

PRUDENTIA IURIS



PRUDENTIA IURIS

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

Noviembre 1995

AUTORIDADES DE LA FACULTAD:

Decano:

Dr. ALFREDO DI PIETRO

CONSEJO DIRECTIVO

Por los Directores de Instituto, Departamentos y Cursos de Doctorados:

Dr. FRANCISCO ARIAS PELERANO y Dr. JUSTO LOPEZ

Suplente:

Dr. SANTIAGO M. SINOPOLI

Por los profesores titulares:

Dr. ALFREDO BATTAGLIA, Dr. HUGO R. CARCAVALLO,

Dr. JOAQUIN R. LEDESMA

Suplentes:

Dr. OSCAR AMEAL, Dr. JOSE OCTAVIO CLARIA,

Dr. JULIO M. OJEA QUINTANA

Por los profesores protitulares y adjuntos:

Dr. ERNESTO B. POLOTTO

Suplente:

Dr. NESTOR ALBERTO RAIMUNDO

Secretario Académico:

Dr. OSVALDO ONOFRE ALVAREZ

AUTORIDADES DE LA REVISTA:

Director:

Dr. ALFREDO DI PIETRO

Secretario de Redacción:

Dr. SANTIAGO M. SINOPOLI

Junta Asesora:

Monseñor Dr. NESTOR D. VILLA, Dr. HUGO R. CARCAVALLO,

Dr. JUSTO LOPEZ, Dr. JOAQUIN RAFAEL LEDESMA,

Dr. NESTOR P. SAGÜES, Dr. JOSE O. CLARIA,

Dr. GERARDO DONATO, Dr. CARLOS STORNI

PRUDENTIA IURIS

NUMERO XL

NOVIEMBRE 1995

SUMARIO

<i>El Estado de la Ciudad del Vaticano y la Santa Sede: a cuál de ellos debe atribuirse subjetividad internacional. Sus relaciones entre sí y con la República Argentina.</i> Jorge Omar Ireba	7
<i>Acerca de la ética de la abogacía.</i> Siro M. A. De Martini	63
<i>Contrato de locación de vientre.</i> Dora Rocío Laplacette	75
<i>La conducta incriminada.</i> Alberto Carlos Battaglia	105
<i>Presentación del "Curso de Derecho Constitucional".</i> Carlos M. Bidegain	117
<i>El conflicto social.</i> Licenciado Omar Cirigliano	129
<i>Teoría del Estado y Constitución Jurídica.</i> (En la obra filosófica de A. E. Sampay). José Ricardo Pierpauli	137
NOTAS BIBLIOGRÁFICAS	
Arnaudo, Florencio José: <i>Principales tesis liberales.</i> — Bs. As. Pleamar, 1994, 168 págs.	151
Pajardi, Piero: <i>Il processo di Gesù.</i> — Milano, giuffré, 1994, 143 págs.	154

Reg. Nac. de la Prop. Intelectual N° 83289.
Queda hecho el depósito que marca la ley.



EL ESTADO DE LA CIUDAD DEL VATICANO Y LA SANTA SEDE: A CUAL DE ELLOS DEBE ATRIBUIRSE SUBJETIVIDAD INTERNACIONAL. SUS RELACIONES ENTRE SÍ Y CON LA REPUBLICA ARGENTINA

JORGE OMAR IREBA¹

INTRODUCCIÓN

He elegido como tema de este trabajo “El Estado de la Ciudad del Vaticano y la Santa Sede: a cual de ellas debe atribuirse subjetividad internacional. Sus relaciones entre sí y con la R. Argentina”, pues es una realidad jurídica a la que no siempre se la evalúa correctamente, confundiendo términos y funciones.

Siempre ha sido grande, pero hoy aún más, dado el protagonismo en el ámbito internacional el actual Pontífice, Juan Pablo II, que mantiene, la importancia de la Sede de Pedro en el desarrollo integral de la persona humana, en el mantenimiento de la paz internacional y en el desarrollo cotidiano de las relaciones internacionales.

Poco podría entenderse de la actual estructura del tema que nos ocupa sin dar noticias de los orígenes y características, aun físicas, del Estado de la Ciudad del Vaticano, su particular relación con la Santa Sede, la Iglesia Católica y la figura física del Papa.

Tratamos sobre la Diplomacia Pontificia y la legislación que la conforma para pasar finalmente a las relaciones actualmente existentes con la República Argentina con una especial referencia al caso italiano, objeto en tiempos recientes, de una interesante reforma del Concordato que ordena y rige su relación con la Santa Sede. Este caso es particularmente importante por ser Italia el país que acoge en su territorio este pequeño pero importantísimo Estado.

ORIGEN Y CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO DE LA CIUDAD DEL VATICANO (SCV)

El Estado de la Ciudad del Vaticano (SCV) nace el 11 de febrero de 1929

¹ Docente de Derecho Internacional Público, diplomático del Servicio Exterior de la Nación

con la firma de los PACTOS LATERANENSES como solución de la denominada “questione romana” originada el 20 de setiembre de 1870 con la entrada de las tropas italianas en el territorio del Estado Pontificio. Con el término “questione romana”, debemos entender, pues, toda la complejidad del problema al que da lugar la caída del Estado Pontificio y la consiguiente desaparición del PODER TEMPORAL. Toda esta problemática puede resumirse en la siguiente pregunta: ¿cómo podía el naciente Estado Italiano garantizar, adecuadamente, la ulterior independencia y libertad de una institución universal, como era la Santa Sede, que había perdido, por efecto de los acontecimientos históricos de 1870 arriba mencionados, su propia soberanía política?

Cabe mencionar que en el año en cuestión, pertenecían al Estado Pontificio —nacido de la pseudo donación de Pipino— sólo la antigua provincia romana y la provincia de Viterbo.

Algunas de las instrucciones del Ministro italiano LANZA al conde de LONZA di San Martino, comandante de las tropas italianas de ocupación, de fecha 8 de setiembre de 1870, muestran que no era intención del naciente Estado Italiano, ocupar todo el territorio del Estado Pontificio (se tenía el propósito de excluir de la ocupación la denominada Ciudad Leonina o Vaticano) queriendo así evitar la llamada “*debellatio totalis*”.

Tal intención resulta evidente a través de una circular que el Ministro italiano de Relaciones Exteriores, VISCONTI VENOSTA, enviara con fecha del 18 de octubre de 1871 a los Representantes Italianos destacados en el exterior.

Esa comunicación se hacía a los fines de tranquilizar a las demás potencias sobre el hecho de que la conquista militar de Roma por parte de las tropas italianas, en la conciencia del gobierno italiano no debía molestar mínimamente el gobierno de la Iglesia.

En la circular, entre otras cosas, se declara que Italia se compromete a conservar, con respecto al Sumo Pontífice, las prerrogativas personales de soberanía, inmunidad, preeminencia sobre los soberanos católicos, la extraterritorialidad de los lugares de residencia y aseguraba la libertad de comunicación entre el Pontífice y los otros Estados.

Todas las Naciones a las cuales fue enviada la comunicación dieron muestra de aprecio por la iniciativa del Gobierno italiano; únicamente Prusia declaró su total indiferencia ante esta situación.

Confirmación de todo esto es el hecho que, aun después del 20 de setiembre de 1870, la “Citta Leonina” no fue ocupada por las tropas de invasión. No obstante este territorio fue igualmente anexado al del naciente Estado Italiano con plebiscito del 20 de octubre de 1870 al cual fueron llamados a participar, por medio del decreto ley Nro. 5803 del 8 de setiembre del mismo año, también los habitantes del “borgo” (zona de barrios vaticanos

que recibía esa denominación). El primero de los intentos —inmediatamente fracasado— para resolver jurídicamente la cuestión romana en lo referente a la relación entre Estado Italiano y la Iglesia Católica se plasma en la Ley 214 del 13 de mayo de 1871 (llamada de Guarentigie o de garantías), la cual comprendía dos títulos, a saber:

A) **PRERROGATIVAS** del Sumo Pontífice y de la Santa Sede: contiene un conjunto de normas constituyentes; un verdadero *jus singulare* que tutela la figura del Sumo Pontífice como jefe de la Iglesia Católica, y de los dicasterios centrales de la Curia Romana.

B) **RELACIONES** entre el Estado y la Iglesia. Rige las diversas formas de aplicación del principio fundamental de la separación entre Estado e Iglesia. El Estado Italiano había convenido ajustar su conducta en materia eclesiástica a las normas emanadas de la Iglesia, no obstante la separación anteriormente citada. El título I, importante por todo el arreglo de tipo jurídico posterior, partía del presupuesto de la cesación como ente del antiguo Estado Pontificio por efectos de la ocupación de dicho Estado.

Consecuentemente la Soberanía Pontificia sobre los territorios anexados quedaba bajo la autoridad del Rey de Italia. Esto es así pues, según el Derecho Internacional, Italia había adquirido, bajo la forma de *debellatio ipso jure* los elementos sustanciales, (territorio y población) y, por lo tanto, había sustituido completamente la soberanía hasta ese momento ejercitada por el Papa.

C) LA SOBERANÍA

La base de la soberanía en el Estado de la Ciudad del Vaticano es el Tratado del Laterano, en tanto que la fuente interna más importante es la ley fundamental Nro. 1 del 7 de junio de 1929.

En base al artículo 1 de esta ley, el Sumo Pontífice, soberano del Estado de la Ciudad del Vaticano, tiene la plenitud de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

Durante el período de sede vacante (se verifica fundamentalmente cuando muere el Papa), estos poderes pasan al Sacro Colegio Cardenalicio que podrá emanar disposiciones legislativas sólo en caso de urgencia y con efecto limitado al estado de sede vacante (interregno), salvo que fueran confirmadas por el Sumo Pontífice posteriormente elegido.

La numeración será siempre a partir del número 1, sea al inicio de cada pontificado como al comenzar un período de vacancia.

La Constitución del SCV no sólo es jerárquica sino también absoluta, si bien del tipo electivo. Los poderes son ejercidos directamente por parte del Papa personalmente; en algunos casos el Pontífice delega en otros órganos de la Curia.

Hasta Papa Pablo VI cada una de las leyes debía ser firmada sólo y exclusivamente por el Santo Padre. El es quien nombra a los altos funcionarios del Estado Vaticano y ratifica las convenciones y tratados internacionales.

LA LEY DE GARANTÍAS EN SUS PUNTOS FUNDAMENTALES

A) Establece que la figura del Romano Pontífice es sagrada e inviolable (asimilándola a la persona del rey), Art. 1-2.

B) Atribuye al Papa en territorio italiano honores militares y de soberano y el derecho de contar con un cuerpo armado (Art. 3).

C) Concede la facultad de legación activa y pasiva con la garantía de la inmunidad reconocida a las sedes diplomáticas. El término real usado fue el de enviados, por motivos obvios de soberanía perdida; no obstante el tratamiento fue de verdaderos representantes (activos y pasivos) conforme a las normas de Derecho Internacional.

D) Atribuía la facultad de libre correspondencia de todo el Episcopado y de todo el mundo católico con la Santa Sede.

E) Reconocía el derecho de usufructo de los palacios apostólicos, partiendo, no obstante, del presupuesto que la propiedad de los mismos era italiana (Art. 5).

F) Prohibía a los agentes públicos italianos introducirse en el recinto vaticano si no hubieran sido llamados, como asimismo revisar o secuestrar documentos pertenecientes a las congregaciones (oficinas) pontificias (Arts. 7 y 8).

G) Establecía que los entes de seminario y destinados a la cultura permanecía bajo la tutela de la Iglesia, sin ingerencia del Estado Italiano.

Durante este período histórico se verifica el hecho de que, no obstante que la “questione romana” no se había resuelto definitivamente (en verdad la Santa Sede rechazaba la Ley de Garantías), la Santa Sede continuaba siendo considerada como sujeto de Derecho Internacional.

Algunos ejemplos de esto son los casos siguientes:

a) Continuó otorgando pasaportes (inclusive diplomáticos, regularmente admitidos y visados por el Reino de Italia).

b) Confirió títulos de nobleza, (la llamada nobleza negra o papalina por comparación con la de sangre real) los cuales fueron reconocidos.

Por otra parte, podemos enumerar algunos episodios indicativos de la voluntad de los Sumos Pontífices de considerarse “prisioneros” de otro Estado, como era el Italiano el cual “manu militari” había ocupado el propio territorio.

Casos que avalan la actitud mencionada anteriormente:

— Los Papas León XIII y Pío X hicieron testamento conforme a la Ley Italiana y la muerte de ambos fue denunciada e inscrita en el Registro Civil Italiano.

— En el año 1903, a raíz de un incendio dentro de los muros vaticanos, fueron convocados los bomberos italianos para extinguirlo.

En lo concerniente a las consecuencias derivadas de los hechos del 20 de setiembre de 1870 que analizamos, es decir, la entrada y la toma de posesión de la Ciudad de Roma por parte de los “bersaglieri”, son dos las teorías:

1) Teoría afirmativa sobre la “*debellatio totalis*” (ocupación): el Estado Pontificio cesa su existencia por la pérdida del territorio y de la población. No existieron acuerdos que pudieran poner fin a este estado de cosas y, aun cuando la intención italiana no fue la de ocupar todo el territorio del antiguo Estado Pontificio, dicha ocupación se verificó en términos generales.

2) Teoría negativa sobre la “*debellatio totalis*”: sostiene que, a los fines de lograr el objetivo deseado de unificar Italia, era necesaria sólo una *debellatio* jurídica.

De cualquier manera es interesante recordar que, desde la ocupación de Roma hasta el momento de la firma de los Pactos Lateranenses, (un lapso de 60 años aproximadamente), la personalidad jurídica internacional de la Santa Sede fue siempre reconocida por todos los Estados, aun aquellos no católicos: este hecho demuestra claramente la separación de la Santa Sede como órgano de gobierno de la Iglesia Universal y la soberanía territorial hasta aquel momento existente.

Características del SCV

Presenta una vasta gama de características, por lo cual la doctrina está dividida sobre si el SCV posee *status* de un Estado Pleno. Según la teoría general del derecho, para que un estado exista en verdad deben concurrir tres elementos claves que son:

- El territorio
- La población
- La soberanía (gobierno)

Ciertamente el Estado de la Ciudad del Vaticano, desde sus albores, ha poseído las mencionadas condiciones. Pero fue sobre todo con Pío XI que se contribuyó a incrementar y afianzar estos caracteres que configuran un Estado.

Analizaremos ahora en forma individual los tres elementos:

a) **El territorio**

La extensión territorial del SCV es de 44 Ha., muradas dentro de la ciudad de Roma (ver mapa adjunto). Al oeste, sur y norte los confines coinciden con las murallas construidas a lo largo de los siglos por distintos pontífices. En la plaza de San Pedro, la línea fronteriza está colocada donde concluyen las columnas de Bernini (líneas blancas).

El Estado Vaticano tiene forma de un trapecio con su lado más grande hacia el sur; el ancho máximo Oeste-Este supera en poco el kilómetro y el largo es aún inferior. La altura máxima del mini-estado es de 70 mts. sobre el nivel del mar.

Un tercio del territorio está ocupado por los palacios apostólicos y otros edificios y un tercio por patios y jardines.

Fuera de este territorio, hay otros territorios con el beneficio de la extraterritorialidad, exentos del pago de tasas y expropiación, pero que no son parte del territorio principal apenas descrito, sino que gozan de status diplomático.

Del concepto de territorio debe distinguirse todo aquello que es propiedad privada de la Santa Sede.

El actual territorio del Vaticano es el mismo —salvo el espacio de la Plaza de San Pedro— que la Ley de Garantías atribuía a la Santa Sede, con la importante variación de que, mientras que en la mencionada ley se hablaba sólo de usufructo, en el Tratado del Laterano se reconoce la plena y exclusiva propiedad.

Con respecto al tema territorial que estamos tratando, podemos observar algunas anomalías.

a) se encuentra emplazado dentro de la capital de otro Estado.

b) la naturaleza privatística del Estado: el territorio aparece como propiedad privada de la Santa Sede.

Este territorio fue creado sobre todo para asegurar a la Santa Sede la absoluta y visible independencia, garantizarle una soberanía indiscutible en el campo internacional y es por esto que se reconoce a la Santa Sede “la plena propiedad y la exclusiva y absoluta potestad y jurisdicción soberana” (Del preámbulo y Art. 3 del Tratado de Letrán).

c) la absoluta indisponibilidad del territorio: no existe en SCV otra propiedad privada que la de la Santa Sede.

d) el territorio es un elemento primario del Estado, en tanto que la población es un elemento secundario: el todo está en función de la soberanía. El Estado se creó para asegurar a la Santa Sede la más absoluta soberanía en el campo internacional.

b) La población

Esta materia fue regulada inicialmente en los Arts. 9 y 21 del Tratado Lateranense, y en la Ley Nro. 3 de Pío XI del 7 de junio de 1929. De esto surge que la ciudadanía vaticana se encuentra regulada y sujeta al ordenamiento internacional.

Como regla general se puede afirmar que la ciudadanía vaticana se adquiere con la residencia estable, unida a la función o cargo que se desempeñe. Las excepciones están constituidas por el hecho de poseer sólo la residencia, bajo autorización del Papa; o el ejercicio de sólo el cargo sin residencia, como es el ejemplo de los cardenales de Curia no residentes.

Si estas condiciones no se dan, la ciudadanía se pierde sin más. Esta pérdida puede tomar los caracteres de:

— Voluntaria: por renuncia a la residencia o al cargo.

— Impuesta por la ley: cuando no se verifiquen ya los presupuestos normativos.

— Sancionada por la autoridad: caso de revocación del cargo o función asignada.

Pueden por lo tanto ser ciudadanos vaticanos:

a) Los Cardenales residentes en la Ciudad del Vaticano, en Roma.

b) Los que residen habitualmente en la Ciudad del Vaticano por razones de dignidad, cargo o empleo cuando tal residencia sea prescripta por la ley o por los reglamentos, o sea autorizada por el Sumo Pontífice o, bajo su autorización, por el Secretario de Estado.

c) Aquellos que independientemente de los incisos a y b sean autorizados directamente por el Papa para que residan en el territorio.

d) Hijos, ascendientes, hermanos y hermanas del ciudadano, con tal que cumplan con el requisito de la co-habitación.

La ciudadanía vaticana NO se pierde por residir temporalmente en otro lugar. Si se llegara a perder la ciudadanía vaticana, se recupera la precedente ciudadanía. Igualmente se adquiere la ciudadanía italiana si la persona no pudiera tomar nuevamente su ciudadanía de origen.

A la luz de la teoría general del Derecho podemos ver algunas particularidades con respecto a la ciudadanía vaticana:

a) la adquisición, pérdida o conservación de la ciudadanía se funda en la residencia estable y funcional y no el “ius sanguinis” o en el “ius solis”. Esto es así por la falta de stirpe o raza, que normalmente constituye el vínculo nacional.

b) normalmente la ciudadanía es un *status* que sigue a la persona desde el nacimiento y lo acompaña hasta su muerte. La ciudadanía en cuestión se presenta con carácter inestable, precario: depende de un acto de voluntad, se conserva temporalmente y por varias razones (ya enumeradas), puede perderse. Resulta ser casi una situación jurídica que se agrega a la persona.

c) peculiar es la misma posición frente al derecho de los mismos ciudadanos vaticanos, que existen sólo para la administración del territorio y al servicio del Estado, mientras debería ser al contrario: el Estado al servicio de la comunidad.

Los ciudadanos respecto al territorio son un elemento meramente accesorio, secundario y al servicio de la soberanía.

c) Gobierno

Desde la Constitución del Estado de la Ciudad del Vaticano hasta hoy, podemos distinguir tres etapas en las que han articulado el ejercicio o la representación de los poderes.

1) **Fase institucional**, es decir la fase de la concreta estructura constitucional como fue ideada por Pío XI y puesta en práctica por sus colaboradores jurídicos. Es una fase que dura hasta 1939 cuando Pío XII instituyó la Comisión Pontificia Cardenalicia para el Estado de la Ciudad del Vaticano (Cfr. Leyes fundamentales N.1 y 4 del 7 de junio de 1929).

a) El gobernador: es nombrado y revocado por el Sumo Pontífice ante el cual es exclusivamente responsable *ex lege*, le es delegado normalmente el ejercicio del Poder Ejecutivo, salvo algunos actos reservados explícitamente al Sumo Pontífice.

