⁵

¹³ OLGATI, F.: ob. cit.; p. 228.

¹⁴ MONTEJANO, B.: ob. cit., p. 75.

¹⁵ OLGATI, F.: ob. cit., pp. 260-262; FERNÁNDEZ GALIANO, A.; *Derecho natural. Introducción filosófica al derecho*, Madrid, Universidad Complutense. Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1979; 2ª ed., pp. 126-131.

a) los preceptos de la ley natural son generales y abstractos, no siendo por ello aptos para regular de modo eficaz la vida social, integrada por relaciones y conductas particulares y concretas;

b) las reglas de la ley natural carecen de sanción adecuada, ya que si bien ésta posee alguna sanción —como el remordimiento de la conciencia— es obvio que ella no es adecuada para introducir la coacción social necesaria para la tutela del derecho;

c) hay materias que son de por sí indiferentes a la ley natural y que, por lo tanto, no están reguladas por ella, no obstante lo cual exigen ser de alguna manera reglamentadas para seguridad de la vida social.

Esta insuficiencia del derecho natural exige como imprescindible el derecho positivo, cuya derivación del derecho natural se realiza de dos maneras diversas:¹⁶

1º) por vía de conclusión, o sea, derivando las normas positivas de la ley natural por una pura operación lógico-deductiva; y

2º) por vía de determinación, concretando las normas positivas el sentido de los preceptos naturales, en consideración a las circunstancias de hecho que se dan en determinado grupo social.

Se comprende, entonces, por qué los distintos ordenamientos jurídico-positivos, siendo iguales en su normatividad básica, obtenida por vía de conclusión difieren, en cambio, en la regulación concreta de cada punto: ello es así porque el continuo fluir de la vida humana y la diversidad de circunstancias de tiempo y de lugar, exigen una permanente adaptación del derecho natural a través del derecho positivo.

Y, por ser el bien común un principio propio del derecho natural, esa adecuación a las circunstancias de tiempo y de lugar también se opera a su respecto: "el bien común auténtico... se funda en la naturaleza del hombre y debe ser realizado por cada pueblo en su historicidad, lo cual significa encarnarse de acuerdo con las particularidades que surgen de la tradición, tener en cuenta las circunstancias de tiempo y de lugar".¹⁷

Es a la autoridad de la sociedad política a quien compete la realización histórica del bien común y, para que esa realización sea verdaderamente tal y no dé un remedo falseado o mutilado del bien común, debe observar dos condiciones. Por una parte, debe fundarse en la naturaleza del hombre y, por la otra, debe tener en consideración las circunstancias históricas.

V. LA REALIZACIÓN DEL BIEN COMÚN A TRAVÉS DEL DERECHO POSITIVO.

El Estado, la autoridad política, realiza concretamente el bien común por medio de su poder de legislar, esto es, a través del derecho positivo,

¹⁶ GRANERIS, G.: *Contribución tomista a la filosofía del derecho*. Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1973; pp. 30-31.

¹⁷ MONTEJANO, B.: *El bien común en la doctrina pontificia* (separata) Universidad Católica de Chile. Vicerrectoría de Comunicaciones, s/f; p. 137.

en el que inserta un conjunto más o menos extenso de principios religiosos, morales, políticos y económicos que —en cada momento histórico— considera como esenciales para la consecución de ese fin.

Este conjunto de principios, que constituye el núcleo de la organización social y el meollo del ordenamiento jurídico positivo, conforma el orden público: es que, como afirma Smith, es el “conjunto de condiciones fundamentales de la vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos o, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras”.¹⁸

Existe, pues, perfecta correlación entre esta concepción del orden público —propia del derecho positivo— y la del bien común, específica del derecho natural, correlación que se ve corroborada por la coincidencia de notas características:

1º) una recta inteligencia del orden público, en cuanto conjunto de principios que consagran el interés comunitario, supone la síntesis de los intereses privados de los integrantes de la comunidad de que se trata, lo que refleja la característica de totalidad del bien común, que significa esencial referencia e inclusión de todos los bienes particulares;

2º) la inclusión de los intereses privados en el interés general que el orden público configura normativamente, importa un equilibrio de aquellos intereses singulares, de manera tal que entre ellos exista una relación armónica y una coordinación en miras a la satisfacción de este interés general, con lo que se cumple la característica de unidad de orden específica del bien común;

3º) “cuando se habla de orden público —dice Ponssa de Miguens— nos hallamos frente a la primacía del Estado sobre el individuo... A pesar de la diversidad de teorías, lo cierto es que se percibe en forma palpable, a través de la doctrina, que el orden público implica la prevalencia del interés público, entendido como comunitario general y social, sobre el interés particular”,¹⁹ lo que constituye la expresión de la primacía del bien común.