Tiene como competencia dictar ordenanzas para la actuación de las leyes, después de haber escuchado la opinión del Consejero General del Estado; no tiene sin embargo la facultad de derogar las leyes o de eximir del cumplimiento de las mismas. Bajo su dependencia directa está el jefe de la Gendarmería Pontificia.

b) El Consejero General del Estado: Es el órgano consultivo del Estado de la Ciudad del Vaticano, es nombrado y removido por el Sumo Pontífice, no tiene la obligación de ser ciudadano del Estado y no pertenece a la categoría de los funcionarios, teniendo sólo una función consultiva.

Debe pronunciarse cada vez que le sea pedido por ley, o por el Gobernador o por el Sumo Pontífice.

c) Organos Jurisdiccionales: Su estructura es del 1 de noviembre de 1946. El Estado institucional, en cambio, está estructurado en los artículos 9-10 y siguientes de la Ley Fundamental N. 1 del 7-6-1929. Sin embargo, son los órganos que hasta hoy han tenido menos variaciones.

2) **Fase intermedia:** Fase en la cual se nota cierta confusión jurídica y que dura hasta la Ley Nro. 51 de Pablo VI del 24 de junio de 1969 sobre el Gobierno del Estado de la Ciudad del Vaticano.

El 20 de marzo de 1939, Pío XII creó la Pontificia Comisión Cardenalicia para el Estado de la Ciudad del Vaticano, no por ley sino mediante simples comunicaciones al Gobernador a través de una esquila de la Secretaría de Estado, publicada por el periódico vaticano "L'Osservatore Romano".

Prácticamente la norma de la ley fundamental ha permanecido invariable, pero desde aquella fecha la mayoría de las normas legislativas son elaboradas por esta Pontificia Comisión Cardenalicia.

El acta constitutiva de esta Comisión no fue promulgada jamás, a pesar que el Art. 2 de la Ley Fundamental Nro. 2 sobre fuentes del derecho hablen explícitamente de la promulgación de las leyes.

Esto es tanto más grave si se considera que se ha tratado de la creación de un órgano institucional. En cambio Pablo VI con la Ley N. 51 del 24/06/1969 dio un fundamento jurídico a la Comisión Cardenalicia arriba mencionada.

3) **Fase de Consolidación:** Es la fase de consolidación del orden constitucional del Estado de la Ciudad del Vaticano ante la citada ley de Pablo VI. Revisten importancia los primeros cuatro artículos: sin citar lo realizado por Pío XII, Pablo VI crea una norma sobre el gobierno del Estado de la Ciudad del Vaticano confiando a una comisión cardenalicia (no ya pontificia) las funciones de gobierno, con excepción de aquellas reservadas al Papa. Tal Comisión es presidida normalmente por el Cardenal Secretario de Estado.

El Poder Ejecutivo en el Estado de la Ciudad del Vaticano

No es fácil determinar cuales sean los órganos del Estado de la Ciudad del Vaticano distintos de aquellos de la Santa Sede, a los cuales se delega la ejecución.

Los criterios de determinación pueden ser muy distintos, dado que falta una norma específica del legislador vaticano. Es posible enumerar algunos:

a) Ley Nro. 51 del 24 de junio de 1969, Art. 5 sobre la repartición de las gobernaciones en ocho direcciones y una secretaría general. Esta ley fue modificada parcialmente por la ley Nro. 87 del 28 de noviembre de 1972. Los entes mencionados en dicho artículo 5 en parte tienen una normativa propia, en parte no, pero para todos se aplica el reglamento general para personal del Estado de la Ciudad del Vaticano emanado con la ley 52 del 1º de julio de 1969.

b) Voz Estado de la Ciudad del Vaticano en el anuario pontificio (SCV).

c) La administración palatina: algunos de estos entes carecen de reglamento propio.

d) La promulgación de una norma en el suplemento AAS, constituye un indicio bastante seguro para establecer si se trata de una disposición referente al Estado de la Ciudad del Vaticano. Mientras para la promulgación de leyes en sentido estricto se sigue el criterio de la publicación en el suplemento, no sucede lo mismo con la promulgación de las disposiciones de la Comisión Cardenalicia.

En relación con este punto, se señalan las interferencias existentes entre el ordenamiento canónico y el ordenamiento vaticano que, por otra parte no asombran dado que el *Codex Iuris Canonici* es la fuente principal del **jus Civitatis vaticanae**. Sin embargo algunas de ellas revisten importancia;

a) La Curia Romana: muchas disposiciones, si bien se refieren a la Curia Romana y a sus ministerios son también válidas para el Estado de la Ciudad del Vaticano. Se crea, con tal finalidad, una situación de reenvío (Cfr. “Regimini Ecclesiae Universae” = REU). El reglamento general de la Curia vale en gran parte también para los dependientes del Estado Vaticano.

b) La doble función de los representantes pontificios: ellos representan al Pontífice ante los fieles católicos y ante los gobiernos, desarrollando al mismo tiempo una función pastoral y política.

c) La Casa Pontificia: hay interferencia entre las funciones que tiene la Capilla Pontificia y la Familia Pontificia: a la primera concierne exclusivamente la función litúrgica y no tiene en cuenta el Estado de la Ciudad del Vaticano, a la segunda en cambio concierne el ceremonial y la representación.

El Sistema Judicial del Estado de la Ciudad del Vaticano

Desde el 1 de junio de 1946 existe una disposición que prevé estos órganos a los que se delega el Poder Judicial:

1) El juez único: Debe ser ciudadano vaticano, con residencia en el Estado de la Ciudad del Vaticano. Conoce aquellas materias cuya competencia le es atribuida por la legislación civil y penal. Tiene paridad de grado con los jueces de los tribunales de 1ª instancia.

2) Tribunal de primera instancia: Está compuesto por el presidente y tres jueces. Es juez de apelación respecto a las decisiones del juez único.

Su composición varía según se trate de juicios concernientes al foro laico (por ejemplo: el juicio a un dependiente del Vaticano), las causas civiles de índole patrimonial o económica de competencia del tribunal eclesiástico (por ejemplo un sacerdote tiene un juicio de carácter civil) u otros juicios de competencia del tribunal exclusivamente eclesiástico (por ejemplo el juicio de un sacerdote, previsto solamente por el Derecho Canónico).

3) La Corte de Apelación: Formada por el Decano de la Rota en calidad de presidente y de otros auditores designados por el presidente al comienzo del año.

Como nace una Ley en el Estado de la Ciudad del Vaticano

A veces se puede presentar la exigencia de reglamentar una situación nueva (el problema de la maternidad en el campo del trabajo después de ingresar las mujeres a éste).

Pero una ley puede ser también dictada por exigencias internacionales (como el caso de adhesiones a una convención internacional) o de la simple voluntad del Pontífice (por ejemplo el caso de la disolución de los Guardias Nobles de la Gendarmería).

Pasos:

A) Generalmente es el secretario de la oficina legal quien prepara el proyecto de la ley.

B) Es discutida después por la Comisión Cardenalicia.

C) Finalmente se somete a la opinión de la Secretaría de Estado para que exprese su parecer. Se convierte en ley después de la aprobación por parte del Sumo Pontífice.

La publicación de las leyes se hace en el suplemento AAS, excepto que por la ley se disponga una forma distinta de publicación. Estas leyes y los reglamentos, entran en vigor el séptimo día de su publicación, salvo que por la naturaleza del objeto, no deban entrar en vigor inmediatamente, o en la misma ley o reglamento no sea expresamente establecido un término mayor o menor.

El sistema de las fuentes

(Cfr Ley N.2 sobre las fuentes del derecho del 7 de junio 1929)

En esta ley se habla de fuentes principales, catalogándolas como a continuación se detalla:

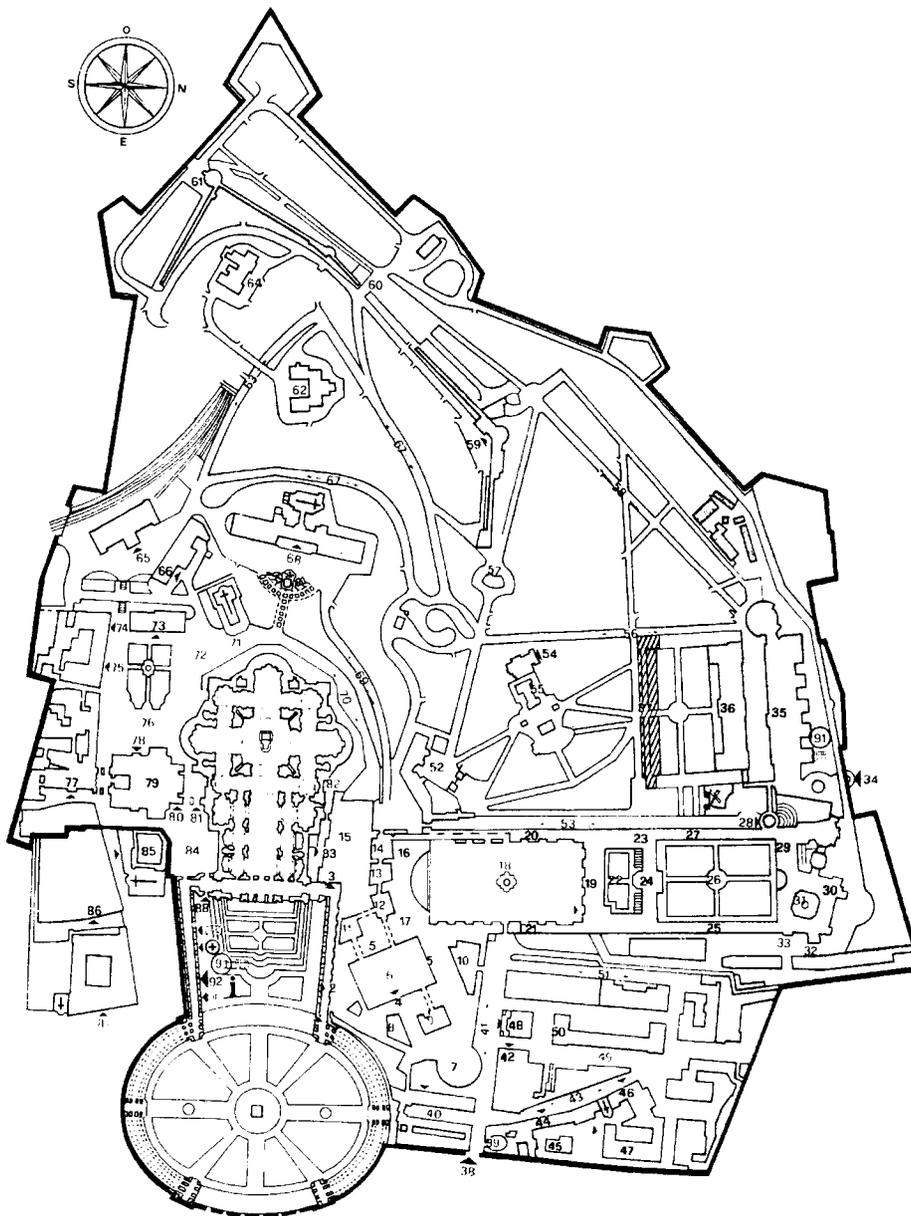
1 — CIC (Codex) y Constituciones Apostólicas.

2 — Las Leyes emanadas para la Ciudad del Vaticano por el Sumo Pontífice o por otra autoridad por él delegada, como también los reglamentos legítimamente emanados de la autoridad competente.

Llama la atención esta enunciación dado que se pone, en primer lugar, como fuente principal del derecho de un Estado un ordenamiento jurídico distinto. Con mayor claridad se puede hacer el siguiente escala:

1 — Las leyes emanadas para la Ciudad del Vaticano...

PIANTINA TOPOGRAFICA DELLA CITTA' DEL VATICANO



2 — Todo el ordenamiento canónico, por consiguiente no sólo el CIC y las Constituciones Apostólicas.

El Art. 3 se refiere, en cambio, a las fuentes secundarias.

Debe tratarse de materias a las cuales no se refieran las fuentes principales, pero no siempre es fácil determinar cuándo una materia está regulada por el Derecho Canónico y cuándo por Leyes Vaticanas, y por lo tanto se pueden crear interferencias.

En línea general se puede decir que también cuando un instituto está previsto en las fuentes principales, pero no reglamentado en todos sus aspectos, habrá que recurrir a las fuentes secundarias. Es válida por lo tanto, la regla del caso por caso. Se aplicarán, por tanto, estas fuentes secundarias:

- a) Hasta que la materia no se haya regulado con leyes propias;
- b) si no resultan contrarias a los principios de Derecho Divino;
- c) y a los principios generales del Derecho Canónico.
- d) siempre que las leyes no sean contrarias al Tratado y al Concordato.

e) Límite temporal: Las leyes emanadas del Reino de Italia hasta el 8 de junio de 1929, los Reglamentos Generales y los locales de la Provincia y de la Gobernación de Roma.

Además de estos límites explícitamente mencionados se puede agregar otro evidenciado de la lógica jurídica: que las normas contenidas en las fuentes secundarias no se opongan a aquellas contenidas en las fuentes principales.

Las distintas funciones del Estado de la Ciudad del Vaticano y de la Santa Sede

En los Estados civiles el deber primordial de un Estado es el de cuidar la convivencia ordenada de los ciudadanos en un determinado territorio. Pero según el Tratado de Fundación del Estado de la Ciudad del Vaticano, no es esta su principal tarea.

El Estado fue creado para asegurar a la Santa Sede la absoluta y visible independencia y para garantizarle una soberanía indiscutible también en el campo internacional.

Esta diversidad de deberes y de fines fue señalada más de una vez por Pío XII en los discursos pronunciados por él en aquellos días de la firma de los Pactos Lateranenses.

De estas intervenciones resulta que el deber y la intención fundamental del Tratado están dirigidos a reconocer y a asegurar a la Santa Sede una verdadera, propia y efectiva soberanía territorial (no conociéndose en el

mundo, al menos hasta hoy, otra forma de soberanía verdadera y propia si no es, justamente territorial) y que evidentemente es necesaria y debida a quien en vista del divino mandato y la divina representación con que está investido, no puede ser súbdito de una soberanía terrena.

Habiendo así definido los deberes y los fines del Estado de la Ciudad del Vaticano en comparación con la Santa Sede, se puede por lo tanto preguntar si existe todavía una soberanía de este Estado, como personalidad jurídica autónoma.

Incluso se ha llegado a sostener que la idea de un dualismo entre la Santa Sede y el Estado de la Ciudad del Vaticano, es del todo extraña al Tratado de Letrán... el nuevo Estado y la Santa Sede son ...una persona sola.

Ciertamente no se puede discutir que el texto del preámbulo del Tratado y las alocuciones de Pío XI hacen pensar en la Ciudad del Vaticano sólo como un medio, un instrumento o un órgano de la Santa Sede, semejante en algún modo a los Ministerios de la Curia Romana...

También el artículo 3 del tratado puede ser interpretado en este sentido: Italia reconoce a la Santa Sede la plena propiedad y la exclusiva y absoluta potestad y jurisdicción soberana sobre el Vaticano.

Se debe considerar además que en el momento de la conclusión del Tratado, sólo la Santa Sede existía como sujeto indiscutido de Derecho Internacional.

Esto significa que se debieron determinar las relaciones entre un Estado y un sujeto no-estatal de derecho internacional, a menos que no se quiera sostener la tesis de algunos doctrinarios, en el sentido que el Estado Pontificio no ha cesado de existir con la brecha de Porta Pía del 20 de setiembre de 1870, o bien no se sostenga que la ley de las Garantías Nro. 21 del 13 de mayo de 1871 había creado una especie de soberanía de la Santa Sede.

Justamente contra esa interpretación, según el parecer de otros, es dirigido el ya citado art. 3 del tratado que atribuye la propiedad y la jurisdicción sobre la Ciudad Leonina a la Santa Sede.

Se puede comprender bien que en el momento de estipularse los Pactos Lateranenses, existiese la preocupación de afirmar que el único fin de la existencia del Estado de la Ciudad del Vaticano era el de asegurar la soberanía territorial de la Santa Sede.

Pero después de más de cincuenta años se pueden fácilmente entrever los distintos deberes de la Santa Sede, derivados de un doble título jurídico, como suprema institución del gobierno de la iglesia universal y como soberana de un organismo estatal, es decir, del Estado del Vaticano.

El primer título es de orden espiritual y como tal irrenunciable porque es

de "iuris divini". Por esto hoy se tiende a reconocer que la personalidad jurídica de la Iglesia Católica, como sostenemos, está representada por la Santa Sede, independientemente del título de la soberanía territorial que ella posee sobre la Ciudad del Vaticano.

Tal soberanía es de orden temporal y por lo tanto, como la historia de la Iglesia lo demuestra, precedera, bien que Pío XI pensase que a ella no se pudiese renunciar.

Mientras a la Santa Sede corresponde el gobierno de la Iglesia Universal, el Estado del Vaticano además de los especiales fines de asegurar a la Santa Sede la absoluta y visible independencia, es todavía portador de derechos y deberes propios.

Ninguno en efecto, podría sostener que la Ley monetaria N.XXI (Pío XI), o bien el Código de procedimiento civil del Estado de la Ciudad del Vaticano, del 1 de mayo de 1946 (Pío XI), o bien la ley que modifica la legislación penal y la legislación procesal penal N.1 (Pablo VI) del 21 de junio 1969, se deben considerar emanadas de la Santa Sede en virtud de su jurisdicción sobre la Iglesia Universal.

Es claro por consiguiente que el deber primordial de la Santa Sede es proveer a las necesidades espirituales de la Iglesia, mientras corresponde al Estado de la Ciudad del Vaticano una personalidad jurídica independiente.

A esta conclusión conduce también la confrontación ante el Art. 3 y el Art. 26 del tratado. En el artículo 3 es reconocida por parte de Italia la soberanía de la Santa Sede.

Agregar esta distinción tiene sentido solamente, si se supone que a la Santa Sede se le atribuye una soberanía jurídica en base a dos títulos: como supremo órgano de la Iglesia y como supremo órgano del Estado de la Ciudad del Vaticano.

Tal diferencia aparece también en el Art. 23 del Tratado que distingue las sentencias emanadas de los tribunales de la Ciudad del Vaticano de las sentencias y las disposiciones emanadas de la autoridad eclesiástica. Puesto que el Estado del Vaticano tiene un poder judicial distinto del de la Santa Sede se deduce que le correspondería también una personalidad jurídica.

En el Art. 24, apartado 1 del Tratado las dos partes convienen en reconocer la soberanía internacional de la Santa Sede en el sentido que Ella "quiere quedar y quedar al margen de las contiendas temporales entre los Estados y a los Congresos Internacionales concertados a tal objeto". A esta declaración de neutralidad continúa en el párrafo 2, con las palabras "en consecuencia de esto", afirmando la neutralidad y la inviolabilidad de la Ciudad del Vaticano.

Esto se explica solamente por el hecho que la Santa Sede carece de

territorio sujeto a violación. La Santa Sede, se observa justamente Ente institucional no territorial teniendo fines espirituales y desprovisto de medios materiales de coerción, no puede ser neutral (ni neutralizada), porque no podría ser beligerante.

En cuanto a la Ciudad del Vaticano, que es un Estado, y que, en abstracto, podría asumir la calidad de beligerante, hay una declaración de neutralidad.

Las partes contratantes al menos, no excluían en abstracto la idea que el Estado del Vaticano, teniendo una propia personalidad jurídica, podría estar comprometido en la violación de la neutralidad del propio territorio.

De cuanto se ha dicho hasta ahora podemos establecer con certeza que el Estado de la Ciudad del Vaticano y la Santa Sede son dos entes soberanos cuyo jefe común es el Sumo Pontífice.

Pero, ¿cómo se debe considerar en modo más detallado esta recíproca relación?

2. Tentativas de explicar la relación jurídica entre el Estado de la Ciudad del Vaticano y la Santa Sede

La pregunta, en cual exacta relación jurídica se coloca el Estado del Vaticano respecto de la Santa Sede, ha recibido distintas propuestas.

El gran número de estas, no tiene origen solamente en la naturaleza particularmente complicada o exclusiva de la relación entre Estado del Vaticano y Santa Sede, sino que más bien nace de una carencia de la teoría general del Estado que quiere asumir en tipologías rígidas la relación de un estado con otro.

Dado que la Santa Sede es un sujeto jurídico no estatal y se extiende en algún modo más allá de la Ciudad del Vaticano, es particularmente difícil una clasificación clara. Esta peculiaridad no fue tomada para nada en consideración por muchos autores.

Esto ha conducido a extremas consecuencias, cuya falacia es fácilmente reconocible. Si la consideración fue insuficiente, se hace necesario agregar a las tipologías preexistentes el concepto de “**sui generis**” al punto que la esencia de la misma tipología es totalmente inconsistente y no da ninguna explicación.

En el ámbito del primer caso se ponen aquellos autores que juzgan la relación entre la Santa Sede y la Ciudad del Vaticano como la de un Estado vasallo en el cual un Estado se somete a otro Estado superior y no tiene independencia hacia el exterior.

Ahora, como hemos visto, la Santa Sede no es del todo un Estado y no puede funcionar como Super Estado.

Según el Art. 3 de la Ley Fundamental de la Ciudad del Vaticano (Nro. 1 del 7 de junio de 1929) queda reservado al Sumo Pontífice la representación del Estado Vaticano, por medio de la Secretaría de Estado, frente a los Estados Extranjeros para la conclusión de los tratados y para relaciones diplomáticas. Por consiguiente no se puede tampoco hablar de una dependencia hacia el exterior. Además, la tipología de Estado-vasallo no es adecuada a la Ciudad del Vaticano, porque generalmente son las relaciones económicas que dan vida a la relación entre un Estado-Vasallo y el Super Estado. Al contrario, el vínculo entre Santa Sede y Ciudad del Vaticano es un primer lugar de naturaleza espiritual.

Por las mismas razones también se rechaza la tipología del protectorado. Esto, en efecto, es una relación unilateral de dependencia en el que el Estado subordinado comparte la suerte del Estado protector y no puede presentarse al exterior.

La aplicación de esta tipología a la Ciudad del Vaticano queda, sin duda, excluida, porque según el Preámbulo del tratado, en cada caso el deber de proteger a la Santa Sede correspondería al Estado de la Ciudad del Vaticano y no viceversa. De hecho, la Santa Sede además de no ser un Estado, no tiene ningún mandato de protección.

También el beneficio canónico ha dado un modelo de tipología, por el cual la Ciudad del Vaticano debería figurar como beneficio de la Santa Sede. Sin entrar en detalles se debe decir, que este parangón se contrapone con el Art. 2 parágrafo 2 y el Art. 4 de la Ley Fundamental del Estado de la Ciudad del Vaticano.

El Estado vasallo, el protectorado y el beneficio son pues figuras jurídicas inadecuadas para describir la relación jurídica particular entre el Estado del Vaticano y la Santa Sede, puesto que atribuyen a la Santa Sede un carácter estatal inexistente y no respetan la independencia del Estado de la Ciudad del Vaticano.

Es por lo tanto comprensible que el esfuerzo se haya dirigido a la extensión de la tipología de las “uniones”, agregando al concepto de “sui generis”, pero haciendo en consecuencia incierto el significado de estas uniones.

Una primera tentativa en esta dirección era la tesis predominante entre los comentaristas italianos de los Pactos Lateranenses, los cuales hablan de una “unión real” entre el Estado de la Ciudad del Vaticano y la Santa Sede.

En la doctrina general del Estado se quiere significar con esto, una unión querida y de acuerdo a la Constitución, a través del ejemplo de una monarquía que se basa en la voluntad de unión de los Estados interesados, por ejemplo el Imperio Austro-Húngaro hasta 1918.

Hay elementos a favor de esta hipótesis: el Estado de la Ciudad del Vaticano y la Santa Sede tienen en el Papa el mismo Soberano; existen además algunos órganos comunes, como, por ejemplo, el Cardenal Secretario de Estado, el Cuerpo Diplomático, etc. Por estos motivos declara Cammeo: “El primer carácter especial del Estado de la Ciudad del Vaticano es su unión real con otra persona jurídica internacional: la Santa Sede”.

Por otra parte falta en nuestro caso, y se lo debe observar críticamente, la recíproca voluntad de unión por una unión real y flata igualmente una Constitución común. Se debe pues decir, entre el Estado de la Ciudad del Vaticano y la Santa Sede no vale la tipología de la unión real para describir exactamente su relación jurídica.

Por el hecho que el Papa es igualmente Jefe de la Iglesia y Soberano del Estado de la Ciudad del Vaticano se ha sostenido la opinión que el vínculo jurídico entre este Estado de la Ciudad del Vaticano y la Santa Sede deba considerarse una unión personal.

La unión personal es la unión de dos o más Estados en una sola persona soberana que se verifica en modo casual, cuando las diferentes soberanías están fundadas sobre distintos títulos jurídicos, como por ejemplo la sucesión en una misma familia. Tal unión no se emplea para manifestar la relación entre el Estado Vaticano y la Santa Sede, puesto que el Papa no es por casualidad, sino por fuerza de ley, el jefe supremo de dos Estados soberanos.

También se trató de paragonar la relación entre el Estado de la Ciudad del Vaticano y la Santa Sede con el de las Organizaciones internacionales estatales y sus sedes. La Ciudad del Vaticano funcionaría —según esta tesis— como sede, igual a las de estas organizaciones internacionales estatales, por ejemplo en Ginebra.

Más aún, se ha dicho que Italia tendría para con el Vaticano el mismo deber de los EE.UU. de América para la ONU. No es difícil rechazar tal construcción del todo artificial, recordándonos que Italia en virtud de los artículos 3 y 26 del Tratado no ejercita la más mínima soberanía sobre la Ciudad del Vaticano.

Dedicamos en este trabajo un párrafo especial a la posible consideración del Estado Vaticano en cuanto a su potencialidad jurídica para ser miembro pleno (y no tan sólo observador como lo es actualmente) de un organismo internacional como lo es Naciones Unidas.

Se debe también considerar inaceptable, creemos, la reciente tentativa de resolver nuestro problema, buscando la reunión de los tres organismos: Estado de la Ciudad del Vaticano, Santa Sede e Iglesia y la transformación en órganos de un solo ente, el Estado de la Ciudad del Vaticano, de modo de conseguir unidad de dirección y disciplina jurídica, sea sobre el plano de la legislación general, sea sobre aquel particular de la legislación administrativa y contable.

Tal concepción es de por sí absurda, queriendo concentrar la Iglesia y su organismo supremo de gobierno, la Santa Sede, en un único Super - Estado eclesiástico.

Me parece en cambio digna de ser notada la posición de cierta parte de la Doctrina, aunque en lo personal no la comparto, en el sentido que el Estado Vaticano no es un verdadero Estado.

Todavía, cuando se considera el Estado Vaticano como sujeto territorial de derecho internacional, y en particular con una capacidad jurídica limitada, habiendo sido instituido en función de otro sujeto jurídico de derecho internacional, es decir la Santa Sede, se hace un aporte válido para la definición de la relación de los dos entes soberanos.

Se sostiene, además, que el fin de la independencia de la Santa Sede está particularmente asegurado por el hecho que el Estado de la Ciudad del Vaticano no es verdaderamente un Estado. Un verdadero estado no podría jamás asegurar esta independencia.

Teniendo justamente en consideración todas esas contribuciones queda, sin embargo, abierta la pregunta: ¿Cómo se puede concebir adecuadamente la relación jurídica entre el Estado de la Ciudad del Vaticano y la Santa Sede?

3. La función de servicio del Estado de la Ciudad del Vaticano en relación con la Santa Sede.

Punto de partida de nuestras reflexiones es, y se mantiene, el Tratado con el que el Estado de la Ciudad del Vaticano nació y su justa interpretación. Aquí aparece ya en el preámbulo el fin declarado de las dos partes contrayentes, de encontrar una ubicación definitiva de las relaciones recíprocas... asegurando a la Santa Sede en modo estable una condición de hecho y de derecho la cual le garantiza la absoluta independencia para el cumplimiento de su alta misión en el mundo.

Tiene, por lo tanto en primer lugar, que ver con una finalidad espiritual, hacia la cual también la fundación del Estado de la Ciudad del Vaticano está dirigida.

En forma clara e inconfundible Pío XI ha expresado esta *finalidad* en el ya citado discurso a los profesores y estudiantes en la *Universidad Católica de Milán*: “El tratado no habiendo tenido otro fin que el de regular en los términos de la más absoluta indispensabilidad y suficiencia la condición jurídica esencial de la Santa Sede y del Romano Pontífice, de aquellos que por la divina responsabilidad, del que está investido, cualquier nombre él tenga, y en cualquier tiempo viva, no puede ser sometido a ninguna dependencia”.

Este fin sería conseguido apenas se hubieran tenido las indispensables condiciones de verdadera soberanía, que (al menos en las presentes condiciones de la historia) no es reconocida sino a través de una cierta medida territorialidad.

De aquí resulta claramente que se debe atribuir al Estado de la Ciudad del Vaticano una fundamental *función de servicio* hacia la Santa Sede. Este punto esencial en la definición de la relación entre dos entes soberanos, nos parece, no ha encontrado repercusión en la amplia bibliografía referida a nuestro problema.

Esta función de servicio encuentra su concreta expresión en las distintas actividades que la Santa Sede emprende para cumplir su deber espiritual. Por eso mismo, la soberanía territorial, tan restringida que se debe considerar sólo simbólica, provee a la Santa Sede el fundamento de un derecho positivo para una soberanía de otro orden que corresponde a la naturaleza de la Santa Sede y de sus funciones como supremo órgano del gobierno de la Iglesia Universal.

La correlación entre el Estado de la Ciudad del Vaticano y la Santa Sede se configura como una relación funcional en el que el primero participa del cumplimiento del deber religioso-espiritual de la otra parte.

No tendría nada en contrario en describir esta reciprocidad y convergencia como una “unión orgánica”. No es importante la terminología, sino que la cosa descrita sea expresada en manera adecuada.

En concreto, se debe, por lo tanto, distinguir atentamente lo que la Santa Sede comprende como órgano del Estado de la Ciudad del Vaticano, o bien como órgano supremo de la Iglesia Católica, o bien bajo los dos aspectos. Sin duda, cuando la Santa Sede concluye un concordato, actúa como suprema autoridad de la Iglesia.

Es igualmente cierto que la “Convención Monetaria entre el Estado de la Ciudad del Vaticano y la Serenísima República de San Marino” del 30 de diciembre de 1931 concierne solamente al Estado del Vaticano. Lo mismo se debe decir, por ejemplo, respecto a la convención del 1 de setiembre de 1933, en materia de impuestos postales si bien ella se denomina Acuerdo entre la Santa Sede e Italia.

En la formulación de los recientes instrumentos de ratificación por parte de la Secretaría de Estado, se ha puesto atención sobre quien y en representación de quien se firmaba una convención internacional. Este descuido había producido en el pasado algunas ambigüedades no indiferentes.

El reconocimiento diplomático de nuevos estados y el intercambio de Nuncios y de Embajadores se realiza, sobre todo, en nombre de la Iglesia, pero también en virtud de la soberanía del Estado de la Ciudad del Vaticano, bien que el componente espiritual tenga también un significado predominante.

Lo mismo sucede con la participación de la Santa Sede en las conferencias internacionales, en las cuales algunas veces ella está presente como órgano supremo de la Iglesia, a veces en nombre de la Ciudad del Vaticano, o en representación de ambas.

Todas estas actividades, a las que hemos aludido a manera de ejemplo, sin la pretensión de que sea completa, tienen como fundamento una relación funcional entre la Santa Sede y el Estado de la Ciudad del Vaticano, que encuentran su justificación jurídica en el tratado.

No se trata, sin embargo, de una concurrencia entre estos dos entes soberanos, sino de un auténtico servicio que el Estado de la Ciudad del Vaticano presta a la Santa Sede reconociéndole el deber peculiar para el bien de la Iglesia Universal.

LA DIPLOMACIA PONTIFICIA

Estructura del documento

El Motu Proprio del Papa Pablo VI **Sollicitudo Omnium Ecclesiarum** entra en el conjunto de trabajo que la Sede Apostólica cumple para realizar las reformas proyectadas y pedidas por el Concilio, o por lo menos expresadas como deseo por los Padres Conciliares.

Repetidamente se habló de los deseos manifestados por los Padres con respecto a los Legados. El Papa presenta expresamente el Motu Proprio como respuesta a los votos formulados por el decreto *Christus Dominus*: “De esta manera pensamos de cumplir en esta parte, con las justas expectativas de nuestros hermanos en el Episcopado, emanando un documento que se refiere a nuestros Representantes ante las Iglesias locales y los diversos Estados, en diferentes partes del Orbe”, expresaba el Papa.

Por otra parte, más que obvios aparecían los votos formulados por los Padres Conciliares, y esto sólo podía despertar justas esperanzas.

La enseñanza y las nuevas perspectivas teológicas de la Constitución dogmática **Lumen Gentium** sobre la naturaleza y los fines de la Iglesia, el episcopado, la colegialidad y el ministerio pastoral de los obispos, hacían sin duda necesario reflexionar con respecto a la función de los Legados Pontificios en el seno de la Iglesia, para poder aclarar los fundamentos, la naturaleza, las finalidades, la utilidad y los límites y para afrontar el problema expuesto por algunos (también en el Concilio, pero sobre todo fuera de él y en la fase post-conciliar) acerca de la justificación de la existencia misma de tal institución.

Base de reflexión

La *Sollicitudo Omnium Ecclesiarum* ofrece una base sobre la cual apoyarse para desarrollar la reflexión, considerando las adquisiciones del rápido desarrollo teológico que se verificó durante y después del Concilio; desarrollo tan rápido y tan rico por el cual, según algunos teólogos, se puede hablar de una “real aceleración del tiempo del descubrimiento teológico”.

Según el pensamiento del Cardenal Suenens, la teología del Vaticano

invita a retomar las cosas desde sus raíces en función de la finalidad de estas dos funciones (la diplomática y la religiosa). Es aquí donde se impone una profunda reestructuración.

La reflexión doctrinal es siempre necesaria cuando se quiere determinar la línea práctica de acción a tenerse en la Iglesia. Además, es el método seguido por el Concilio: a los documentos de índole doctrinal le siguen los decretos que son casi el desarrollo práctico o aplicaciones prácticas de la doctrina.

Así por ejemplo, el decreto *Christus Dóminus* puede considerarse, en general, como la aplicación práctica de la Doctrina del capítulo tercero de la Constitución dogmática **Lumen Gentium**. El decreto, en efecto, no contiene bajo el aspecto doctrinal, nada o casi nada de nuevo respecto al citado capítulo.

Estructura

El método del cual se habló fue seguido también por el *Motu Proprio Sollicitudo Omnium Ecclesiarum*. A la segunda parte dispositivo-práctica, que consta de doce artículos divididos en párrafos, precede una parte doctrinal, en la cual se llama a la enseñanza de los documentos conciliares. Es de notar que las disposiciones prácticas se apoyan y derivan de algunos importantes principios conciliares.

I. Comienza afirmando el debido empeño y servicio del Papa para toda la Iglesia. Esto requiere que El esté presente en modo adecuado, en todas las regiones de la tierra y que conozca las distintas condiciones de las diferentes iglesias.

Naturaleza y Funciones de los Legados (Nuncios) en la Historia y en el Contexto del Vaticano II

Se habla luego de la potestad del Papa sobre toda la Iglesia, potestad plena, suprema, universal, ordinaria e inmediata, que deriva de su ministerio, que es de:

a) Ser el perpetuo y visible fundamento de la unidad, sea de los obispos que de la multitud de fieles; la función principal es pues “tener unido e indiviso el Colegio Episcopal”.

b) Confirmar a los propios hermanos en el Episcopado.

Se alude al texto de Mateo. 16/18 acerca de la potestad de las llaves y de la constitución fundamental de la Iglesia; no se alude en cambio al texto de Juan. 21/15 (Pedro, Pastor Universal).

Se afirma el empeño del Papa para la unidad de los cristianos y su empeño misionero.

La condición para el ejercicio de la misión multiforme del Papa es un intenso intercambio de relaciones entre el Papa, los Obispos, y las Iglesias locales de las cuales son Pastores.

Entre los instrumentos tradicionales de comunión, de intercambio, podemos mencionar:

- a) La correspondencia epistolar;
- b) la visita “ad-limina” de los Obispos;
- c) el envío de legados del Papa, ya sean estables y permanentes o extraordinarios y temporarios.

— Instrumento extraordinario: Viaje del Papa. Ya no tan excepcional bajo el Pontificado de S.S. Juan Pablo II.

— Instrumento nuevo de Comunión después del Concilio:

- a) Sínodo de Obispos.
- b) Obispos residenciales cooptados como miembros de la Curia Romana.

Aparece aquí de manifiesto la necesidad de un doble movimiento: desde las distintas Iglesias hacia la Iglesia de Roma y desde esta a las otras Iglesias.

II. El texto pasa después a la misión diplomática del Representante Pontificio.

Se afirma el derecho (capacidad) de legación del Pontífice Romano, apoyándolo sobre motivos intrínsecos (misiones espirituales) y razones extrínsecas (desarrollo secular de acontecimientos históricos).

¿Cuál es el fundamento que hace posible un encuentro entre la Iglesia y el Estado a nivel diplomático? Aun teniendo distintas finalidades y siendo, no obstante esto, ambas sociedades perfectas, autónomas e independientes, están, sin embargo, **al servicio del hombre que es el sujeto común.**

Por lo tanto nace la necesidad del diálogo y del común acuerdo a fin:

- a) de comprenderse y colaborar;
- b) de evitar discordias;
- c) de trabajar juntos por la paz y el progreso (grandes esperanzas humanas).

En cuanto a los fines más específicos podemos definirlos así:

- a) garantizar la libertad de la Iglesia;
- b) asegurar al estado acerca de los fines pacíficos y profícuos de la Iglesia;
- c) ofrecer la ayuda de la energía espiritual a la sociedad civil, para que

pueda trabajar para el bien común de todos sus miembros. *La representación diplomática es el instrumento para realizar estos fines.*

Por último trata de las relaciones con las organizaciones Internacionales.

Se comprende claramente, a primera vista, que el Motu Proprio está en la línea conciliar, ya sea en su conjunto como en sus detalles; en él se pueden comprobar fácilmente las orientaciones más importantes dadas por la Iglesia con la Constitución dogmática “Lumen Gentium” y con la Constitución Pastoral “Gaudium et Spes”.

Es constante, en efecto, el respeto que se muestra por la legítima autonomía de los Obispos y de las Iglesias locales; se tiene en cuenta, muy especialmente, los derechos legítimos de las Iglesias orientales; es explícita la importancia atribuida a las Conferencias Episcopales; la autoridad aparece siempre concebida como un servicio; está presente la convicción que la Iglesia es esencialmente misionera, la preocupación por la unidad de los cristianos, el interés por los graves y grandes problemas mundiales.

Por esto no es posible interpretar el documento como un nuevo tentativo de centralización, casi como si comportase una mayor vigilancia de Roma sobre el Episcopado, particularmente sobre las Conferencias Episcopales.

Las Primeras Impresiones

El documento tiene un tono teológico-pastoral, sin descuidar los elementos **jurídicos** necesarios.

Analizándolo se tiene la impresión que fue preparado partiendo del estado de las normas canónicas existentes en el momento de su redacción, pero con la preocupación de seguir adelante, teniendo en cuenta el ministerio pastoral propio de los Obispos, con el cual debe armonizarse la función del Representante Pontificio.

En la base de este documento parece haber dos convicciones:

1) que el Obispo Roma tiene una función peculiar (es decir, propia y exclusiva) en el ámbito de la comunión entre las iglesias y en consideración de todos los demás Obispos.

2) que las Representaciones Pontificias son un medio válido y difícilmente sustituible, para que el Obispo de Roma pueda ejercer del mejor modo el propio “munus” de Pastor de toda la grey.

Pero con esto no se quiere afirmar que tal medio es constitucionalmente necesario y absolutamente insustituible, casi como si perteneciera a la naturaleza misma del particular ministerio del Obispo de Roma.