Es decir, que el orden público encuentra su fundamento y notas características en el bien común.

Podría objetarse a esta afirmación que, por ser el bien común la finalidad última del ordenamiento jurídico íntegramente considerado, no es criterio apto para distinguir a un sector de ese ordenamiento, como es el singularizado por el concepto de orden público.

Pero, si bien es cierto que el bien común es la finalidad última de todo el orden jurídico, la objeción queda superada si se tienen en cuenta dos aspectos:

¹⁸ SMITH, J. C.: “El orden público como concepto y como *status* social”, LL, 120-1116.

¹⁹ PONSSA DE MIGUENS, N. I. C. J.: ob. cit.

a) en primer lugar, que en toda situación susceptible de ser regulada jurídicamente concurren simultáneamente el interés comunitario o social y el interés privado o particular. Se trata de una cuestión de grados, de proporciones y, cuando el interés social es más intenso que el particular, predomina sobre este último y la situación debe ser considerada como concerniente al orden público, mientras que en el caso inverso, cuando el interés social se satisface directamente a través de la realización del interés privado, la situación no interesa propiamente al orden público. En último análisis, la distinción resulta de que la situación se refiera inmediata o mediatamente al bien común;

b) en segundo lugar, el bien común se realiza de distinta manera en las diversas situaciones pasibles de regulación jurídica, pues en ciertas materias el bien común exige una solución determinada con prescindencia de cualquier otra, es decir, determina de manera concreta el contenido de la norma jurídica, mientras que en otras materias el bien común requiere que la situación sea objeto de una regulación, pero se desentiende del contenido concreto de la regla en cuestión, pues se satisface con la realización del orden, concebido como la adecuada disposición de las relaciones intersubjetivas. A esta distinción apunta Borda cuando enseña que "si bien es indiscutible que las leyes supletorias se dictan también teniendo en mira una conveniencia general, esta conveniencia reside más que todo en el orden que resulta de la vigencia de una reglamentación y no de la reglamentación o disposición en sí... En la ley de orden público, en cambio, lo que interesa a la sociedad de manera inmediata, es la norma concreta, vale decir, la forma en que se resuelve un problema o situación jurídica. No interesa la solución por ser simplemente una solución, sino por la manera o forma en que se resuelve".²⁰

VI. LA VARIABILIDAD DEL CONTENIDO DEL ORDEN PÚBLICO.

Se ha visto que la realización concreta del bien común, dejando a salvo las exigencias impuestas por la naturaleza del hombre y de la sociedad civil, impone tener en consideración la realidad histórica en que esa realización se cumple.

De allí que el orden público, como reflejo del bien común en una determinada realidad histórica, varíe en su contenido concreto de país a país y de época en época, de manera que no se presenta con un contenido rígido ni unívoco, sino dinámico y elusivo.

Ello trae como consecuencia la tan reprochada vaguedad e imprecisión del concepto en su contenido concreto, pero —como se ve— esa relativa imprecisión obedece a su misma naturaleza, dado que "no ha de sorprender la imposibilidad de reducir el orden público a un común denominador válido para todos los países, puesto que se trata de una noción que expresa el particularismo de cada país, gravitado por sus peculiares antecedentes históricos y culturales y por las condiciones políticas, económicas, geográficas y hasta religiosas del respectivo ambiente social... En suma, la dificultad proviene

²⁰ BORDA, G. A.: ob. cit.

de la misma materia del orden público que obsta a la elaboración de un concepto preciso y definido del mismo, pero no impide su existencia en cada estado o país como ese núcleo de principios fundamentales de la organización social".²¹

VII. LA DOCTRINA JUDICIAL.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha receptado la concepción del orden público que queda expuesta: en un caso, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley de moratoria 11.741, dijo que "el «orden público» se confunde en el caso con el «interés público», el «bien público» o el «bienestar general»" ("Avico, Oscar Agustín c. De la Pesa, Saúl C." —diciembre 7-1934— JA, XLVIII-714) y, avanzando en el desarrollo, señaló que "...La norma fundamental de la solidaridad nacional, reajustada para volver el equilibrio al orden económico, y por consecuencia, al jurídico, político y social del país, es lo que informa la ley discutida..." ("Yaben, Conrado c. Lavallen, Alberto y otros" —marzo 22-1935— JA, XLIX-424).

Pero en la decisión en que la Corte dio remate al desarrollo precedente, fue al pronunciarse sobre un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra un decreto de la intervención federal en la provincia de Santa Fe, ocasión en que declaró que "son muchas y bien conocidas las instituciones del derecho privado en las que está interesado el orden público, no sólo del modo general en que lo está en todas las instituciones jurídicas, sino con la particular consecuencia de que la autonomía individual no puede alterar lícitamente lo que las leyes respectivas dispongan en la materia. El reconocimiento de ese superior interés va siendo cada día mayor, en la medida en que se comprueba que el libre juego de la autonomía de la voluntad no es siempre compatible con la preeminencia del bien común" ("Martín y Cía. Ltda. c. Erazo, José S." —septiembre 19-1947— LL, 48-330).