El Motu Proprio no aparece como un documento de defensa; lo demuestra el hecho que no se encuentren rastros de polémicas, sino como una afirmación positiva y constructiva.

Se ha querido presentar la tarea del Representante Pontificio bajo un aspecto decididamente positivo y su figura aparece como la de un diligente *intermediario entre la Sede Apostólica y los Pastores de las Iglesias locales y sus fieles*, además como colaborador, en nombre del Papa, en la solución de los grandes problemas de la paz, de la justicia, del progreso y desarrollo de los pueblos; para la realización de las grandes esperanzas humanas y eclesíásticas.

De una primera lectura del documento se comprende que la razón de ser del Representante Pontificio se basa sobre todo en el lugar peculiar que ocupa el Obispo de Roma en el conjunto de todas las Iglesias. Existe un estrecho vínculo con el Ministerio del Primado, del cual el ministerio del Representante es una verdadera y propia derivación.

Sus deberes se justifican y tiene valor porque son la emanación y proyección de la suprema actividad pastoral del Obispo de Roma en la Iglesia.

El legado actúa como Representante de la Sede Apostólica, en cuanto la Sede es órgano de la Iglesia Universal.

La función confiada al representante reviste una naturaleza de servicio en el seno de las Iglesias y de las comunidades sociales. El deber ser instrumento de coherencia, de enlace, de unidad y de universalidad ya sea bajo el aspecto de la caridad que el jurídico (esto es al servicio de la comunión de caridad) y debe ser la unión visible entre el Obispo de Roma y los otros Obispos, vínculo manifiesto de unión para crear, mantener, y alimentar una unidad siempre más auténtica.

Se puede, finalmente, destacar que la parte doctrinal del documento no insiste suficientemente sobre la "Communio" del pueblo de Dios y de todas las Iglesias particulares. Quizás no extrae del concepto de colegialidad todas las implicaciones que este podría ofrecerle. En efecto, basándose en el concepto de colegialidad se hubiera podido insistir sobre la necesidad de la presencia y de la acción del Obispo de Roma dentro del Colegio, el cual no existe ni actúa si el jefe no está presente y no procede.

La presencia y la acción del Papa en el Colegio se lleva a cabo también a través de sus representantes. (Sobre todo cuando los miembros del Colegio están esparcidos por todo el mundo).

LA LEGISLACIÓN VIGENTE SOBRE LOS REPRESENTANTES PONTIFICIOS

La legislación vigente acerca de los Representantes Pontificios está contenida en los artículos que forman la parte dispositiva del **Motu Proprio Sollicitudo Ecclesiarum** (24.1.1969).

Con las normas allí contenidas, se ha entendido:

1. Aclarar, en el contexto de los órganos de gobierno, las funciones de los Representantes Pontificios.

2. Dar a su ministerio un ordenamiento más adecuado a las exigencias de los nuevos tiempos (teniendo en cuenta el ministerio pastoral propio de los Obispos).

3. Abrogar las disposiciones hasta ahora en vigor y a ellas contrarias.

Estamos, por lo tanto, frente a una legislación que reorganiza “de integro totam legis prioris materiam”, según una expresión del Código Canónico. A juicio de algunos comentaristas con la promulgación del Motu Proprio se han hecho importantes modificaciones en este campo.

1. Definición y clasificación de los Representantes Pontificios

La definición de Representantes Pontificios (Legatus) parte 1, párrafo 1, tiene valor sólo con referencia a la legislación del Motu Proprio.

El nombre de Representante Pontificio del Motu Proprio, indica:

- Un eclesiástico.
- Generalmente consagrado con la dignidad episcopal.
- Encargado por el Romano Pontífice.
- Para representarlo de manera estable en las distintas naciones y regiones del mundo.

Ningún elemento de orden teológico exige estrictamente que tal encargo se aun eclesiástico, que pertenezca al clero; por lo tanto podría ser un laico. En efecto, como representante no desempeña ninguna obligación (ni siquiera ante las Iglesias) para la cual se exija la ordenación sacramental; algunos deberes podrán consentir el ejercicio de la potestad de jurisdicción; pero esta potestad está reconocida como una norma del derecho eclesiástico, por lo tanto, sólo los clérigos pueden obtener la potestad de jurisdicción. Además, después del Vaticano II en la legislación se verifican excepciones a ese principio.

De esto resulta que la “potestas” en la Iglesia encuentra su fuente esencialmente en el Orden Sagrado sacramental, y ninguno puede ejercitar una autoridad pastoral si no está ordenado: sólo la Jerarquía, en sentido teológico, es decir los Obispos, y uno entre ellos, el Obispo de Roma, a título especial en virtud de la voluntad de Cristo, la ejerce plenamente.

Todavía, los Obispos tienen para el ejercicio de sus “numera et potestates” los colaboradores que llegan a ser tales mediante la ordenación sacramental: los presbíteros y los diáconos.

La Iglesia particular está confiada a los cuidados pastorales del Obispo, ayudado por su presbiterio. La ordenación sacramental de los presbíteros y

diáconos los hace por sí misma, colaboradores en el Orden Episcopal, haciéndolos constitucionalmente (ontológicamente) capacitados colaboradores ciertamente, no sólo por el ejercicio del “munus et potestates sanctificanti” sino también “docendi et regendi” (ordinis et iurisdictionis).

Es necesario, sin embargo, reconocer una diferencia: en el ejercicio de la “potestas sanctificandi” (santificar), los Obispos no pueden tener por colaboradores sino a los que recibieron la ordenación sacramental, por lo menos para ciertas funciones (la más importante: la celebración de la Eucaristía).

En cuanto concierne en cambio a la “potestas docendi” (enseñar), sin dudas es más vasto el campo donde pueden tener también a los laicos como colaboradores. Pero no se ve porque motivo los Obispos deberían confiar comúnmente a los laicos el cargo de ayudantes de su gobierno pastoral cuando tienen la posibilidad de recurrir a sus colaboradores natos, aquellos que son tales en virtud de la ordenación sacramental.

La índole secular es propia y peculiar de los laicos... Por vocación es natural en los laicos buscar el Reino de Dios a través de las cosas temporales, disponiéndolas según la voluntad de Dios.

Con esto no se trata de negar que como fieles los laicos son partícipes del sacerdocio de Cristo; que el sacerdocio común de los fieles y el sacerdocio ministerial o jerárquico... están ordenados el uno al otro; que ellos son capaces de dar colaboración a los Pastores y a los maestros, y que, como ya se ha dicho, tienen la capacidad de ser encargados por la jerarquía y ejercitar, con finalidad espiritual, algunos cargos eclesiásticos.

Se quiere decir, en cambio, que el confiar a ellos cargos eclesiásticos, llegando a ser colaboradores de la “potestas gubernandi” propias de los Pastores de la Iglesia, no forman parte de la estructura ordinaria de la Iglesia, sino que revisten **carácter extraordinario**, y, además, no se puede hablar de un derecho de los laicos en ese sentido.

Aplicando cuanto se dijo al caso de los Representantes Pontificios, no se ve el motivo por el cual el Obispo de Roma debería nombrar a laicos como colaboradores en el ejercicio de su gobierno pastoral en lo referente a toda la Iglesia, sino en casos extraordinarios.

Aunque si a los Representantes Pontificios no se les confiara la Potestad de Jurisdicción, sino solamente un ministerio, ellos son siempre los verdaderos colaboradores del Gobierno Pastoral del Obispo de Roma, en el sentido ya señalado, y, como se ve, aún en el análisis de las funciones individuales.

Ni debe pasar desapercibido que la representación ante los Estados encuentra su verdadero fundamento en el “munus et potestas” de gobierno que el Papa tiene sobre la Iglesia toda.

En general los Estados son bien conscientes que el Representante

Pontificio no representa al Estado de la Ciudad del Vaticano, sino la suprema autoridad de la Iglesia Católica.

El envío por parte del Papa de un representante ante los Estados entra en sus cuidados pastorales por la Iglesia y por la suerte de la humanidad: por eso la misma persona eclesiástica y también Obispo, representa al Papa sea ante las Iglesias locales que ante los Estados.

Por otra parte la misión de representar al Obispo de Roma generalmente fue confiada desde el comienzo a los clérigos. En determinados períodos fueron preferidos los diáconos.

Quizás no sólo por motivos prácticos, sino por la específica función eclesiástica: ordenados “por el ministerio”.

Se constata que en el Medioevo hubo príncipes que fueron Legados de la Sede Apostólica: por ejemplo el Rey de Sicilia y el Rey de Hungría.

Existieron algunos nuncios laicos en el primer período de la nunciatura permanente, antes del Concilio de Trento. Pero no se puede negar que en aquél período los nuncios tuvieron deberes preferentemente (mas no sólo), políticos. Por otra parte ellos fueron excepciones.

La práctica de la Iglesia y del Obispo de Roma de elegir sus delegados entre los eclesiásticos, se puede, por lo tanto, decir constante e inspirada sin duda no sólo por motivos prácticos.

En estos últimos tiempos es bien cierto que, desarrollándose las organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales, la Santa sede comenzó a enviar también algunos representantes laicos (lo dice expresamente el Motu Proprio en el Art. 11 par. 1 [E.V. n. 3556]). Y esto será quizás porque los fines que la Santa Sede entiende conseguir mediante sus delegados y observadores son de naturaleza humanitaria y no sólo de naturaleza religiosa y eclesiástica?

Ciertamente, los fines que las organizaciones persiguen no son religiosos, son fines humanitarios, teniendo en vista el bien común temporal. Pero esto no quita a la Iglesia que el interés por los grandes problemas de la humanidad sea parte de su misión, misión que no puede ser sino religiosa, no política, no simplemente humanitaria. Esto no será jamás lo suficientemente repetido.

Los Delegados y los Observadores no tienen obligaciones ante las Iglesias locales. Pero quienquiera sea llamado para representar a la Santa Sede, como suprema autoridad de la Iglesia Católica, no puede no desarrollar una acción que no esté de acuerdo con la naturaleza de la Iglesia, que es esencialmente religiosa y sobrenatural.

Los representantes de la Santa Sede no tienen como finalidad intervenir en todo, pero es indispensable, para que hagan honor a su mandato, que ellos

trabajen activamente para promover el conjunto de finalidades de las organizaciones internacionales.

Pero siendo verdad que también estos enviados de la Santa Sede representan una autoridad espiritual, el mundo internacional que gira alrededor de esas organizaciones, aun aceptando con gusto la presencia de consejeros laicos al lado del Representante de la Santa Sede, espera en primer lugar que la representación de la Santa Sede esté compuesta, al menos parcialmente, por sacerdotes.

La razón está en el hecho que la naturaleza de la Santa Sede es distinta a la de los otros gobiernos representados. Si la participación de los laicos en la delegación de la Santa Sede es a menudo beneficiosa, no se insistirá nunca demasiado sobre la importancia de la presencia del sacerdote.

Lo que la Santa Sede pide, en efecto, a sus Representantes es sobre todo ser sacerdotes.

El articulado afirma luego que los representantes eclesiásticos pontificios son, comúnmente, condecorados con la dignidad episcopal.

Se ha dicho *ut supra* que al inicio de las nunciaturas permanentes, del Concilio Tridentino, hubo también Nuncios laicos, si bien fueron una excepción.

Bajo el pontificado de Pablo III (Alejandro Farnese, 1534-1549) se llegó a la suspensión definitiva de los Nuncios permanentes laicos, y esto porque la obra de reforma interna que ya se estaba desarrollando con creciente intensidad, imponía que los intermediarios entre Roma y los gobiernos fueran ante todo eclesiásticos. Este principio impuesto por la necesidad del momento, se convertirá en una costumbre a la cual la Curia no renunciará.

Al mismo tiempo se sintió la necesidad de aumentar la autoridad de los Nuncios, sobre todo los que estaban fuera de Italia para contrabalancear la autoridad del alto clero local; esto podría suceder confiriéndoles los más altos grados de la jerarquía católica.

Por eso se comenzaron a crear Nuncios, especialmente en los países transalpinos, a Obispos y Arzobispos residentes. Pero esto contrastaba con la obra de reforma, que comportaba categóricamente la obligación de la residencia de los Obispos.

Era necesario encontrar una solución. Se procedía así por medio de tratativas antes de llegar al sistema inaugurado por Pablo V (Camillo Borghese 1605 - 1621) de nombrar los Nuncios Arzobispos o Patriarcas "in partibus" (con León XIII el título se cambió por el más exacto de Arzobispo titular).

También motivos económicos influyeron para demorar el recurso a tal

sistema, desde el momento que los Obispos titulares no gozaban de ninguna entrada, como en cambio tenían los residentes. Entonces, al principio, se prefirió nombrar nuncios a los Obispos residentes de alguna Diócesis poco importante, de modo de atenuar al máximo los efectos de la no-residencia; o bien de alguna Diócesis vecina a algún centro importante, a fin de encontrar los elementos necesarios para custodiar la Diócesis que había sido privada de su Pastor.

Pero también algunas veces se nombraba Nuncio al Obispo de alguna Diócesis importante. En este caso el Obispo renunciaba a la Diócesis que recibía un nuevo Pastor. El, no obstante, conservaba el título y a menudo también una parte de las entradas. También se intentaron otros medios, pero terminaron por demostrar que no eran eficaces puesto que en la práctica se apoyaban en una ficción y estaban por cierto en contraste con los principios de la Reforma.

Se llegó así al sistema inaugurado por Pablo V, un sistema que permitía compensar la pérdida de prestigio que derivaba a los Nuncios por no ser más Obispos residentes, dándoles un título más alto en la jerarquía, el de Arzobispo o Patriarca.

La costumbre de nombrar Arzobispos a los Nuncios, a los cuales se les agregaron la de los Delegados Apostólicos, (a partir de Gregorio XVI), sufrió algunas excepciones hacia fines del Pontificado de Pío XII. Juan XXIII en 1961, reestableció plenamente el uso tradicional.

Mientras tanto se debe destacar que es la primera vez que la legislación afirma plenamente lo que era fruto de una praxis. Ella no cierra la puerta a eventuales excepciones, que, si en algún momento se realizaran, no deberán interpretarse como del todo extraordinarias.

Es un hecho que el Vaticano II afirmó que la ordenación episcopal, junto con la Comunión jerárquica, constituye miembros del Cuerpo Episcopal, con todas las consecuencias que derivan (la primera consecuencia es la de crear la obligación de sentir celo por toda la Iglesia, de ejercitarse en comunión con todos los Obispos, y en particular con el Obispo de Roma).

Ninguna otra realidad, en cuanto a la ordenación episcopal, puede ligar mayormente sobre el plano institucional, a la comunión del Obispo de Roma y del entero Cuerpo Episcopal.

Esto no significa que los Obispos Representantes pontificios estén autorizados a ejercer su misión en la Iglesia, en virtud de la ordenación episcopal (el origen inmediato de la misión es el *encargo pontificio* para obrar en nombre y con la autoridad del Pastor de la entera grey); aún así ella constituye el más alto carisma institucional apto para corroborarlo en el ejercicio de su misión y de hacerlos sentir en comunión con el Obispo de Roma, ante el cual cumplen con su mandato.

Ciertamente, sólo se quiere afirmar una gran conveniencia, teniendo

también en cuenta que desde la historia de las legaciones (como se vio en otra parte del trabajo) se sabe que el Obispo de Roma se hizo representar en ciertos períodos, no sólo por Obispos, sino también por presbíteros, especialmente por diáconos y subdiáconos.

En fin, teniendo presente que los Representantes Pontificios según la expresión usada ya por San León Magno, son llamados a participar del particular celo del Obispo de Roma por todas las Iglesias, se podrían llamar “Obispos Coadjutores o Auxiliares del obispo de Roma”, en el ejercicio de su gobierno de pastor de la entera grey.

El tercer elemento, que entra en la definición de Representante Pontificio, indica la fuente de la cual recibe su misión: el Pontífice Romano. La legislación o Representación Pontificia se constituye en razón de un acto papal, que es distinto del nombramiento del titular.

El “*officium*” del legado no es sino una “*participatio*” del “*munus pastorale*” del Obispo de Roma, que también puede asumir la dimensión de “*participatio potestatis totius Christi Gregis Pastoris*”.

Por esto se da el caso de una función esencialmente vicaria, que encuentra su fundamento y razón de ser en el “*munus peculiare*” del Obispo de Roma frente a la Iglesia.

Por lo tanto se debe decir que el Legado Pontificio no puede ser calificado simplemente como un representante personal del Pontífice sino más bien Representante del Supremo “*munus*” pastoral que en la Iglesia corresponde al Obispo de Roma. Con esto tocamos otro punto de la definición de este tema.

El “*officium*” recibido es, fundamentalmente, el de representar al Sumo Pontífice en modo estable, en las distintas Naciones o Regiones del mundo. Ya se dijo que no se trata de una representación personal del Papa, sino más bien de la misión.

Se podría, de todos modos, destacar los dos aspectos diciendo que el Legado Pontificio representa a la persona del Papa en su misión ante toda la grey.

La norma de estudio puntualiza que se trata de una representación estable: por esto, teniendo en cuenta que la descripción vale sólo en el contexto de la legislación del *Motu Proprio*, es necesario decir que no se refiere a los representantes temporarios y extraordinarios, pero no excluye que ellos puedan ser calificados como Legados o Representantes Pontificios.

Finalmente se habla de Naciones o Regiones del mundo. Con el término Regiones se abarca varias Naciones, puesto que a veces el deber de representación del Legado se extiende a varias naciones; el territorio de su misión (lo que en términos del Derechos de las Decretales se decía Provincia) no siempre tiene sus confines en una sola Nación.

El párrafo 2 del Art. 1 (E.V. n. 3554) contiene la clasificación de los representantes que son nombrados en circunstancias comunes. En forma esquemática, el párrafo puede resumirse así:

— Representantes Pontificios: con misiones oficiales sólo ante las Iglesias locales;

— Delegados Apostólicos: con misión ante las Iglesias locales y ante los Estados y los Gobiernos.

— Nuncios: (equiparados a los Embajadores) gozan del derecho del decanato o más exactamente de precedencia.

— Pro-Nuncios: equiparados a los Embajadores, pero sin derecho de precedencia.

— Internuncios: equiparados a los Enviados y Ministros.

Se establece una distinción en base a la misma misión del Representante y una sub-distinción en base al derecho internacional diplomático. La legislación llama a la legación ante las Iglesias locales “de naturaleza religiosa y eclesiástica” y de ella separa la misión ante los Estados y los gobiernos, que califica de Diplomática.

En base a cuanto ya se dijo más arriba, creo se pueda, es más, se deba considerar también de naturaleza religiosa y eclesiástica la misión ante los Estados, sin que por ello deje de ser realmente diplomática.

El temor de calificar como religiosa la misión ante los Estados puede derivar de la equivocación de creer que religioso sea contrario a jurídico; y el temor de calificarla como eclesiástica del error de pensar que una acción eclesiástica pueda tenerse sólo dentro de la Iglesia y aún más, en el campo sacramental. Si las palabras tienen un sentido no se entiende porque no puede decirse realmente “eclesiástica” una acción que es de la Iglesia y de la Iglesia completa.

Por esta razón las dos legaciones o misiones son de igual naturaleza (religiosa-eclesiástica; “ad intra” una, “ad extra” la otra), también si asumen contenidos y formas de ejercicios distintos y aunque sus fines inmediatos sean distintos.

Las dos legaciones son una participación y una forma de ejercicio de la misión del Pastor y Jefe de la Iglesia Católica. Esto resulta todavía más evidente por el hecho que no es posible distinguir cuales deberes, según el Motu Proprio, sean exclusivos de los Representantes que tienen carácter diplomático.

Lo cual no significa negar que estos puedan actuar con una nueva calificación que les ofrece la posibilidad de hacer presente la acción de la Iglesia y de su Jefe según una forma y modalidad que no son posibles a los Representantes no diplomáticos.

Respecto a la subdistinción de los Legados que tienen también cargo diplomático es necesario remitirse al derecho internacional diplomático. En base al Art. 14, párrafo 1 de la Convención sobre las Relaciones Diplomáticas (Viena 1961), los Jefes de Misión están clasificados en tres clases:

a) La de los Embajadores, nuncios y otros Jefes de Misión de rango equivalente (por ejemplo, los Altos Comisarios de los estados participantes en el Commonwealth); están acreditados ante los jefes de Estado.

b) La de los enviados, ministros e internuncios; también estos están acreditados ante los Jefes de Estado.

c) La de los Encargados Permanentes de Negocios (con Cartas Credenciales); están acreditados ante el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Como recuerda el Párrafo 2. del mismo Art., la distinción de clases no tiene importancia salvo para la *precedencia* y otras reglas del ceremonial. No incide mínimamente sobre la idoneidad jurídica de los que pertenecen a las tres categorías aptas para ejercer las funciones diplomáticas.

El artículo cataloga expresamente a los Nuncios en su primera clase y a los Internuncios en la segunda, pero no nombra a los Pronuncios, puesto que esa figura jurídica aparece después, en 1965, con el nombramiento de dos Pronuncios Apostólicos en Kenia y Zambia.

Para comprender el significado de esa figura, es necesario remitirse al Art. 16 de la Convención sobre las Relaciones Diplomáticas que determina el orden de precedencia de los Jefes de Misión.

Después de establecer en el primer párrafo que el orden de precedencia, dentro de cada clase, se determina de acuerdo a la antigüedad en el cargo, en el párrafo 3 se afirma que tal disposición no perjudica los usos que son o serán aceptados por el Estado acreditante en lo concerniente a la precedencia del representante de la Santa Sede.

Igual que en la Convención de Viena, se trata de una excepción a la regla del criterio objetivo. Tal excepción se aplica allí donde por voluntad del Estado acreditante sucede que el Nuncio es siempre (aun cuando no está acreditado como el más antiguo) el **decano del Cuerpo Diplomático**. En el ámbito de su clase nada prohíbe que también al Internuncio se le pueda reconocer la precedencia; no obstante él no podría ser el Decano del Cuerpo Diplomático ya que por tradición el decanato le corresponde a quien tiene mayor antigüedad de acreditación.

Una costumbre muy generalizada entre los estados de establecer relaciones diplomáticas a nivel de Embajada con el nombramiento de representantes que pertenecen a la primera clase, impulsó a la Santa Sede a buscar una nueva fórmula para crear Nunciaturas y acreditar representantes de primera

clase, también ante aquellos estados que no tienden a garantizar el derecho de precedencia y el cargo de decano del Cuerpo Diplomático al Representante de la Santa Sede. Así apareció la figura del Pro-Nuncio Apostólico.

El significado actual del término no coincide exactamente con el que tenía en el pasado, cuando indicaba el Nuncio creado Cardenal, en el período que continuaba ejerciendo sus funciones antes de ser incorporado a la Curia Romana.

Pero en cierto sentido continúa indicando una situación considerada, por lo menos por la Santa Sede, como transitoria, es decir en la esperanza de poder crear un Nuncio, al que le sea reconocido el derecho de prioridad.

Esta actitud de la Santa Sede no está determinada ni por ambición, ni por voluntad de dominio en el ámbito de la comunidad internacional sino antes bien por el sincero deseo que los miembros de la comunidad internacional reconozcan su naturaleza específica y la función del todo peculiar que la Iglesia puede desarrollar a través de la Santa Sede en el ámbito de esa comunidad. Es decir, el movimiento espiritual y moral en el ámbito internacional.

Este deseo no parece contrastar para nada con la misión de servicio que la Iglesia quiere y debe realizar en el mundo y en el ambiente de las instituciones sociales, ya sean nacionales o supra-nacionales. Pero no rechaza aceptar una posición que no es del todo conveniente a su naturaleza, con tal de estar presente, porque su presencia es ya un testimonio de los valores religiosos, espirituales y trascendentes, y por lo tanto un servicio.

Una preeminencia a favor de la Santa Sede en los consensos internacionales, puede surgir sustancialmente en las organizaciones en las que la Iglesia interviene a través de sus Representantes, de la serenidad y objetividad de las tesis que sostiene, de los sugerimientos dados, carentes de interés material, terrenal o partidario, puede —es más, debe— hacer dar a la Santa Sede un efectivo liderazgo en los asuntos tratados.

Ni siquiera es el caso de insistir o subrayar, siendo tan obvio, que esta multiforme presencia de la Santa Sede en la vida, en las relaciones, en los consensos internacionales, es propia de la Santa Sede como órgano soberano y supremo de la Iglesia Católica, no ya del modesto, aunque indispensable, Estado de la Ciudad del Vaticano.

El párrafo 3 del Art. 1 (E.V. n. 3555) usa una terminología que se podría llamar “especial” desde el momento que aun indicando un Representante Pontificio propiamente dicho (es decir que tiene las características establecidas en el párrafo 1) dadas especiales circunstancias de lugar y de tiempo, es designado con nombres distintos de los vistos anteriormente, es decir:

a) Delegado Apostólico y Enviados de la Santa Sede ante un Gobierno.

Con este título fue acreditado un representante de la Santa Sede ante el gobierno de la Ex-República Federativa de Yugoslavia, el 17 de setiembre de 1966. El Anuario Pontificio lo citó bajo las representaciones con carácter diplomático. Fue el primer caso de Representación Diplomática de la Santa Sede ante un Estado socialista europeo. Tal figura dejó de existir en Yugoslavia, cuando conjuntamente, la Santa Sede y la Ex-República Socialista y Federal de Yugoslavia, decidieron hacer el intercambio diplomático, con la categoría de Nunciatura Apostólica la Santa Sede y de Embajada, Yugoslavia.

El caso específico que se produjo en ese Estado, podría repetirse en otras naciones, quizás por eso se introdujo tal figura en la parte normativa del Motu Proprio.

b) Regente: Tiene carácter estable pero supletorio. Se manda cuando se prevé una larga ausencia del Jefe de la Misión de la primera y segunda clases.

c) Encargado de Negocios: Tiene también carácter estable. Según el citado artículo 14 de la Convención sobre las Relaciones Diplomáticas, el encargado de negocios pertenece a la tercera clase de los jefes de Misión, y está acreditado ante el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Otros representantes de la Santa Sede

El art. 11 (E.V. n. 3556-3558) del Motu Proprio hizo un listado de otras clases de representantes de la Santa Sede que no desarrollan su misión ni ante las Iglesias locales ni ante los Estados, sino en las Organizaciones Internacionales, Conferencias y Congresos.

O bien, aun desarrollando su misión sea ante las Iglesias locales o los Estados, ella es supletoria, interina, porque la ejerce en ausencia o falta temporal del Jefe de Misión.

Todos ellos, aunque representen efectivamente a la Santa Sede en el ejercicio de su misión, no están comprendidos en el Motu Proprio bajo el nombre de Representante Pontificio, porque en algunos aspectos no cumplen plenamente la definición del Art. 1 párrafo 1. Por lo tanto, no se refieren a ellas las normas establecidas en el Motu Proprio, a menos que no sean nombrados expresamente. Son, específicamente:

a) Delegados: Son Jefes o miembros de una misión ante una Organización Internacional de la cual la Santa Sede es miembro, o Jefes o miembros de una Misión de la Santa Sede, participantes con derecho al voto en una Conferencia o Congreso Internacional.

b) Observadores: Son jefes o miembros de una Misión Internacional de la cual la Santa Sede no es miembro, o bien jefes o miembros de una misión de

la Santa Sede que participa sin derecho a voto en una conferencia o congreso internacional.

Cabe destacar que ambos también pueden ser laicos, y de hecho algunos lo son. El nombre de Delegado u Observador compete no sólo a los Jefes de las misiones, sino también a los miembros de las mismas. La Santa Sede tiene también sus delegados y observadores en las organizaciones internacionales gubernamentales como en las no gubernamentales.

Como criteriosamente afirma Olivero “el hecho, pues, que ella tenga delegados sólo ante algunas y ante otros observadores, no significa que tenga menos interés por el buen funcionamiento de aquellas de las cuales no es miembro o de aquellas en las que participa sin derecho al voto. En cambio, es cierto que en los máximos organismos que rigen o por lo menos pueden contribuir a regir la suerte de la humanidad, la iglesia muy difícilmente podría intervenir de pleno iure, ya que se enfrentaría con obligaciones, con riesgos que no son coherentes con su misión totalmente espiritual.

Un voto más, no cambiaría para nada la suerte, y la expondría a compromisos peligrosos”. (T. Olivero “La Chiesa e la Comunità Internazionale”).

No es a nivel de programas concretos, no es a nivel técnico, que la Iglesia puede desarrollar su misión.

c) Encargados de Negocios ad ínterin:

Son los miembros de la Representación Pontificia que, faltando temporalmente el jefe de la misión, lo sustituyen (con carácter supletorio - provisorio) asumiendo sus funciones ya sea frente a las Iglesias locales que frente al Gobierno.

II. Fundamento, inicio y fin de la misión de los Representantes Pontificios

El artículo III, párrafo 1 (E.V. n. 3559) implica una resolución explícita respecto al derecho de legación “ad extra”.

Observamos que el ejercicio de Legación “ad intra” es un verdadero derecho y es plenamente libre e independiente de cualquier otra autoridad, sea con respecto al nombramiento, envío, traslado o retiro. Verdaderamente forma parte del derecho más amplio que la Santa Sede reivindica frente a cualquiera, de poder comunicarse libremente sea con los Obispos que con los fieles de todo el mundo. Obispos y fieles deben gozar a su vez de una total libertad de comunicación con la Santa Sede mientras el derecho de legación “ad extra” es en realidad una “facultad-capacidad” y su ejercicio debe desarrollarse conforme a las normas de derecho internacional, que también la Iglesia, en cuanto miembro de la Comunidad Internacional, (aunque de naturaleza semejante a la de los otros miembros) contribuye a crear libremente.

El aceptar obrar en determinados aspectos según las normas del derecho internacional, no hace perder la libertad a la Iglesia puesto que ella no aceptará jamás aquellas normas que eventualmente fueran contrarias al derecho natural o la obligara a asumir una actitud contraria a su naturaleza específica.

Por lo demás las normas fundamentales que regulan las relaciones entre los miembros de la comunidad internacional son de derecho natural (por ejemplo “pacta sunt servanda”): ahora es obvio que también la Iglesia está sujeta al derecho natural que debe observar y del cual es intérprete y garante.

Con respecto al derecho internacional diplomático, la Santa Sede participó en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones e Inmunidad Diplomática (Viena 1961), y después ratificó lo que en términos oficiales estableció la “Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas”.

La Santa Sede contribuyó a la creación de dichas normas (aunque son casi una codificación de normas ya existentes por derecho consuetudinario), estando comprometida a respetarlas.

Las normas que reglamentan el nombramiento y retiro de los agentes diplomáticos, y a las que se refiere el articulado del Motu Proprio, están reunidas en la primera categoría de disposiciones de la Conferencia de Viena (Art. 2-19), que reglamentan, bajo distintos aspectos, las relaciones diplomáticas.

Pero no se puede negar que, mientras la legación interna de la Iglesia nace del Sumo Pontífice, la legación externa no nace sino del mutuo consentimiento.

El Art. III (E.V. n. 3560) habla sobre la cesación de la misión del Representante Pontificio. Al mismo se aplica también el Reglamento General de la Curia Romana, que fija a los 75 años de edad el retiro del ministerio. No es, sin embargo una norma cuya aplicación se realice “ipso facto”, es decir con el sólo metro del límite de edad.

III. Obligaciones de los Representantes Pontificios

Los artículos VI - XI del Motu Proprio (E.V. n. 3562-3583) determinan cuales son los objetivos hacia los cuales tiende la misión del Representante Pontificio, cuales funciones le competen, y cuales son sus deberes; en definitiva cual es el trabajo que él debe desarrollar en nombre y por autoridad de la Sede Apostólica, en múltiples direcciones.

Dichas funciones pueden subdividirse así:

- 1) Concerniente a las Iglesias Locales.
- 2) Concernientes a los Obispos.

- 3) Concernientes a las Conferencias Episcopales.
- 4) Concernientes a las Comunidades religiosas.
- 5) Concernientes a los no católicos y no cristianos.
- 6) Concerniente a la Comunidad Política.
- 7) Concerniente a las Organizaciones internacionales.

RELACIONES CON LA REPÚBLICA ARGENTINA

En nuestro país el Convenio con la Sede Apostólica inició su negociación en el año 1958 durante la Presidencia del Doctor Arturo Frondizi, concluyéndose durante el transcurso del año 1966, con la intervención del entonces Canciller Zabala Ortiz. Este instrumento legal ha colocado las relaciones bilaterales dentro de un marco adecuado a los tiempos, compatibilizando los intereses de la República con aquellos de la Sede de Pedro.

A través de todo su articulado —que se adjunta como anexo— se advierte la cuidadosa construcción de una relación especial que, según el calificado entender de varios comentaristas, entierra el anacronismo del Patronato, institución que ponía al Presidente de la República en la posición de un gran elector de carácter religioso y a los otros dos poderes del Estado en sus colaboradores para dicha tarea.

El efecto jurídico-institucional que ha emanado de este importante Acuerdo es el pleno reconocimiento de la Iglesia Católica en el ámbito de nuestro país.

Ahora bien, se han alzado algunas críticas en el sentido que el mismo puede significar un menoscabo o que vaya en detrimento de otros cultos.

Creo, como estimo la mayoría de la opinión pública y especializada de la Argentina, que es infundado el temor que este reconocimiento sea atentatorio de la libertad religiosa o también llamada de Culto.

Es interesante la opinión y el valioso aporte del Dr. Angel M. Centeno —actual Secretario de Estado de Culto de nuestra Cancillería— en el sentido que al analizar la eventual reforma de la Constitución, importa mucho recalcar que la aprobación de algunos de sus términos no implicaría un atentado a la Fe de la Nación.

Es relevante en el campo del derecho constitucional interno el estudio del caso de la reforma en tiempos no muy lejanos, de la Constitución cordobesa.

Ella precisa los términos de “autonomía y cooperación” como los conceptos que establecen en la provincia las relaciones con la Iglesia. “Pacto de Unión” o “Pacto de Libertad y cooperación” se ha llamado al reciente Concordato con Italia, al que volveremos luego.

Es primordial recalcar aquí que la condición de católico para acceder a la Presidencia de la Nación fue impuesta en el año 1853 como consecuencia derivada de la institución del Patronato ya que no podría un mandatario actuar como patrono y no ser católico.

Bien corresponde que nos ubiquemos en los tiempos que corrían por entonces. No se había celebrado el acontecimiento religioso del siglo, el Concilio Ecuménico Vaticano II con la preclara figura del gran Pontífice Juan XIII y por ende, el tema de la libertad religiosa, la libertad de todo creyente a gozar de la igualdad efectiva en relación a los demás ciudadanos en todos los aspectos de la vida cívica, económica, social y cultural sin tener que temer la discriminación, podría aplicarse a un no católico aspirando a no sentirse eliminado en su posible acceso a la Presidencia del país de su pertenencia.

También queda en claro que en 1853 el acento fue puesto muy fuertemente al principio de la Carta Magna, en su Preámbulo, “Dios, fuente de toda razón y justicia”, lo cual expresa un reconocimiento elemental y anterior a toda otra consideración de los valores trascendentales que estén en la raíz de la organización de la vida argentina, concluye el Dr. Centeno.

Esta forma explícita de reconocimiento permitió al Estado argentino activamente defender y promover el valor religioso. Sostener el Culto, se dice, no es aportar ayuda económica solamente, y debe incluir algo más amplio y general. Lo común es entender ese artículo en el sentido de participación presupuestaria. Ciertamente es iluminante el Concilio Vaticano II cuando en su documento GAUDIUM ET SPES nos dice:

“La Iglesia no pone su esperanza en privilegios dados por el poder civil: más aún, renunciar al uso de ciertos derechos legítimamente adquiridos si constan que puedan empañar la pureza de su testimonio o las nuevas condiciones de vida exijan otra disposición”.

UNA OPINIÓN

Si examinamos atentamente el tema que nos ocupa, nos daremos cuenta de su verdadera trascendencia. Es que la actividad de la Santa Sede y el dinamismo y personalidad del actual Pontífice hacen que ella no esté nunca ausente, de una u otra manera, en el acontecer internacional, siempre con el hombre y sus intereses como centro y motivación de su actuar.

No escucharíamos ciertamente a los más importantes líderes mundiales hacerse eco de las palabras del Papa ni acudir a su encuentro si lo antes dicho no fuera así.

Son, en este sentido, emblemáticas las palabras del Ex-Presidente de la Ex-Unión Soviética, Mijail GORBACHOV, destacando la importancia de la figura de Juan Pablo II en los cambios que se produjeron en tiempos recientes en el Este europeo.

Fue más lejos aún cuando se confesó “muy cercano a los puntos de vista del Papa” y que su labor “propicio un cambio de mentalidad” sobre el que “maduraron los acontecimientos a los que hemos asistido en nuestras naciones” (Matutino italiano “Corriere della Sera” del 18-8-92).

No es ajeno a los conocimientos de cualquier politólogo que de no haber sido por la actuación silenciosa, a veces, y la iniciativa diplomática otras, del papa polaco, los acontecimientos apenas mencionados no se habrían desarrollado con la rapidez y modalidad con la que tuvieron lugar.

La Santa Sede es, desde tiempos remotos, y hoy aún más, un prisma de política internacional inapreciable. El desempeñar funciones diplomáticas en nuestra Representación ante la misma en Roma debe necesariamente conllevar una formación especial y una inclinación natural hacia los temas que en su seno se atienden.

EL CASO PARTICULARÍSIMO DEL CONCORDATO ITALIANO

Hemos mencionado el Concordato italiano de 1984, porque, al mismo tiempo que regula las relaciones de la Iglesia con una Nación católica, pone de manifiesto los valores que un gobierno socialista admite como valiosos y dignos de mención y respeto.

Es importante destacar que Italia es sede geográfica de la Santa Sede.

Ya el Preámbulo de este documento firmado por el Cardenal Casaroli y el entonces Primer Ministro italiano Bettino Craxi nos da el sentido de esta forma: “...teniendo en cuenta el proceso de transformación política y social que ha tenido lugar en Italia en los últimos decenios y los cambios promovidos en la Iglesia desde el Concilio Vaticano”.

Y al enumerar y examinar los puntos del acuerdo, el artículo 9 dice: “La República Italiana, reconociendo el valor de la cultura religiosa y teniendo en cuenta que los principios del catolicismo son parte del patrimonio histórico del pueblo italiano...”. Concuerdia aquí con el pensamiento del Gobierno, laico y socialista, que por boca de Craxi expresa que “en el patrimonio histórico de Italia el catolicismo ha tenido y tiene profundas raíces”. Y aquí debemos hacer hincapié en lo siguiente: un cambio en la instrumentación de las modalidades de relación con la Iglesia no puede hacer que el estado olvide, disimule o deje de promover y reconocer esos valores que entre nosotros, los argentinos, tienen los mismos caracteres que en Italia en cuanto a raíces culturales e históricas.

Aun en el extremo y violento caso de la Reforma en Inglaterra, la raíz sembrada por los misioneros no fue nunca negada ni pudo serlo. La esencia de un pueblo ha de ser mirada con enorme respeto, y ello incluye la obligación del Estado y de su legislación, de traducirse en hechos.

Prosiguiendo con el Concordato italiano, recordamos como él vino a reemplazar los acuerdos de Letrán, y en ese sentido pone en su Protocolo: “se considera no más en vigor el principio, originariamente establecido en los Pactos Lateranenses de la Religión Católica como única religión del Estado Italiano”.

Concluimos esta parte del trabajo con una breve síntesis de lo operado por el Gobierno italiano como consecuencia de la firma de este nuevo Concordato.

LA REFORMA DEL CONCORDATO Y LA NUEVA LEGISLACIÓN ECLESIAÍSTICA

La política eclesiástica del Gobierno Italiano —dirigida por el entonces Presidente del Consejo de ministros, Bettino Craxi— se ha movido en el preciso cumplimiento de las directivas programáticas del 9 de agosto de 1983 en la perspectiva de una completa aplicación del dictado Constitucional en el campo de las relaciones entre Estado, Iglesia Católica y otras confesiones religiosas.