De la lectura de estos fallos resulta con claridad que la Corte Suprema encuentra el fundamento del orden público en el bien común.

VIII. NOTAS CARACTERÍSTICAS Y FUNCIONES DEL ORDEN PÚBLICO.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, el orden público se presenta como un concepto autónomo, límite y unitario.

Concepto *autónomo* porque se trata de una noción trascendente, exterior a la norma jurídica, consistente —al decir de Cardini— en un verdadero "*standard jurídico*":²² en consecuencia, no hay leyes de orden público, sino leyes o instituciones, relaciones o situaciones, que interesan o no al orden público. Con esta posición disiente Borda, para quien el orden público, sinónimo de imperatividad, es una característica de ciertas normas jurídicas.²³ Configurado el orden público como una categoría autónoma, la determina-

²¹ LLAMBÍAS, J. J.: ob. cit.; nº 195, pp. 163-164.

²² CARDINI, E. O.: *Orden público*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959.

²³ BORDA, G. A.: ob. cit.

ción de si una norma interesa o no a esta categoría es cuestión librada al prudente arbitrio judicial, con prescindencia de la calificación que el legislador asigne a la ley.

Concepto *límite*, desde el punto de vista gnoseológico, porque constriñe la esfera de la libertad de los individuos en lo que concierne a la posibilidad de realización de ciertos actos u omisiones frente a determinados supuestos²⁴ e impide la derogación de la ley nacional por la eventual aplicación de normas extranjeras con fundamento en la extraterritorialidad de la ley.

Concepto *unitario* en cuanto la noción es idéntica con referencia al orden interno del país y al orden internacional.

El orden público cumple, en cada ordenamiento jurídico nacional, una función tuitiva del bien común, tal y como éste se concreta históricamente.

1º) En el ámbito interno del derecho, el orden público opera como concepto límite de la autonomía de la voluntad de los sujetos cuya conducta las normas están destinadas a regular, unas veces de manera expresa y otras de modo implícito, determinando un régimen de restricciones en la esfera de libertad de los individuos.

Se comprende que así sea si se repara en que la primacía del bien común, para ser efectiva, exige que ese bien superior de la comunidad no pueda ser desvirtuado por la extralimitación de las conductas tendientes a obtener la satisfacción de los bienes singulares de los miembros de esa comunidad.

Al respecto dice Nieto Blanc que "la regulación de la conducta interhumana no la realizan los órganos jurídicos con criterio enteramente autoritario. Han sido siempre respetuosos de las voluntades particulares y les han dado, dentro del conjunto del ordenamiento, un margen de elaboración normativa que ha variado con los tiempos... Pero con esa actitud, *ipso facto* ha quedado planteada la dificultad. En efecto, ese margen no podía ser ilimitado; ciertas consideraciones superiores hacen conveniente impedir la expansión inmoderada de las voluntades individuales; algunas instituciones, muchas o pocas según la orientación política inspiradora, requieren una organización de tipo autoritario que, precisamente, por los fines que llevan a instaurarlas, deben quedar fuera de esa libertad reguladora".²⁵

El orden público opera, pues, como concepto límite con respecto a la autonomía de la voluntad privada, al poder de autorregulación de los particulares y, desde este punto de vista, sirve de criterio para la clasificación más importante de las normas jurídicas, que es la que las distingue en imperativas y supletorias.

Cabe hacer una salvedad: toda norma jurídica es "imperativa" en sentido lato, como sinónimo de "obligatoria", porque el mandato contenido en ella, positivo o negativo, significa la imposición de un deber a los sujetos a

²⁴ SMITH, J. C.: ob. cit.

²⁵ NIETO BLANC, E. E.: *Orden público*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1960, pp. 28/29.

quienes la norma está dirigida y, propiamente, imponer una obligación significa "imperar".²⁶ Pero distinto puede ser el alcance de la imperatividad u obligatoriedad y, así, en sentido estricto, es dable hablar de normas "imperativas" por contraposición a normas "supletorias" o "dispositivas":

a) las primeras —imperativas en sentido estricto— son las que prevalecen sobre la voluntad diversa de los particulares sometidos a ellas, precisamente, por regular situaciones que interesan al orden público: configuran el sector autoritario del derecho;

b) las segundas —supletorias o dispositivas— son las que los particulares sometidos a ellas pueden modificar, sustituyendo su régimen por el que ellos mismos determinen, de modo que sólo se aplican en ausencia de voluntad contraria: conforman el área del ordenamiento jurídico librado a la autonomía de la voluntad privada.

Esta función restrictiva del orden público con referencia al ámbito interno del derecho se halla consagrada por el artículo 21 del Código Civil: "las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres".

Corresponde señalar que si bien el precepto transcrito se refiere a las convenciones, es decir, actos emanados de dos o más personas, la disposición debe ser generalizada y ser aplicada también a los actos jurídicos unilaterales.

Esta norma encuentra su complemento en la nulidad específicamente establecida para cada supuesto en particular y genéricamente estatuida por el artículo 18 del Código Civil.

2º) Pero el orden público no opera solamente como concepto límite en el ámbito interno de cada ordenamiento jurídico nacional, sino que también lo hace hacia el exterior, en lo referido a la eventual aplicación de la ley extranjera cuando —en principio— esa aplicación procede por razones de extraterritorialidad.

Esto significa que aun en aquellos supuestos en que resultara aplicable una norma de otro ordenamiento jurídico por motivos de extraterritorialidad, dejará de ser aplicable y será sustituida por la norma nacional correspondiente, si la ley extranjera entra en colisión con el orden público.

La explicación reside en que el bien común, en su realización histórica concreta, traduce valoraciones y tradiciones propias de cada país en una época determinada y, por lo tanto, su primacía exige que no pueda ser vulnerado por la intromisión de otras concepciones diversas, propias de otras comunidades.

Es por ello que —con acierto— dice Nieto Blanc que "...por concesión a la armonía internacional, los órdenes jurídicos estatales aceptaron, para mu-

²⁶ DEL VECCHIO, G.: *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1974, 3ª ed., p. 334.

chas relaciones de las que, si bien realizadas en su territorio nacional, eran parte personas extranjeras, la aplicación de las normas no en él sancionadas sino de los órdenes jurídicos a que pertenecían aquéllas. Pero el beneficio... no podía ser ilimitado, desapareciendo cuando razones superiores, dictadas por la política inspiradora del ordenamiento nacional, lo imponían".²⁷

En el aspecto internacional, la regla liminar es la que resulta del artículo 14 del Código Civil, que —si bien no consagra el concepto de orden público ni agota las diversas hipótesis— contiene ese concepto como criterio inspirador, pues se refiere a aquellos principios e instituciones que se consideran esenciales para la organización y subsistencia de la comunidad nacional.

Esta disposición sienta, pues, un criterio general de orientación para la decisión de casos concretos de aplicación extraterritorial de la ley extranjera y se halla complementada por otras reglas del Código Civil que resultan aplicaciones concretas del orden público internacional.

IX. EXTENSIÓN DEL ORDEN PÚBLICO

Algunos autores, como Risolía, con fundamento especialmente en los artículos 53 y 1197 del Código Civil, sostienen que, en el ordenamiento jurídico nacional, el orden público reviste carácter excepcional.²⁸

Para llegar a una definición en esta cuestión es menester analizar qué instituciones, de las contenidas en el ordenamiento jurídico, interesan al orden público.

En primer lugar, las que configuran el derecho público —que comprende las relaciones imperadas por la justicia legal y por la justicia distributiva— es decir, las que conforman el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho fiscal y el derecho penal, como surge con claridad del artículo 14 del Código Civil.

En segundo lugar, en el campo del derecho privado —propio de las relaciones gobernadas por la justicia conmutativa— interesan al orden público las normas que consagran la vigencia de la moral y las buenas costumbres y las que organizan las instituciones fundamentales de este sector del ordenamiento jurídico: derechos de la personalidad, atributos de la persona, familia, régimen de los derechos reales, sistema sucesorio en gran parte, un vasto sector del derecho mercantil y la casi totalidad del derecho laboral.

En resumen, se aprecia que el orden público se halla interesado en la mayor parte de las instituciones jurídicas y que sólo escapan a su alcance —y aún así con severas restricciones— las materias contractual y obligacional, tanto del derecho civil como del mercantil, de manera que cabe concluir que el orden público no es régimen excepcional.

²⁷ NIETO BLANC, E. E.: ob. cit., p. 29.

²⁸ RISOLÍA, M. A.: ob. cit., pp. 109 y 132.