Después de una larga fase de inercia caracterizada por la integral supervivencia de la legislación concordataria y eclesiástica, emanada en el período fascista, el gobierno, consciente de las obligaciones derivadas de los principios constitucionales, ha recorrido, con decisión, un correcto itinerario político y normativo de refundación del sistema de tales relaciones, procediendo por vías distintas pero concurrentes.

Este acuerdo entre Italia y la Santa Sede de modificación del Concordato lateranense, con protocolo adicional, fue iniciado con la firma en Villa Madama (Roma) el 18 de febrero de 1984.

Seguido por la disposición, el 8 de Agosto de 1984, de las normas sobre entes y bienes eclesiásticos y sobre el mantenimiento del clero, aprobadas con el protocolo del 15 de noviembre de 1984, que se cristalizan en la ley 222 de 1985 con las normas sobre el reconocimiento de las Fiestas religiosas, emanadas en virtud de la aplicación del nuevo Concordato como asimismo con la aplicación de las disposiciones referentes al nombramiento de Obispos y párrocos y con el entendimiento con la Conferencia Episcopal Italiana sobre la enseñanza facultativa de la religión católica en las escuelas públicas del 14 de diciembre de 1985.

Asimismo con la ley del 14 de diciembre de 1985 sobre la Religión Católica en las escuelas públicas y la ley del 18 de junio de 1986 sobre la edad para poder elegir participar de la hora de religión en la escuela.

Así el problema de la legislación eclesiástica se traduce concretamente, en lo que respecta a las confesiones religiosas distintas de la católica, en el acuerdo con las iglesias Valdesa y Metodista del 21 de febrero de 1984 y con los acuerdos, firmados en la sede del gobierno (Palazzo Chigi) el 29 de

diciembre de 1986, con la Asamblea de Dios en Italia, Pentecostales y con las Iglesias Cristianas Adventistas.

En el plano de aplicación de los compromisos asumidos, por la Iglesia Católica, se ha publicado el reglamento de aplicación de la ley sobre los Entes y bienes eclesiásticos y completado el proyecto de ley para aplicar las nuevas prescripciones concordatarias en materia de celebración y transcripción de matrimonios canónicos y de confirmación de sentencias eclesiásticas sobre nulidad de matrimonios.

Se encuentra en estudio la cuestión que prevé el acuerdo del 18 de febrero de 1984 sobre títulos académicos, asistencia espiritual y bienes culturales.

Referente al Art. 8 de la Constitución Italiana es inminente la conclusión de tratativas para el acuerdo con la Unión de Comunidades Israelitas. Todo el conjunto, constituido por la reforma de los Pactos Lateranenses, por la reorganización global de todo el régimen de los bienes y entes eclesiásticos y del mantenimiento del clero (sea para los católicos que para los de otras confesiones), por la reconsideración del régimen matrimonial y del nuevo sistema de relación interconfesional, constituyen una nueva y orgánica reestructuración de este importante sector del Ordenamiento Jurídico del Estado.

La legislación del Estado sale así reforzada y renovada. Es una reestructuración obligatoria que, ante la igual libertad de las confesiones y el respeto de la libertad religiosa y de los derechos fundamentales del hombre, garantiza la tutela de la específica identidad de la Iglesia Católica y de las otras confesiones religiosas interesadas y trata, con originales soluciones normativas, el principio constitucional de la igual dignidad social y de la igualdad de los ciudadanos sin distinción de fe religiosa o creencia.

Hemos querido vincular el caso argentino con el italiano, aun siendo circunstancias históricas diferentes, por considerarlos a su vez bastante afines desde el punto de vista socio-cultural.

CONCLUSIONES

Llegando, pues, al final de este trabajo, habiendo ya ahondado en los basamentos del tema elegido, creo que existe, indudablemente, una realidad concreta que se nos presenta cuando nos proponemos plantearnos como ve a la Iglesia Católica el Derecho Internacional pues el mismo adopta respecto de ella una posición distinta con relación a la que toma cuando se refiere a otras confesiones religiosas.

Ante el Derecho Internacional ella se nos presenta como un fenómeno diferencial, basándose esto en dos causas esenciales:

- a) la Iglesia Católica se mueve como una realidad social dentro de un

ámbito ecuménico y ha conseguido hacer efectiva en el plano positivo de los hechos su vocación universalista;

b) su organización unitaria y su sumisión a un poder central supranacional.

La innegable trascendencia en el plano de las relaciones internacionales y del Derecho de Gentes de las dos notas señaladas ut supra han determinado para la Iglesia Católica un tratamiento distinto al del resto de las denominaciones religiosas.

De esto se desprende y concreta el reconocimiento de la personalidad internacional a una realidad social determinada, como encarnación jurídica susceptible de actuación en la esfera del Derecho de Gentes de la Religión Católica.

Y de esto precisamente hemos tratado en este trabajo: cual es esta realidad social a determinar, punto ciertamente que amerita y necesitaba una precisión doctrinal.

Son tres los conceptos que nos hemos propuesto analizar antes de precisar a cual de ellos pensamos atribuye o debería atribuir el Derecho Internacional personalidad en su ámbito: la Iglesia Católica, la Santa Sede o la persona física del Papa.

Del primero de los conceptos —o sea, la Iglesia Católica— nos interesa sólo la noción jurídica. No nos adentramos, pues, en su noción teológica sin que ello implique aseverar que esta noción jurídica no se base en profundas raíces teológicas.

El concepto es teológico. Su noción jurídica no es más que la vestidura en el mundo del Derecho, de aquél.

Cabe destacar que, si bien no existe un canon específico con una definición exacta del término “Iglesia Católica” dicho concepto se desprende de la combinación del 1er. y 2do. párrafo del canon 204 del nuevo Código de Derecho Canónico.

El mismo establece que “son fieles cristianos quienes, incorporados a Cristo por el bautismo, se integran en el pueblo de Dios y, hechos partícipes a su modo por esta razón de su función sacerdotal, profética y real de Cristo, cada uno según su propia condición, son llamados a desempeñar la misión que Dios encomendó cumplir a la Iglesia en el mundo” (parte 1ra.).

“Esta Iglesia, constituida y ordenada como sociedad en este mundo, subsiste en la Iglesia Católica, gobernada por el sucesor de Pedro y por los Obispos en comunión con él” (parte 2da.).

En cuanto a la Santa Sede su definición nos viene ya dada por el Derecho positivo, si bien es el Derecho interno de la Iglesia, es decir el nuevo CODEX

IURIS CANONICI, el cual en su Canon número 361 nos dice “En este Código, bajo el nombre de Sede Apostólica o Santa Sede se comprende no sólo al Romano Pontífice, sino también, a no ser que por su misma naturaleza o por el contexto conste otra cosa, la Secretaría de Estado, el Consejo para los asuntos públicos de la Iglesia y otras instituciones de la Curia Romana”.

De este canon resulta que la Santa Sede es el Organismo central y universal de gobierno de la Iglesia Católica, sometido a la potestad absoluta del Romano Pontífice.

Este concepto jurídico del Papa como soberano absoluto de la Iglesia —y en un Derecho Constitucional imposible de sufrir modificaciones pues nace de la institución divina— nos es dado, repetimos, por el canon 361 arriba transcrito.

Así hemos ya perfilado la noción de las tres entidades jurídicas en cuestión.

Ahora y resumiendo: ¿a cuál de ellas atribuye el Derecho de gentes personalidad internacional?

Examinamos en primer lugar la cuestión referida a la Iglesia Católica. Y ante todo notamos como la generosidad con que el Derecho Canónico configura el tratamiento de la personalidad jurídica en general, hace que esta noción unitaria de la Iglesia Católica —naturalmente sólo dentro del plano jurídico sentamos nuestras afirmaciones y negaciones— se diluya en múltiples personalidades particulares, cada una de las cuales, por lo general, desarrolla sus actividades dentro de la esfera de acción de un estado soberano.

Por otra parte, los fieles de la Iglesia Católica, entre los cuales no constituyen una excepción quienes encarnan la representación o el gobierno de esas distintas personas jurídicas particulares que, con arreglo al Derecho canónico, florecen dentro de aquella —y dicho sea de paso sometidas a la suprema y absoluta potestad de la Santa Sede son súbditos de los distintos estados sujetos del Derecho Internacional—.

Creemos basta con estas consideraciones para negar a la Iglesia Católica, sin más precisiones, la personalidad internacional.

Sin embargo, de lo expuesto no hemos tenido en modo alguno la intención de deducir que la noción unitaria de la Iglesia Católica sea algo que se esfume en el plano jurídico.

Lejos de ello, negamos que la unidad de la Iglesia, como nota teológica, carezca de paralelo en el mundo del Derecho.

Lo que ocurre es que para encontrar un soporte jurídico, capaz de actuar con repercusiones concretas en la esfera del Derecho de Gentes —a la cual nos

estamos limitando, sin que nuestras otras afirmaciones más generales tengan más pretensión que la de servirnos de hilo conductor que a él nos lleven— hemos de acudir al órgano de representación y gobierno supremos y centrales de la Iglesia Católica, es decir la Santa Sede.

Y antes de ocuparme de la última consideración de la Santa Sede por el Derecho Internacional, deseo puntualizar que no debe entenderse que la falta de personalidad internacional de la Iglesia Católica suponga una desarmonía entre el Derecho Internacional y el Derecho Canónico.

Lo que el Derecho Canónico ha reivindicado siempre es el reconocimiento de personalidad de dicha Iglesia y a las personas jurídicas particulares en ellas englobadas por los distintos derechos internos.

Ello ha sido uno de los empeños de la Santa Sede en sus reivindicaciones frente a los Estados que con ella han concluido Concordatos.

La manera más o menos feliz y generosa como en cada concordato ha sido reconocida tal personalidad en el Derecho interno, puede, en la mayoría de los casos, sernos un índice de la clase de concordato obtenido en las diferentes hipótesis.

Con o sin concordatos, en materia de la personalidad interna de la Iglesia Católica y de sus instituciones particulares, se ha podido apreciar a lo largo de la historia jurídica una línea constante aunque discontinua de desarmonía entre los distintos derechos internos y el Derecho Canónico.

En cambio, la armonía ha sido plena, como veremos enseguida, entre el Derecho de Gentes y dicho Derecho Canónico, en la postulación por el uno y el reconocimiento por el otro de la personalidad internacional de la Santa Sede.

Se nos ha planteado entonces la cuestión de determinar a quien se ha de atribuir la personalidad internacional, limitando ya nuestra elección a la Santa Sede como órgano de gobierno central y unitario de la Iglesia Católica, o a la persona física del Papa, como soberano absoluto de la misma, de acuerdo con la Institución divina.

Nuestra posición es que la elección ha de concretarse a la Santa Sede.

Las razones son múltiples. Sólo se ha deseado recoger algunas en este trabajo.

Ante todo, la realidad de las cosas, es decir, el Derecho Internacional Positivo.

Como de la terminología diplomática resulta —credenciales de las Representaciones, concordatos, organismos internacionales, etc.— es la Santa Sede quien aparece como sujeto de Derecho de Gentes, en paridad de condición jurídica con los Estados.

Tengamos también en consideración el canon que nos define a la Santa Sede anteriormente mencionado.

Bien es verdad que se trata de una norma emanada dentro del ámbito interno de la Iglesia Católica. Pero el Derecho Internacional, luego de reconocer la subjetividad de dicha Iglesia, encarnada en su órgano de representación y poder centrales y unitarios, no puede desconocer la configuración que ella misma dé a dicho órgano, siempre que esa autonomía en la configuración interna no suponga rebasar los límites internacionales de su personalidad, lo cual no es el caso.

Precisamente lo que resulta exclusivamente emanado del ámbito interno de la Iglesia Católica —o ya si se quiere de la Santa Sede en concreto— es la posición singular del Romano Pontífice en la misma, es decir, el carácter intangiblemente absoluto de su autoridad sobre toda ella, como derivado directamente de la institución divina.

Esta posición “sui generis”, aunque no es desconocida por el Derecho Internacional —vimos cuán relevante ha sido para este la necesidad de proporcionar al Papa una salvaguardia jurídica por encima de cualesquiera soberanías temporales que pudiesen absorberle o, al menos, dar la sensación de que le absorbían—, tiene un origen interno, canónico.

Y, por ende, ello nos ofrece otro argumento más para atribuir a la Santa Sede y no al Papa como persona física la personalidad internacional.

Y es la consideración general de los órganos y no de las personas, o aun más allá de los órganos, de los entes que por medio de estos actúan, en el Derecho de Gentes, como en general en el Derecho Público.

Por otra parte, la personalidad internacional no cesa durante la sede vacante.

¿Y cómo explicar esta situación si se atribuye al Papa y no a la Santa Sede dicha personalidad?

¿Cómo construir el tratamiento por el Derecho Internacional de una situación tan problemática para la tesis combatida, en el interregno en que la persona física del Papa no existe?

No obstante, conviene aclarar como no entendemos que esta atribución de la personalidad internacional a la Santa Sede y no a la persona física del Papa conlleve consecuencias prácticas.

Se trata sustancialmente de una precisión conceptual, como se indicaba en alguna parte de este trabajo.

Por lo demás ya dije líneas arriba como el Derecho Internacional no puede desconocer la posición singular del Papa respecto a la Iglesia Católica y a la Santa Sede. Este Derecho ha reconocido la personalidad internacional de

ésta, llevado primordialmente de su realidad social, realidad desde luego inconcebible sin su soporte espiritual.

Pero esa realidad a la que aludo no puede desvincularse artificial y caprichosamente de su base teológica. Esta última, la noción teológica, es su base primaria.

También pusimos de relieve el interés de la comunidad internacional en la salvaguardia de la independencia plena de la persona del Papa, al abrigo de toda potestad temporal particularista.

Ese interés, precisamente, ha jugado mucho en el reconocimiento a la Santa Sede de la referida personalidad internacional.

Y, en fin, no siendo la Santa Sede un Estado —aunque sí un sujeto del Derecho Internacional normal— permanente y en paridad de condición jurídica con los Estados, no viniendo las diferencias de trato más que determinadas por la fuerza misma de las cosas derivadas de la diferencia fáctica entre uno y otros entes— huelga aclarar que la posición del Papa frente a la misma, nada de común puede tener con la de los Jefes de Estado frente a éstos.

Debemos poner de relieve cómo la singularidad de la posición de Papa —en concreto de su potestad absoluta derivada del Derecho Canónico, de institución divina en la materia— crea para él una peculiaridad muy relevante, incluso en su carácter de Jefe de Estado de la Ciudad del Vaticano, frente a este mismo estado temporal soberano.

Conste, pues, que al negar a la persona física del Papa la personalidad internacional y atribuirse la a la Santa Sede —entiéndase bien, en y con el Papa— no entendemos se menoscabe mínimamente la plena garantía por la comunidad internacional de la posición singular de dicha persona al frente de la Iglesia Católica y de la misma Santa Sede.

Como ya soslayamos en otra parte de este trabajo, el Estado de la Ciudad del Vaticano nació al ejercitar la Santa Sede los derechos en su beneficio que emanaron del Tratado de Letrán, es decir, de los artículos 3, 4 y 26 del mismo, según los cuales Italia reconocía a dicha Santa Sede la plena propiedad y la exclusiva y absoluta potestad y jurisdicción soberana sobre el Vaticano, implicando esa soberanía y jurisdicción exclusiva la imposibilidad de ingerencia alguna por parte del gobierno italiano sobre la Ciudad del Vaticano o el ejercicio en ella de una autoridad distinta de la de la Santa Sede y reconociendo claramente Italia el Estado de la Ciudad del Vaticano bajo la soberanía del Sumo Pontífice.

Con la entrada de las tropas italianas en Roma en 1870 y el voluntario confinamiento del Papa en el Vaticano, en el cual no funcionó en adelante una

organización estatal, los Estados Pontificios se extinguieron por *debellatio* (ocupación), como indicamos precedentemente.

No se alteró la personalidad internacional de la Santa Sede.

Italia había contraído una obligación tácita frente a la comunidad internacional de salvaguardar la independencia del Papa y la libertad y soberanías efectivas de la Santa Sede en su misión de gobierno espiritual de la Iglesia.

En ejecución de esa obligación tácita promulgó la Ley de Garantías ya objeto de explicación y análisis en otro capítulo de este trabajo.

Como consecuencia de su existencia y observancia por parte italiana — pese a su rechazo por la Santa Sede—, la comunidad internacional no tomó medidas de ninguna índole contra el Estado italiano invasor.

En 1929 la Ley de garantías cedió su lugar al Tratado de Letrán. Y no sólo por sistematizar las relaciones entre la Santa Sede y el Estado italiano, sino para sustituir también la garantía internacional de que la comunidad de los Estados era acreedora frente a Italia y en beneficio de la propia Santa Sede.

Por eso el Tratado de Letrán, pese a su forma jurídica de convención bilateral entre los dos sujetos del Derecho Internacional, Santa Sede e Italia —no podía ser en él parte el Estado de la Ciudad del Vaticano que no nació ni siquiera en el momento del canje de ratificaciones, sino en el de la puesta en marcha de una organización estatal sobre él, por la Santa Sede, aunque de hecho no mediara intervalo temporal perceptible entre uno y otro momento— recibió el pleno reconocimiento de la comunidad internacional, manifestado en la continuación de las relaciones diplomáticas después de su estipulación con la Santa Sede por los Estados integrantes de la misma.

Y dicha comunidad internacional, interesada en el libre y pleno desarrollo de la personalidad internacional de la Santa Sede —a cuyo servicio el Tratado de Letrán se concretó—, no puede menos de estimarse interesado en su fiel observancia por parte del Estado italiano.

El Estado de la Ciudad del Vaticano, repetimos, no pudo ser parte en el Tratado de Letrán.

La Santa Sede tenía capacidad para concluirlo a pesar de su carácter de tratado político.

Ya se dijo antes que se trata de un sujeto de derecho internacional permanente y normal y se le debe atribuir su paridad de condición jurídica con los Estados, en todo aquello en que sus diferencias de hecho no impongan un distinto tratamiento por el Derecho.

No se ha demostrado, ni fácticamente podemos hacerlo, la limitación de su capacidad jurídica al ejercicio del *jus legationis* y a la estipulación de concordatos.

La Santa Sede tenía, pues, una capacidad que de hecho ejerció para recibir la propiedad y potestad sobre el territorio del Vaticano con la condición de crear sobre él una organización estatal, la cual igualmente creó sin dilación, con la promulgación de un conjunto de normas jurídicas de índole constitucional, el 7 de junio de 1929.

Se destaca que, entre la entrada en vigor del Tratado de Letrán y el nacimiento del Estado de la Ciudad del Vaticano, mediante dicha creación de la organización estatal sobre el territorio cedido por Italia a la Santa Sede, este territorio constituyó una zona extra-estatal sometida a disponibilidad para los fines de la Santa Sede.

Dijimos que el Estado de la Ciudad del Vaticano es un estado soberano que reúne todos los requisitos necesarios para gozar como tal de una plena capacidad según el Derecho de Gentes.

Tiene, como recordaremos, territorio, población y soberanía.

Esto ha quedado debidamente documentado en otra parte de este trabajo, incluyendo mapa del estado de referencia.

Si bien es cierto que sus circunstancias de hecho imponen a cada uno de esos elementos peculiaridades fecundas en consecuencias prácticas y con relevancia jurídica, esta relevancia no afecta en absoluto su personalidad internacional.

Esta personalidad internacional es distinta de la de la Santa Sede.

Desde el nacimiento el Estado de la Ciudad del Vaticano, lo mismo que antes de 1870, existen dos sujetos de Derecho Internacional sometidos a la soberanía pontificia.

Ello no quiere decir que la relación entre el Estado de la Ciudad del Vaticano y la Santa Sede sea la misma que la que existió entre esta y los antiguos Estados Pontificios.

La nota común entre ambas situaciones es la de la plena distinción ante el Derecho de Gentes de los dos entes, la diferenciación precisa de los dos sujetos.

No obstante ello, es indudable que el Estado de la Ciudad del Vaticano nació como consecuencia de la actividad de la Santa Sede —como un auténtico servicio y soporte a ésta—, poniendo en ejecución las cláusulas del Tratado de Letrán que se estipularon con miras a hacerle seguir en su propio beneficio.

Y precisamente a fin de conceder un margen más amplio de desarrollo a la actuación internacional de la misma Santa Sede.