X. CONCLUSIONES

A título de conclusiones cabe enunciar las siguientes:

1º) el derecho tiene como fin último el bien específico de la sociedad política —o sea, el bien común— al cual se subordinan los bienes particulares de los individuos, siempre que se trate de bienes del mismo género;

2º) el bien común es un principio ético y de derecho natural, lo que impone la necesidad de su realización concreta a través del derecho positivo, adaptando el principio a las variables circunstancias históricas;

3º) trasladado al campo del derecho positivo, el bien común opera como fundamento del orden público que, por esa razón, se presenta como el sector esencial del ordenamiento jurídico y participa de la variabilidad histórica propia del bien común;

4º) por la esencial variabilidad de su contenido, el orden público no admite ser definido con absoluta precisión y de un modo válido para todos los ordenamientos y para todas las épocas;

5º) el orden público se presenta como un concepto autónomo y unitario en cuanto al orden interno e internacional, operando como criterio límite a la autonomía de la voluntad privada y a la aplicación extraterritorial de la ley extranjera;

6º) la ley no es imperativa y territorial por voluntad del legislador, sino por la naturaleza de la materia que regula y, por lo tanto, con prescindencia de la calificación legislativa, compete al juez determinar —según su prudente arbitrio— si una norma determinada interesa o no al orden público;

7º) el orden público es noción que opera tanto en el derecho público como en el derecho privado, con mayor alcance en aquél que en éste;

8º) en el derecho privado, el orden público es la regla, mientras que la autonomía de la voluntad privada y la aplicación extraterritorial de la ley extranjera aparecen como excepciones.

JUAN CARLOS GARIBOTTO

Documentos

EL OPUS DEI, PRELATURA PERSONAL

Doctrina, norma y vida

La decisión del Papa Juan Pablo II de erigir al Opus Dei en prelatura personal constituye un acontecimiento de la vida de la Iglesia Católica de innegable importancia, cuya significación invita a reflexionar, al filo de una serie de problemas, que inciden en el fondo de la actitud con que el Obispo de Roma afronta los problemas actuales relacionados con la aplicación de la doctrina del Concilio Vaticano II y la remodelación en curso de las estructuras eclesíásticas.

En efecto, cuando parece inminente la promulgación del nuevo Código de Derecho Canónico, el Papa decide aplicar una fórmula jurídica que había diseñado el Decreto del Vaticano II sobre el ministerio y vida de los presbíteros (nº 10) y cuyos perfiles jurídico-positivos determinó el Papa Pablo VI en el *motu proprio Ecclesiae Sanctae* (I, nº 4), de 6 de agosto de 1966. Esta solución jurídica —las prelaturas personales— no había sido aplicada todavía nunca, pese a que Pablo VI, en la Constitución Apostólica *Regimini Ecclesiae Universae* (nº 49, parág. 1, de 15 de agosto de 1967), había atribuido una específica competencia en la materia a la Congregación romana para los Obispos. Ahora se aplica, no mediante la constitución de un organigrama abstracto, que el tiempo diría si habría de llenarse o no de contenido; sino asumiendo, como base social de la nueva estructura jurisdiccional, a un fenómeno pastoral muy difundido y experimentado: el Opus Dei.

Esta Institución fue fundada el 2 de octubre de 1928 por el sacerdote español Josemaría Escrivá de Balaguer, fallecido el 26 de junio de 1975 y cuyo proceso de beatificación se está tramitando en Roma y en Madrid. La Obra por él fundada ha tenido una gran difusión: trabajan en ella más de 72.000 hombres y mujeres, casados o solteros, de las más diversas profesiones y clases sociales, de 87 distintas nacionalidades. De entre sus socios laicos, más de un millar han sido promovidos al sacerdocio y ejercen su ministerio distribuidos entre los cinco continentes.

Un equilibrio doctrinal

El Decreto del Vaticano II *Christus Dominus* profundizó en las bases doctrinales de las Iglesias locales o diócesis, impulsando su vitalidad y fortaleciendo su autonomía con respecto a Roma. Ello, sin embargo, no significaba la potenciación de una visión localista de la Iglesia, que renunciara al perfil eminentemente universal de los católicos romanos. De hecho el Concilio, en la Constitución *Lumen gentium*, había enseñado la colegialidad del Episcopado y la solicitud por toda la Iglesia universal de los que son cabezas de las Iglesias particulares.

Una posición análoga está en la base de la doctrina sobre los Presbíteros, grado del sacerdocio católico inmediatamente inferior a los Obispos. El Decreto *Christus Dominus* vio en el presbiterio —junto al Obispo y al pueblo— uno de los tres elementos fundamentales de la Iglesia particular; pero enseñó al mismo tiempo, en el Decreto sobre la vida y Ministerio de los presbíteros (nº 10) que el don que los sacerdotes reciben en la ordenación “los prepara, no para una misión limitada y estrecha, sino para una misión amplísima y universal *hasta los extremos de la tierra* (Act. 1.8.), pues cualquier ministerio sacerdotal participa de la misma amplitud universal de la misión que Cristo confió a los apóstoles”.

En este equilibrio ponderado entre la visión universal y la particular se entiende la creación por el Concilio de las Prelaturas personales. No son en rigor Iglesias particulares, pero pueden tener incardinados sacerdotes —y formar futuros candidatos al sacerdocio— específicamente destinados a tareas pastorales de ámbito supradiocesano.

La solución jurídica debe entenderse con una gran flexibilidad, que impide considerar como único y excluyente cualquiera de los múltiples objetivos pastorales a los que puede aplicarse.

Norma y vida

El hecho de que la Santa Sede haya escogido al Opus Dei como sustrato social de esta prelatura y haya nombrado a Mons. Alvaro del Portillo, hasta ahora Presidente general del Opus Dei, como el primer prelado personal de la Iglesia, no se explica sólo como una prueba de aprecio del Papa hacia esa benemérita institución apostólica. Significa a mi juicio también un deseo de superar una excesiva burocratización eclesiástica, originada por el proliferar de organizaciones católicas, tantas veces no enraizadas en un contacto vivo con el pueblo cristiano.

Las prelaturas personales pueden contar, según el *motu proprio Ecclesiae Sanctae*, con laicos que se comprometan a colaborar con ellas mediante contrato. En el presente caso, la nueva prelatura contará desde el comienzo con más de setenta mil personas, no insertadas en una sociología clerical; sino que realizan su apostolado en el tejido de la sociedad profana: abogados, ingenieros, campesinos, hombres del mundo del deporte y del espectáculo, obreros, amas de casa... Apóstoles en medio del mundo sin la menor sombra de deseo de constituirse en una jerarquía paralela, sino integrados en sus diócesis para la pastoral ordinaria y en la prelatura, que depende de la Santa Sede, para lo que se refiere a la formación doctrinal y ascética que hace posible su específico apostolado.

Se trata también de personas que se proponen esforzarse en la santificación del trabajo ordinario, de acuerdo con el espíritu que enseñó Mons. Escrivá de Balaguer, calificado por tantos finos observadores de la vitalidad eclesial —entre ellos el Cardenal Luciani, que sería Papa con el nombre de Juan Pablo I— como un precursor de la doctrina del Vaticano II sobre la vocación universal a la santidad.

Con la erección de esta prelatura personal, por tanto, el Papa Juan Pablo II no se limita sólo a alentar al Opus Dei para que siga adelante en su afán apostólico. Muestra también a la Iglesia entera la primacía del espíritu sobre cualquier otro aspecto de la vida cristiana. Cualquier esfuerzo de retorno a las fuentes, al genuino espíritu evangélico, tiene ante todo que basarse en una generosa respuesta a la invitación de Cristo a una plena unión con Dios por la oración y por el sacrificio.

PEDRO LOMBARDÍA
Presidente de la Asociación
Internacional para la promoción
del estudio del Derecho Canónico

DECLARACIÓN DE LA SAGRADA CONGREGACIÓN PARA OBISPOS

Las prelaturas personales, que el Concilio Vaticano II quiso que se constituyeran "para la realización de peculiares iniciativas pastorales" (*Presbyterorum ordinis*, 10, parág. 2), y que quedaron después jurídicamente reguladas en la legislación pontificia para la aplicación de los Decretos conciliares (cfr. *Motu proprio Ecclesiae Sanctae*, parte I, nº 4), son una prueba más de la sensibilidad con que la Iglesia responde a las peculiares necesidades pastorales y evangelizadoras de nuestro tiempo. Por eso, el acto pontificio mediante el cual el Opus Dei ha sido erigido como prelatura personal —con el nombre de prelatura de la Santa Cruz y del Opus Dei— mira directamente a favorecer la actividad apostólica de la Iglesia, pues hace que se traduzca en realidad práctica y operativa un nuevo instrumento pastoral, hasta ahora sólo previsto y deseado en el derecho, y lo realiza mediante una institución que ofrece probadas garantías doctrinales, disciplinares y de vigor apostólico.

Al mismo tiempo, este acto asegura al Opus Dei un ordenamiento eclesial plenamente adecuado a su carisma fundacional y a su realidad social y, a la vez que resuelve su problema institucional, perfecciona la armónica inserción de la

institución en la pastoral orgánica de la Iglesia universal y de las Iglesias locales, y hace todavía más eficaz su servicio.

Como se desprende de las normas con las que la Santa Sede regula las estructuras de la prelatura y su actividad, dentro del respeto debido a los legítimos derechos de los obispos diocesanos, las principales características de la prelatura que ha sido erigida son las siguientes:

I. Por lo que se refiere a su organización:

a) la prelatura del Opus Dei es de ámbito internacional; el prelado, que es su Ordinario propio, y sus consejos tienen la sede central en Roma;

b) el clero de la prelatura, que está incardinado a ella, proviene de los laicos incorporados a la misma: no se substraen a las Iglesias locales ningún candidato al sacerdocio, diácono o presbítero;

c) los laicos —hombres y mujeres, solteros o casados, de todas las profesiones y condiciones sociales— que se dedican al cumplimiento del fin apostólico propio de la prelatura asumiendo unos compromisos serios y cualifi-

cados, lo hacen mediante un vínculo contractual bien definido, y no en virtud de unos votos.