La Santa Sede es y seguirá siendo su *ratio vitae*

Creemos que ninguna tentativa de asimilar la relación entre los dos entes

(como ensayamos en otra parte de este trabajo) es decir, Santa Sede y Estado de la Ciudad del Vaticano, a cualesquiera figuras jurídicas preestablecidas, deja de ofrecer brechas a la crítica.

Por eso nos ha parecido mejor calificar dicha relación, sin más, de vinculación.

Esta vinculación es, naturalmente, de Derecho Internacional.

La comunidad internacional se interesó en el Tratado de Letrán, que posibilitó el nacimiento del Estado de la Ciudad del Vaticano.

Y ese interés, sólo teniendo en cuenta esa vinculación, en lo que al Estado de la Ciudad del Vaticano respecta, se explica.

Pero considerando que la relación de dicho Estado se efectuó para ampliar la esfera de actuación internacional de la Santa Sede, no puede esgrimirse en el ámbito del Derecho de Gentes su vinculación a la Santa Sede, para ponerla en inferioridad de condiciones con relación a los demás estados soberanos. De hacer esto, el Derecho Internacional iría contra sus propios actos. Y así ocurre que la citada vinculación, de origen y esencia internacionales, en cuanto a la determinación de la capacidad del Estado se refiere, queda relegada al ámbito interno.

En cambio, el Derecho Constitucional del mismo Estado —es decir, su sumisión a la potestad absoluta del Santo Padre— que normalmente sería materia de Derecho interno, dado el condicionamiento de su creación como tal Estado, a esa vinculación al servicio de la Santa Sede y al interés de la comunidad internacional en la creación y condicionamiento, se hace materia internacional.

Y es del Derecho de Gentes de donde deriva la imposibilidad de una transformación de la constitución del mismo, que alterase su vinculación a la Santa Sede.

Lo internacional —la vinculación misma entre los dos entes— quedó relegado a la esfera interna. Lo interno —la constitución del Estado— salió a la esfera internacional.

También formulamos algunas consideraciones sobre un caso interesante cual es la relación del tema objeto de la presente investigación con un organismo internacional, en este caso las Naciones Unidas.

La Santa Sede, no siendo un Estado, no puede ser miembro de las Naciones Unidas, compuestas, sabido es, de Estados-miembros.

El Estado de la Ciudad del Vaticano, siendo un Estado plenamente soberano y sin capacidad en absoluto disminuida ante el Derecho de Gentes, por su vinculación con la Santa Sede, puede ser miembro de las Naciones Unidas.

Como ya lo expresé anteriormente disminuir jurídicamente al Estado de la Ciudad del Vaticano como consecuencia de su vinculación con la Santa Sede, supondría por parte de la comunidad internacional, ir contra sus propios actos, es decir contra su actuación creadora de dicho estado, al servicio de la expansión de la personalidad internacional de la misma Santa Sede.

Un caso concreto de esta actitud inconsecuente sería tomar pretexto de la indicada vinculación para negar al Estado de la Ciudad del Vaticano su capacidad para ser miembro de las Naciones Unidas.

Tampoco puede verse obstáculo alguno de ingreso del Estado de la Ciudad del Vaticano en las Naciones Unidas en el artículo 24 del Tratado de Letrán según el cual “la Santa Sede, en relación a la soberanía que le corresponde en el campo internacional declara que quiere permanecer y permanecerá ajena a las contiendas temporales entre los estados y a los congresos internacionales reunidos para tal objeto, a no ser que las partes contendientes hagan un concorde llamamiento a su misión de paz, reservándose en todo caso hacer valer su potestad moral y espiritual”.

Teniendo en cuenta la amplitud, elevación y generosidad de los fines de las Naciones Unidas —y aquí permítase hacer la salvedad que nos estamos moviendo exclusivamente en el campo del Derecho de Gentes y no en el de la política internacional— como resultan sobre todo del preámbulo y del artículo 2 de la Carta, se puede llegar a ver una comunidad de fines, aunque limitada a la esfera internacional, entre los propósitos de dicha organización internacional y la doctrina de la Santa Sede en la materia.

Así las cosas, creemos que un eventual ingreso del Estado de la Ciudad del Vaticano en las Naciones Unidas, no podría menos de sobreentenderse la última excepción —si así podemos denominarla— del transcrito párrafo 1 del artículo 24 del Tratado de Letrán, es decir, que en la misma formulación de los principios de la organización habría un llamamiento tácito a la potestad moral y espiritual de la Santa Sede, que en este caso, utilizando la vinculación a la misma del Estado de la Ciudad del Vaticano, podría ejercitarse perfectamente mediante la entrada de ese estado temporal y soberano en la Organización.

La dificultad principal no vendría del Tratado de Letrán, es decir del lado vaticano, sino de la Carta de San Francisco, o sea por parte de la Organización. Y en concreto del artículo 2 que obliga a los miembros a prestarle toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con la Carta y de los artículos 41 y 42 con él relacionados, que especificando esa ayuda llegan a hacer coactiva para los Estados miembros la cooperación militar decidida por la Organización.

El Estado de la Ciudad del Vaticano, dada su vinculación a la Santa Sede, su carácter de “Estado-teológico”, no puede en modo alguno cooperar a estas

medidas coercitivas — prescindiendo de la dificultad que de hecho tendría para hacerlo dada la exigüidad de su población y territorio.

Sin embargo, nos parece que el obstáculo no es insoluble. Y esto sobre la base de entender en un sentido realista dichas disposiciones de la Carta, es decir, suponiéndolas detenidas en su aplicación ante un caso de fuerza mayor y sólo obligatorias para los Estados para los cuales fuesen posibles.

En el caso del Estado de la Ciudad del Vaticano, la imposibilidad sería moral, derivada de ese su carácter de Estado-teológico.

Cabe señalar que no es de desdeñar el precedente de Suiza a la cual el Consejo de la Sociedad de las Naciones admitió en la misma, a pesar de su neutralidad —neutralidad que Suiza ya siendo miembro proclamó en sentido integral en 1936, con el visto bueno del propio Consejo— por estimar que ello era en interés de la Paz y, por ende del Pacto, a pesar de su incompatibilidad con algunas disposiciones concretas de éste.

Ni que decir que esta opinión que expreso es de índole estrictamente jurídica y no entra a determinar si sería o no deseable o será o no probable la entrada en las Naciones Unidas del Estado de la Ciudad del Vaticano, a la luz del devenir actual de la política internacional manifestada en el seno de la ONU y estimando positivamente el dinamismo universal y siempre actual de la Santa Sede.

Ciertamente es enorme. También para nuestro país... no sólo por las profundas raíces religiosas de nuestro pueblo, sino y fundamentalmente, por la constante preocupación de la sede de Pedro por nuestra nación y su devenir histórico: la mediación papal por el diferendo limítrofe del Canal de Beagle con la República de Chile, son el último ejemplo.

Agregamos como ANEXO, el acuerdo entre la República Argentina y la Santa Sede del 10 de octubre de 1966 principal fuente jurídica que regula las relaciones entre nuestro país y la Sede Apostólica.

ACUERDO ENTRE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LA SANTA SEDE

El Estado Argentino inspirado en el principio de la libertad reiteradamente consagrado por la Constitución Nacional y a fin de actualizar la situación jurídica de la Iglesia Católica Apostólica Romana, y la Santa Sede reafirmando los principios del Concilio Vaticano II, convienen en celebrar un Acuerdo.

A este fin, el Excelentísimo Sr. Presidente de la Nación Argentina, Teniente General D. Juan Carlos Onganía, ha tenido a bine nombrar por su Plenipotenciario a Su Excelencia el Dr. Nicanor Costa Méndez, Ministro de Relaciones Exteriores y Culto, y su Santidad el Sumo Pontífice Paulo VI ha tenido a bien nombrar por su Plenipotenciario a su Excelencia Reverendísima Mons. Umberto Mozzoni, Nuncio Apostólico en Argentina.

Los Plenipotenciarios, después de confrontar sus respectivos Plenos Poderes y habiéndolos hallado en debida forma, acuerdan lo siguiente:

Artículo I

El Estado Argentino reconoce y garantiza a la Iglesia Católica Apostólica Romana el libre y pleno ejercicio de su poder espiritual, el libre y público ejercicio de su culto, así como de su jurisdicción en el ámbito de su competencia, para la realización de sus fines específicos.

Artículo II

La Santa Sede podrá erigir nuevas circunscripciones eclesíásticas, así como modificar los límites de las existentes o suprimirlas, si lo considerara necesario o útil para la asistencia de los fieles y el desarrollo de su organización.

Antes de proceder a la erección de una nueva Diócesis o de una Prelatura o a otros cambios de circunscripciones diocesanas, la Santa Sede comunicará confidencialmente al Gobierno sus intenciones y proyectos a fin de conocer si ésta tiene observaciones legítimas, exceptuando el caso de mínimas rectificaciones territoriales requeridas por el bien de las almas.

La Santa Sede hará conocer oficialmente en su oportunidad al Gobierno las nuevas erecciones, modificaciones o supresiones efectuadas para que éste proceda a su reconocimiento por lo que se refiere a efectos administrativos.

Serán también notificadas al Gobierno las modificaciones de los límites de las Diócesis existentes.

Artículo III

El nombramiento de los Arzobispos y Obispos es de competencia de la Santa Sede.

Antes de proceder al nombramiento de Arzobispos y Obispos residenciales,

de Prelados o de Coadjutores con derechos a sucesión, la Santa Sede comunicará al Gobierno Argentino el nombre de la persona elegida para conocer si existen objeciones de carácter político general en contra de la misma.

El Gobierno Argentino dará su contestación dentro de los treinta días. Transcurrido dicho término el silencio del Gobierno se interpretará en el sentido de que no tiene objeciones que oponer al nombramiento. Todas estas diligencias se cumplirán en el más estricto secreto.

Todo lo relativo al Vicariato Castrense continúa rigiéndose por la Convención del 28 de Junio de 1957.

Los Arzobispos, Obispos residenciales y los Coadjutores con derecho a sucesión serán ciudadanos argentinos.

Artículo IV

Se reconoce el derecho de la Santa Sede de publicar en la República Argentina las disposiciones relativas al gobierno de la Iglesia y el de comunicar y mantener correspondencia libremente con los Obispos, el clero y los fieles relacionada con su noble ministerio, de la misma manera que estos podrán hacerlo con la Sede Apostólica.

Gozan también de la misma facultad los Obispos y demás autoridades eclesiásticas en relación con sus sacerdotes y fieles.

Artículo V

El Episcopado Argentino puede llamar al país a las órdenes, congregaciones masculinas y femeninas y sacerdotes seculares que estime útiles para el incremento de la asistencia espiritual y la educación cristiana del pueblo.

A pedido del Ordinario del lugar, el Gobierno Argentino, siempre en armonía con las leyes pertinentes, facilitará al personal eclesiástico y religioso extranjero el permiso de residencia y la carta de ciudadanía.

Artículo VI

En caso de que hubiese observaciones u objeciones por parte del Gobierno Argentino, conforme a los artículos segundo y tercero, las Altas Partes contratantes buscarán las formas apropiadas para llegar a un entendimiento; asimismo resolverán amistosamente las eventuales diferencias que pudiesen presentarse en la interpretación y aplicación de las cláusulas del presente acuerdo.

Artículo VII

El presente Convenio, cuyos textos en lengua italiana y española hacen fe por igual, entrará en vigencia en el momento del canje de los instrumentos de la Ratificación.

En fe de lo cual, los Plenipotenciarios arriba nombrados firmaron y sellaron este Acuerdo, en dos ejemplares, en la Ciudad de Buenos Aires, a los diez días del mes de Octubre del año mil novecientos sesenta y seis.

BIBLIOGRAFÍA

—. Acta Apostolicae Sedis (Tratado del Laterano entre la Santa Sede y el Reino de Italia — 11 de febrero 1929).

—. Mapas de la Oficina de Informaciones del Gobierno de la Ciudad del Vaticano.

—. Carta Apostólica de S.S. Paolo VI Motu Proprio Sollicitudo Omnium Ecclesiarum, referente a la función de Representantes del Sumo Pontífice (24-06-1969).

—. Conferencias Pontificio Instituto Diplomático (Accademia Ecclesiastica) 1984.

—. Winfried Schulz: El Estado de la Ciudad del Vaticano y la Santa Sede, Roma; 1978 Instituto de Derecho de la Pontificia Universidad de San Juan de Letrán.

—. Acuerdo entre la República Argentina y la Santa Sede. Biblioteca de la Embajada Argentina ante la Santa Sede — ROMA.

—. Presidencia del Consejo de Ministros de Italia —Informaciones año 1987— ROMA.

—. La Cité du Vatican et la notion d'état Dinu Al. Govella París, Pedone, 1933.

—. The Holy See: its function, form and status in international Law. Pio Ciprotti Concilium 1970.

—. The Holy See and International Law Horace F. Cumbo International Law Quarterly, Vol. 2 1948-49.

—. The status of the Holy See in International Law Josef L. Kunz American Journal of International Law Vol. 46/1952.

—. Stato della Città del Vaticano e Santa Sede. Winfried Schulz Apollinaris, vol. 51 1978.

—. Santa Sede ed Organizzazioni internazionali. Bruno Bertagna Monitor Ecclesiasticus, Vol. 107/82.

—. Vatican Diplomacy, Robert A. Graham. Princeton University Press 1959.

—. The Holy See and the international order. Hyginus Eugene Cardinale Gerrards Cross, England, 1976.

—. Natura e funzioni dei legati pontifici nella storia e nel contesto ecclesiologico del Vaticano II. Mario Oliveri Turín, Italia Marinetti, 1979.

—. Papal diplomacy and the contemporary Church. James Hennesey Thought, Vol. 46, 1971.

ACERCA DE LA ÉTICA DE LA ABOGACÍA

CARTA A MI HIJO, Y EN ÉL A TANTOS QUERIDOS ALUMNOS QUE, SERIAMENTE, QUIEREN SANTIFICARSE SIN DEJAR DE SER ABOGADOS.

Querido hijo:

1. Alguna vez te he leído aquellos versos de Borges que tan distintos recuerdos me traen: “Si (como el griego afirma en el Cratilo)\ El nombre es arquetipo de la cosa,\ En las letras de rosa está la rosa\ Y todo el Nilo en la palabra Nilo”.

Sé que estarán preguntándote con tu habitual impaciencia qué tienen que hacer un griego misterioso y un poeta incomprensible, con tu sencilla intención de saber a qué atenerse en la práctica de la abogacía. Te lo diré, te lo diré.

A mi me enseñaron hace tiempo que el deber ser o hacer proviene del ser. Es decir, que si quieres saber qué es lo que algo o alguien debe ser, debes inquirir primero lo que esa cosa es. En otras palabras, si quieres saber cómo portarte, pregúntate primero qué es un abogado.

Y en este trabajo metafísico, tal lejano en apariencia y tan cercano en realidad a nuestras necesidades, un buen punto de partida pueden ser las palabras. No creo francamente que el nombre sea “arquetipo de la cosa”, pero sí estoy convencido de que los nombres no son casuales y que guardan en sus entrañas verdaderos tesoros de sabiduría.

Mira el que te tocará: abogado. *Advocatus*. De “vocare”: llamar (del cual, feliz coincidencia, proviene vocación) y “ad”: a, para.

“Llamado para”, esto es un abogado, un llamado para. Y si vocación es llamado, tu vocación de abogado es un llamado a ser llamado, es decir, un llamado a servir.

Deberás servir a quienes padecen injusticia y en cuanto la padecen. Y trabajando para otro, sin embargo, no estarás sujeto a su voluntad sino a la de la Justicia.

Ya sabes algo ahora. Y no es poco. Si quieres ser abogado debes estar dispuesto a servir, a vivir para los demás, a entregarte con la generosidad que todo servicio supone.

Mira que cuando se recibe un nombre se recibe un destino, escribió el gran Marechal. Y en el que has elegido como profesión ya tienes prefigurada la actitud que ha de regir toda tu vida. Las normas que hoy buscas ya están, como en germen, contenidas en el “ser” de tu profesión y, como comprobarás, no han de ser distintas de las que rijan tu vida en general.

Ya hay aquí un secreto de esta singular profesión: la abogacía, en cuanto a su naturaleza, no es algo que se pueda practicar de a ratos, como si fuera un simple trabajo. La abogacía es un modo de encarar la propia vida en su integridad y también una forma de vivir nuestra relación con los demás. ¿Te extraña que te hable así de una profesión tan llena de mentirosos, falsarios, aprovechadores y mercenarios? Ya verás.

2. Encontrarás varios y buenos libros que te enseñarán lo que no debes hacer como abogado. Lee cualquiera de ellos que seguramente te será de provecho. Pero, en general, en seguida advertirás que no se trata más que de la aplicación de las normas que ya conoces y sabes que deben guiar tu vida, a las circunstancias particulares de la abogacía.

Así, ya sabes que no puedes valerte de testigos falsos, porque sabes desde siempre que está mal mentir y, aún más, hacer mentir a los demás. No hay excusa para esto ni para el falseamiento de prueba alguna. Lo que no aceptarías en tu vida privada ni en tus amigos, no habrá motivo que lo pueda hacer válido en tu vida profesional.

Cuídate siempre de esa especie de esquizofrenia que pretende sostener distintos principios según el ámbito en que se deba actuar. Me dirás que si no mientes, si no “preparas” al menos un poco a tus testigos, en fin, si no te adaptas al estilo de tantos colegas te encontrarás en inferioridad de condiciones ante los tribunales. Ya conoces la respuesta: es cierto, tienen cierta ventaja inicial sobre ti, por ello, si quieres (y quieres) hacer prevalecer tu justa causa sobre la iniquidad no tendrás más remedio que prepararte mucho para compensar con tu capacidad la apetecible desventaja de la honestidad.

Pero no es esto de lo que quiero hablarte. Toda aplicación de la ética a una profesión o a cualquier aspecto de nuestra vida, tiene una parte de prohibiciones, de cosas que no debes hacer. Es este un aspecto negativo y necesario que nos anuncia las posibles patologías de la profesión. Sobre ello baste con lo dicho. Pero hay otra parte de la ética en la que se plantea no lo que te está prohibido, sino lo que debes hacer, las normas a las que debes conformar tu vida para alcanzar el fin de tu profesión. De eso te quisiera hablar.

3. Todo hombre debe ser justo, pero sólo el abogado hace de esta exigencia moral su vida y su profesión. La justicia será tu pan y tu desvelo, tu cruz y tu pasión. En ella encontrarás grandes alegrías y, prepárate, más de una frustración.

Pero ten cuidado, porque con este nombre, la justicia, (que supo ser

sagrado), los hombres suelen designar cosas que nada tienen que ver con tu profesión. Ante todo, debes tener claro que la justicia a la que estás llamado es una justicia concreta y posible, algo que, no sin esfuerzo, debe animar cada uno de tus actos.

No debes, por tanto, buscarla por los techos. No es una meta inalcanzable ni una abstracción. Cuidate de las metas inalcanzables y, sobre todo, cuidate de las abstracciones. Esconden muchas veces rendiciones prematuras y buenas dosis de hipocresía. No hay mejor excusa para las almas fofas que ésta de la imposibilidad de alcanzar sus metas. Les permite proclamarse idealistas y, a la vez, justificar su pasividad e indolencia. Lograr la justicia no es algo de este mundo, dirán, y pasearán tan campantes ante los horrores del mundo como algo cuya solución les es, por “inalcanzable”, ajena.

No hace falta que nos digan que la Justicia definitiva y perfecta recién llegará en la hora postrera en que se instaure el Reino de Dios. Ni tampoco que, en el mientras tanto, en el mundo seguirá habiendo innumerables injusticias. Pero esto no quita que en la obra diaria, personalmente o a través de los tribunales, puedas y debas luchar por el triunfo de la justicia en cada uno de los casos en que debas actuar.

No es tampoco esa abstracción con la cual se suelen llenar la boca tantos políticos. Nunca se ha hablado tanto de la “Justicia” (así, con mayúsculas, pomposamente), como en nuestro siglo y nunca se han cometido tantas injusticias concretas como en él. ¡Cuántos crímenes, cuánta sangre concreta, cuánta injusticia real y presente ha costado el supuesto camino hacia la Justicia! ¡Cuánta miseria, cuántos abortos, cuántos chicos muriendo de hambre coexisten con abstractas declaraciones de los derechos del hombre o del niño! ¡Al diablo, al diablo con las abstracciones!