II. La prelatura del Opus Dei es una estructura jurisdiccional secular y, por lo tanto:

a) según las disposiciones del derecho general y del derecho propio de la prelatura, los clérigos incardinados a ésta pertenecen al clero secular a todos los efectos; por lo tanto, mantienen relaciones de estrecha unidad con los sacerdotes seculares de las Iglesias locales y, por lo que se refiere a la constitución de los consejos presbiterales, gozan de voz activa y pasiva;

b) los laicos incorporados a la prelatura no modifican su propia condición personal, teológica o canónica, de comunes fieles laicos, y como tales se comportan en toda su actuación y, concretamente, en su apostolado;

c) el espíritu y el fin del Opus Dei subrayan el valor santificante del trabajo profesional ordinario, es decir, el deber de santificarse en ese trabajo, de santificarlo y de transformarlo en instrumentos de apostolado; por eso, el trabajo y el apostolado de quienes pertenecen a la prelatura se desarrollan de ordinario en los ambientes y estructuras propios de la sociedad secular, teniendo en cuenta las normas generales que, para el apostolado de los laicos, den la Santa Sede o los obispos diocesanos;

d) por lo que se refiere a sus opciones en materia profesional, social, política, etc., los fieles laicos que pertenecen a la prelatura —dentro de los límites de la fe y de la moral católicas y de la disciplina de la Iglesia— gozan de la misma libertad que los demás católicos, conciudadanos suyos; por tanto, la prelatura no hace suyas las actividades profesionales, sociales, políticas, económicas, etc., de ninguno de sus miembros.

III. En cuanto a la potestad del prelado:

a) es una potestad ordinaria de régimen o de jurisdicción, circunscrita a lo que se refiere al fin específico de la prelatura, y difiere substancialmente, por su materia, de la jurisdicción que compete a los obispos diocesanos para la ordinaria cura pastoral de los fieles;

b) además del régimen del propio clero, lleva consigo la dirección general de la formación y de la atención espiritual y apostólica específica que reciben los laicos incorporados al Opus Dei, con vistas a una más intensa dedicación al servicio de la Iglesia;

c) juntamente con el derecho a incardinar a sus propios candidatos al sacerdocio, el prelado tiene el deber de cuidar de la formación específica de éstos en sus propios centros, de acuerdo con las normas establecidas por la Congregación competente, así como también de la vida espiritual y formación permanente de los sacerdotes que él haya promovido a las sagradas órdenes, e igualmente de su conveniente sustanciación y necesaria asistencia en caso de enfermedad, vejez, etc.;

d) los laicos están bajo la jurisdicción del prelado en lo que se refiere al cumplimiento de los compromisos peculiares —ascéticos, formativos y apostólicos— que asumen libremente por medio del vínculo de dedicación al fin propio de la prelatura.

IV. Por lo que se refiere a las disposiciones eclesiásticas territoriales y a los derechos legítimos de los Ordinarios del lugar:

a) de acuerdo con lo que establece el derecho, los miembros de la prelatura deben observar las normas territoriales que se refieren tanto a las prescripciones generales de carácter doctrinal,

litúrgico y pastoral, como a las leyes de orden público y, en el caso de los sacerdotes, también la disciplina general del clero;

b) los sacerdotes de la prelatura deben obtener licencias ministeriales de la autoridad territorial competente, para ejercer su ministerio con personas que no pertenecen al Opus Dei.

c) los laicos incorporados a la prelatura del Opus Dei siguen siendo fieles de aquellas diócesis en las que tienen su domicilio o cuasi-domicilio y, por tanto, quedan bajo la jurisdicción del obispo diocesano en aquello que el derecho determina respecto de todos los simples fieles en general.

V. También por lo que se refiere a la coordinación pastoral con los Ordinarios del lugar y a la fructuosa inserción de la prelatura del Opus Dei en las Iglesias locales, se establece que:

a) para la erección de cada centro de la prelatura, se requiere siempre la venia previa del obispo diocesano competente, que tiene además derecho de visitar *ad normam iuris* esos centros, sobre la actividad de los cuales es informado con regularidad;

b) respecto de las parroquias, iglesias rectorales u otras iglesias, así como también respecto de otros oficios eclesiásticos que el Ordinario del lugar pueda encomendar a la prelatura o a los sacerdotes incardinados en la misma, se estipulará en cada caso una convención entre dicho Ordinario del lugar y el prelado del Opus Dei o sus vicarios;

c) en todas las naciones, la prelatura tendrá regulares contactos con el Presidente y con los organismos de la Conferencia Episcopal, y frecuentemente con los obispos de aquellas diócesis en las que se encuentre establecida.

VI. Está unida de modo inseparable a la prelatura la Sociedad Sacerdotal de la Santa Cruz, asociación a la que pueden pertenecer sacerdotes del clero diocesano que deseen buscar la santidad en el ejercicio de su ministerio, de acuerdo con la espiritualidad y la ascética del Opus Dei. En virtud de esta adscripción, esos sacerdotes no pasan a formar parte del clero de la prelatura, sino que quedan a todos los efectos bajo el régimen de su propio Ordinario, al que, si lo desea, informarán de tal adscripción.

VII. La prelatura depende de la Sagrada Congregación para los Obispos (cfr. *Regimini Ecclesiae universae*, n° 49, parág. 1) y, del mismo modo que las demás jurisdicciones autónomas, tiene capacidad de tratar las distintas cuestiones con los dicasterios competentes de la Santa Sede, según lo exija la materia en cada caso.

VIII. A través de la Sagrada Congregación para los Obispos, el prelado presentará cada quinquenio al Romano Pontífice una relación detallada, tanto desde el punto de vista pastoral como jurídico, sobre el estado de la prelatura y el desarrollo de su apostolado específico.

El Sumo Pontífice Juan Pablo por la divina Providencia Papa II, en la audiencia concedida al infrascripto Prefecto de la Sagrada Congregación para los Obispos el día 5 de agosto de 1982, aprobó, confirmó y mandó publicar esta Declaración sobre la erección de la prelatura de la Santa Cruz y del Opus Dei.

Roma, Sagrada Congregación para los Obispos, 23 de agosto de 1982.

Cardenal Sebastiano Baggio, *Prefecto*. Lucas Moreira Nieves, o. p., *Secretario*.

Notas Bibliográficas

"RECURSOS EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES", por Vicente Enrique Tarsia, Buenos Aires, La Ley, 1982, 188 pp.

Se ha dicho que el proceso judicial constituye el camino que las partes deben recorrer y el cauce donde habrían de argumentar sobre sus pretensiones y fundamentos fácticos y jurídicos ante el juez, orientándose todo ese accionar procesal a la producción del *dictum* jurisdiccional.

Para arribar metódica y ordenadamente a aquel objetivo existe una regulación, normativamente establecida para cada situación e instancia judicial, que posibilita que el conflicto acceda el respectivo nivel de decisión donde tendrá lugar la revisión de las resoluciones judiciales, llegadas a tal estado por medio de esas verdaderas "llaves" que son los recursos.

Este aparato recursivo estructura y categoriza diversas modalidades según sea la competencia territorial, la materia u otra especificación que cupiere, determinándose así las hipótesis en que una resolución puede ser sometida a consideración del *a quo* o del *ad quem*.

No obstante, la conceptualización e interpretación de los distintos supuestos en que es viable recurrir una resolución ha suscitado no pocas dificultades en la praxis judicial cotidiana.

Precisamente, a esclarecer, "disipar dudas", y especialmente, a divulgar el criterio de los tribunales de la provincia de Buenos Aires, está destinada la obra del doctor Vicente Enrique Tarsia —Magistrado de larga y reconocida trayectoria en el Departamento Judicial de Mercedes— cuyo aporte más significativo esté quizás dado por el "tono pretoriano" patentizado en la exposición

y análisis de los temas, destacándose como característica principal su contenido experimental, y llevando como propósito el conocimiento de la interpretación y el alcance asignado por la jurisprudencia a las normas que rigen el proceso civil de la provincia de Buenos Aires en lo concerniente a la materia recursiva.

Con ese objetivo, el libro aborda el análisis de los recursos, respetando el orden temático marcado por la ley ritual civil provincial facilitando de ese modo su interpretación y correlación con los demás institutos procesales conexos al tema principal.

Introduce asimismo el autor interesantes datos recogidos en el diario laboreo judicial así como la doctrina judicial de la Corte y de los distintos Tribunales de la provincia de Buenos Aires. El contenido de la obra se enriquece con la inclusión, al comienzo de cada capítulo, de un índice bibliográfico del tema tratado.

Desfilan así, sucesivamente, los recursos de aclaratoria, reposición o revocatoria, apelación, nulidad, queja, inaplicabilidad de ley y queja por denegación del anterior, extraordinario de nulidad e inconstitucionalidad, incluyéndose en la nómina al extraordinario federal en punto a la mecánica de su correcta interposición.

La importancia de la materia tratada y la prolijidad del desarrollo hacen que este libro preste un importante servicio en la diaria tarea del juez y del abogado, y sea un útil instrumento para el estudio de los recursos en su interpretación doctrinaria y jurisprudencial como guía de consulta cuando se procura hallar la mejor solución para el caso infrecuente o controvertido.

CARLOS ALBERTO MAHIQUES