4. La justicia que tú buscas es virtud y resultado. Algo que debes llevar dentro y lograr afuera.

No es, en su esencia, ni un sentimiento ni una pasión. No es tampoco un mero pensamiento. La justicia, decían los antiguos, es un hábito que perfecciona la voluntad.

Un hábito es una “disposición permanente” y si reside en la voluntad quiere decir que es una disposición permanente de tu querer. ¿Qué es ésto?, me dirás.

Ocurre que los hombres, aun cuando tengamos rectos pensamientos y buenas intenciones, estamos expuestos a múltiples y poderosos peligros que pueden llegar a torcer nuestras mejores resoluciones. Piensa en el temor ante los poderosos o ante el insidioso “que dirán”; o la vanidad escondida detrás del deseo de ganar un juicio a cualquier precio. Piensa en la seducción del dinero, del poder o la fama que te acecha detrás de un “pequeño” renunciamiento a tus principios; piensa en el “todos lo hacen”; piensa en el hastío, la sordidez del medio, el hartazgo, la lucha aparentemente inútil...

¿Cómo hacer, entonces, como harás para mantenerte firme en medio de estos temporales? Para eso, precisamente, está la virtud, el hábito.

Es el hábito una especie de coraza, —como de segunda naturaleza, dicen algunos— que te protege de los ataques, —internos y externos—, y a la vez te permite mantener el rumbo hasta el límite de tus fuerzas. Si tu voluntad, si tu carácter está forjado en la justicia, quiere decir que, pase lo que pase, en toda circunstancia, estarás dispuesto a hacer lo justo.

El hábito se forma por la repetición de actos, no hay otra fórmula. Es así de simple y difícil a la vez. Sólo el camino de la perseverancia, de la perseverancia ante todo en los pequeños actos cotidianos de justicia, de la perseverancia lúcida que se hace conciencia, te permitirá luego ante la adversidad repetir las palabras del salmista: “mi corazón está firme, Señor, mi corazón está firme”.

5. Pero para que haya virtud no basta este querer, esta apetencia permanente de justicia. La virtud debe traducirse en obras. En actos concretos. Y para esto, se requiere un gran trabajo de tu inteligencia.

La justicia no reside en el pensamiento, te advertí hace un instante. Y es así, porque de nada te valdría saber qué es lo justo (los delincuentes también lo saben), si no estás dispuesto a practicarlo. Pero si tienes la disposición, necesitas aún que tu inteligencia sea capaz de determinar, en concreto, aquí y ahora, en que consiste lo justo, para que puedas practicarlo. Necesitas conocer los modelos de lo justo, tal como se hayan establecido en las leyes y en los buenos fallos, necesitas indagar las particularidades y matices del problema que tengas entre manos, debes consultar las opiniones de los hombres sabios en este arte científico del derecho. Debes buscar la verdad, en suma, y los medios lícitos de probarla.

Justicia y verdad. He aquí dos cosas inseparables. No hay justicia sin verdad. Más aún, justicia es uno de los nombres que adopta la verdad en la relación entre los hombres.

La justicia que deben encarnar y realizar, entonces, es una obra concreta, una tarea cotidiana, un esfuerzo de la inteligencia y la voluntad. Es fruto de un análisis previo paciente y frío. De un estudio y un trabajo rigurosos.

Sólo después, cuando estés convencido en conciencia de haber determinado lo que realmente corresponde, cuando llegues a la fría convicción de haber descubierto lo que es justo, convierte a la justicia en una pasión.

6. Debo prevenirte ahora contra una confusión muy común entre aquellos jóvenes dispuestos a hacer del servicio a la justicia la columna vertebral de su profesión. Suelen pensar que defender a alguien acusado de un delito, —y a quien saben culpable— constituye una injusticia. Y así, sin quererlo, dejan el apasionante campo del derecho penal en manos de malandras y “sacapresos”. Pocos errores tan funestos.

Defender a quien ha cometido un delito no sólo es una injusticia, sino que es una de las formas más delicadas, difíciles y apasionantes de la justicia. Por lo pronto, debes tener en cuenta que nunca defiendes la injusticia cometida sino a quien se dice que la cometió. No al pecado, sino al pecador. Al pecador... ¿Pero es este parangón exacto?

Dices que tu cliente se te ha manifestado culpable de un delito. Y supongamos, en el sentido moral del término, que lo sea. ¿Quiere decir esto que también lo es jurídicamente?

No es esta la oportunidad para que nos adentremos en los vericuetos de la filosofía del derecho. Pero ten presente, al menos, que el maestro Carrara escribió que el fin y justificación del derecho de penar no es simplemente la justicia, sino la “defensa de la humanidad”. “El precepto, la prohibición y la retribución del bien y del mal mientras permanecen en la mano de Dios —escribió en su Programa—, tienen por único fundamento y por única medida la justicia...”. Pero cuando es la autoridad humana quien castiga, su fin es la defensa de la comunidad. Por supuesto que las normas que resulten deberán ser justas, pero la justicia plena y total, no es cosa de hombres sino de Dios.

Es decir, que la justicia de los hombres, en la nuestra y en otras sociedades, no quiere (ni debe) castigar a todos los moralmente culpables, ni de todas las injusticias, ni en cualquier ocasión, ni por cualquier medio. Si esto no fuera así, no habría forma de justificar el principio de *nullum crimen, nulla poena, sine lege*; o la prohibición de hacer uso de la analogía en materia penal; o la doctrina de la tipicidad; o institutos como el de la prescripción de la acción; o garantías como la de que nadie puede ser obligado a declarar en su contra.

La famosa presunción de inocencia es, por supuesto, una preciosa garantía individual. Pero aún más que esto es una clave de toda esta concepción filosófica penal y política. En efecto, en su significado profundo significa que una persona es culpable de un delito sólo si, además de estar éste expresa y exactamente previsto por la legislación, se demuestra, —antes de que pase cierto tiempo, a través de ciertos medios y respetando determinadas garantías—, que aquella lo cometió. Y si no es así, la persona no es, para el derecho, culpable; porque, fuera de estas reglas, la sociedad no tiene interés en castigarlo.

Sé que estas razones podrán parecerte a primera vista extrañas. Pero si las profundizas, si meditas en ellas, verás que se fundan en una clara distinción entre las distintas clases o, mejor, enfoques que pueden darse al problema de la culpa. Una es tu responsabilidad a los ojos de Dios, otra ante tu mejor o pero formada conciencia, otra ante los hombres y aún otra ante el derecho. Lo contrario importa una concepción desorbitada de la sociedad y el derecho.

No olvides que el derecho, con toda su importancia, no es la única, ni siquiera la más importante, norma que regula la vida de los hombres.

Puedes y debes, entonces, si tienes la vocación y condiciones, defender, con los medios que la ley te permita, a quien se te ha confesado moralmente culpable; porque, jurídicamente, no lo es.

7. Aunque la justicia será, por así decirlo, tu virtud capital, en muchos casos deberás sostenerla con la fortaleza.

Me refiero a aquella virtud que, por una parte, te permitirá hacer frente a la adversidad y, por otro, tener la valentía necesaria para llevar adelante tu cometido.

Adversidades tendrás que soportar muchas a lo largo de la vida. Sufrimientos de todo tipo, físicos, afectivos. Pero pocos son comparables al que produce la victoria de la injusticia.

“Todo sufrir es amargo —escribía Brunner en su obra sobre La Justicia— pero el sufrir injustamente es doblemente amargo. Hay un sufrimiento que, por así decirlo, pertenece de modo natural a la existencia de las criaturas; pero el sufrimiento injusto es antinatural. Lo injusto no sólo hiere el anhelo de felicidad, sino que además destruye un orden, me arrebató lo que me pertenece”.

Uno parece dispuesto a soportar los distintos males que pueblan la vida. Muerte, enfermedad, parecen, al cabo, estar dentro de un orden natural de las cosas. Así tiene que ocurrir. Pero la injusticia que es, precisamente, alteración de este orden, produce una sensación de vacío, de impotencia y de frustración, de angustia ante lo que nunca tendría que haber sido, que resulta insoportable. Sólo una especial fortaleza y más aún, sólo una visión sobrenatural de la realidad permiten mantenerse incólumes ante ella.

El abogado hace carne este dolor y padece a la par de su cliente. Y a veces más. Porque al ser un profesional del derecho, de lo que debe ser, reconoce antes y más profundamente la irrupción de la injusticia. Sobre todo cuando se encuentra ante la mayor y más desesperante de todas: la injusticia que comete no un hombre sino un juez que es, en cuanto tal, algo más que un hombre.

Hay una perversión especial en la injusticia judicial; una transgresión, un pecado que trasciende el mero caso particular y afecta, de algún modo, todo el orden social. Por eso es que, así como una sociedad que tiene buenos jueces siempre mantiene la esperanza aún ante las mayores arbitrariedades del poder; cuando la administración de justicia misma se ha corrompido todo está perdido. Y si la comunidad no encuentra un rápido remedio, este mal la irá corroyendo, devorando sus entrañas, hasta producir, como un tejido que se deshilacha, su disolución.

Prepárate, hijo mío, porque este dolor será tu cruz profesional. Pero también tu motor, tu acicate.

Necesitarás valor, una enorme entereza para vencer el cansancio moral que provocan las injusticias. Templa tu carácter, desenvaina la espada del derecho y arremete, como un medieval caballero lanzado en defensa de su dama, contra quienes se atreven a mancillar la belleza pura de la justicia. El abogar no es para los débiles.

8. También te hará falta cultivar la virtud de la templanza.

La templanza te dispone para resistir las distintas manifestaciones de la sensualidad. Ya te hablaré luego del tema de los honorarios y de la sensualidad del dinero fácil. Ahora quiero hablarte de una sensualidad que está a la mano del abogado, de una sensualidad podríamos decir profesional. Me refiero a la producida por el gozo inefable de ganar. De ganar, de vencer al contrario en el juicio.

Es claro que tu también querrás triunfar en los casos que te toquen. Pero como sólo defenderás causas justas y por medios lícitos, tu victoria será la de la justicia. No, no hablo de esto; me refiero a la victoria despojada de toda valoración, al placer de la victoria por la victoria misma. Y a su posible consecuencia: la fama. ¿No has oído decir que el doctor fulano es un gran abogado porque siempre gana sus juicios? ¿Te has preguntado alguna vez acerca de la justicia de las causas que defiende? Ni tú ni la mayor parte de los abogados.

¡Qué atractiva, qué maravillosa seducción ejerce la victoria! Y de ahí el paso inmediato: ¡qué no hacer por conseguirla! Y si te hablo de este tema es porque el deseo de ganar puede ejercer una sugestión tan grande, que sólo un alma avisada y sólidamente asentada puede resistirlo.

Como en tantos otros, se cae en este pecado sin advertirlo. Pasa que el derecho, además de su corazón moral formado por la justicia, tiene mucho de arte y mucho de técnica. Hay una estrategia, hay tácticas de ataque y de defensa, hay planteos, excepciones; hay modos de argumentar y de callar. Todo esto, todo este arsenal de recursos es moralmente neutro. La cuestión consiste en cómo se lo emplee.

Con el tiempo, el buen abogado (y ahora quiero decir el abogado capaz), se va entrenando en el uso de este instrumental hasta alcanzar, a veces, un dominio, una pericia tal, que se sabe capaz de argumentar y de demostrar dos posiciones distintas y contrapuestas utilizando los mismos elementos de juicio. Es decir, se ha convertido en un gran jugador. Porque ahí está la clave de este peculiar peligro: convertir el derecho en un juego.

Tendrías que leer el *Homo Ludens* de Huizinga para comprender cabalmente lo que quiero decir. Un juego es un ámbito cerrado, que tiene sus

propias reglas distintas a las del mundo que lo rodea. Los jugadores se despojan por un momento de su propia identidad y asumen la del rol que les ha tocado interpretar. El derecho, como tantas otras manifestaciones culturales (el arte, la guerra, la política), tiene, por supuesto, características lúdicas. Recorre la síntesis de elementos que te acabo de hacer y en seguida reconocerás variados aspectos de la práctica del derecho.

El problema no está entonces en que el derecho tenga algo de juego sino en que se transforme en sólo un juego.

Juego terrible en el que el ansia de ganar supera cualquier cosa. Se manosea el honor de personas; se ataca y se destruye a testigos de quienes se sabe que dicen la verdad; se agravia y se pone bajo sospecha a la contraparte; se hacen referencias burlescas con la intención de descalificar al abogado contrario. Pero todo es un juego. Por eso, luego de haber tenido que soportar los más variados agravios y trapiconadas, un abogado puede oírle decir a su rival victorioso: che, no hubo nada personal. Exacto, la persona quedó fuera del campo, aquí sólo había un rival por vencer. Y lo logré. Gané.

¡Qué tentación, que tentación tan grande! Y que difícil es a veces, en medio del ardor de la lucha, con el corazón apasionado, distinguir lo moral de lo técnico; el juego permitido de lo que lo trasciende y le da sentido. Esa es la templanza que necesitas, la que te permita mantener el equilibrio y los límites ante la perspectiva embriagadora de la victoria.

9. ¿Te llamará la atención que agregue a la lista de tus “virtudes abogadiles” la virtud de la humildad? Sin embargo, hasta tal punto es imprescindible que la poseas que, me atrevería a decir, es la humildad un requisito profesional.

Míralo así, la función del abogado es pedir. Y quien pide es porque no tiene, ni puede tener por sí mismo. Es impotente. Necesita de otro. Sin embargo, lo que tu pedirás es lo que a tu cliente le corresponde; y aun correspondiéndole, aun siendo algo suyo, deberás rogarle a otro para obtenerlo y, como bien sabes, hasta puede que no te lo den.

Carnelutti, a quien debes leer y releer si en serio quieres ser un abogado cabal, describió magníficamente esta experiencia. “La soberbia —dice— es una ilusión de potencia. No hay otra cosa mejor que la abogacía para curarnos de tal ilusión. El más grande de los abogados sabe que no puede hacer nada frente al más pequeño de los jueces; a menudo, el más pequeño de los jueces es aquél que lo humilla más. Está constreñido a llamar a la puerta como un pobre... No pocas veces se llama en vano. La experiencia se hace más dolorosa y más saludable. Se creía tener razón; se había estudiado tanto, se había sudado tanto; en cambio... Es necesario conocer estos momentos para comprender”.

Por esto, concluiré con el mismo Carnelutti, “la abogacía es un ejercicio

espiritualmente saludable. Pesa el deber pedir, pero es provechoso. Habitúa a rogar”.

Humildad. Y paciencia también. No te cansaré con la descripción de las patologías de la administración de justicia argentina. Puedes padecerlas fácilmente en una breve recorrida de nuestros tribunales. No. El fenómeno del que hablamos es universal. Quien pide debe necesariamente ser paciente. Porque, aun con el arma de las leyes en su mano, quien da es el otro.

10. Hemos hablado hasta aquí de las cualidades que deben conformarte éticamente como abogado. Ha quedado para el final un tema tan delicado como importante: tu relación con los clientes.

Ya el nombre tendría que mover tu reflexión: cliente. Cliente, como recordarás, era aquél que, en la sociedad romana, pedía ayuda y protección. Y se la pedía al patrono que significa “defensor” quien, como tú, le daba su patrocinio, esto es, su amparo y su auxilio.

El cliente te traerá un problema, y esto, el problema, es el comienzo y la línea argumental de toda esta historia. Porque la del derecho es una realidad problemática. Todo el orden jurídico, toda la sucesión de normas, resoluciones de los jueces, opiniones de los doctrinarios, no es sino un incesante y vasto intento de encontrar modelos para solucionar, lo más justa y razonablemente posible, los conflictos que surgen en la convivencia entre los hombres. Bajo el enfoque de filosofía, ciencia o arte —los tres modos o niveles en que estudias el derecho—, siempre te encontrarás con principios, recetas y técnicas para la solución de problemas.

Un problema. Problema único e irrepetible. Si no objetiva, al menos subjetivamente. Al oír a tu cliente te vendrán a la mente, por supuesto, muchos casos similares; acaso idénticos. Creerás ver la solución. Te parecerá entonces sencillo, quizás insignificante. No cometes nunca este error: un conflicto no está terminado hasta que no haya sido definitiva y concretamente resuelto. Pero además, y sobre todo, nunca pierdas de vista que para tu cliente el caso nunca es insignificante. Así, sé parejo en tu dedicación y tu entusiasmo. Y si eres incapaz de darle el tiempo, la paciencia y el fervor que se merece, no lo atiendas, que como decía Cicerón, “se puede legítimamente negarse a defender a alguno; pero es un crimen defenderlo con negligencia”.

El problema que te plantearán tendrá la forma de la injusticia (recuerda tener siempre la puerta expedita para echar a puntapiés a quien venga a pedirte que lo ayudes a cometer una injusticia). Será una injusticia que alguien padece. Tendrá, por tanto, la doble dimensión de la que hablábamos antes: un bien que tu cliente ha perdido o está ante el peligro de perder; y un modo antinatural, desolador, de perderlo. No te extrañes, entonces, si busca en ti, su abogado, más allá del consejo técnico, del planteo eficiente, un bálsamo para la justa indignación, una fuente de comprensión y, quizás, de consuelo.

Un signo de que has llegado a ser un buen abogado será el que tus clientes, al salir del estudio, se sientan aliviados. Como quien se ha quitado un peso de encima. Como quien ha transferido la carga que tanto le pesaba. Quien ha encontrado un cirineo que le ayude a soportar su cruz. Porque, no te engañes, lo que quieren de ti no es sólo que encares el problema sino que lo cargues. Y está muy bien, tu nombre te lo señalaba, estás llamado a servir.

¿Qué harás frente al problema? Ya lo vimos más arriba. Ante todo, somételo a la finalidad de tu análisis. No te dejes llevar por tus emociones. Contróláte. Verifica la seriedad y justicia del reclamo. Busca la línea de tus planteos. Estudia. Cuando creas haber hallado el modo adecuado, la argumentación convincente, la prueba necesaria, déjalo (si no te urge) reposar un poco. Luego revisa críticamente tu proyecto. No te enamores a primera vista de tus razones. Recuerda que no es a ti a quien debes convencer.

Ahora sí. Una vez elegido el camino, permite que brote en ti la pasión de la justicia. Porque el cliente que te ha entregado el problema te ha hecho también partícipe de su dolor.

Hay una cierta relación entre el oficio del médico y el del abogado. Los dos deben convivir con el sufrimiento humano. Hay también grandes diferencias: el médico cura por sí; el abogado, oh impotencia, depende siempre del dictamen de otro. Hay aún otra diferencia mayor: mientras el médico necesita hacerse, hasta cierto punto, insensible al dolor para poder sobrevivir; el abogado que se hace insensible a la injusticia está perdido. La insensibilidad a la injusticia es la muerte del abogado. Lejos entonces de apaciguar este dolor, debo aconsejarte, hijo, que lo fomentes; encuentra en él tu fuerza y tu sentido; haz que crezca en ti, día a día, la sagrada indignación ante la injusticia, el fervor que está en la entraña de tu vocación.

11. Decía Platón que cada arte, cada profesión, procura algún beneficio particular y específico que la distingue de los demás. Así, hemos dicho nosotros desde el comienzo que lo propio del abogado es el servir a los hombres en materia de justicia.

Si cada arte tiene su beneficio propio, continúa en La República el filósofo, es evidente que el beneficio que en general reciben todos los profesionales lo obtienen de un algo común que ellos agregan a su arte. “Así pues, ese beneficio de recibir salario no lo obtiene cada uno del arte que le es propio, sino que, examinando las cosas con la debida precisión, la medicina proporciona la salud, y el arte del asalariado, que va unido a ella, la recompensa; como el arte del arquitecto produce casas y el arte del asalariado, que lo acompaña, la remuneración. Lo mismo ocurre con las demás artes. Cada una de ellas ejecuta la obra que le es propia, siempre con ventaja de aquel o aquellos a que se aplica”.

Me he extendido en esta cita, porque no sabría explicarte mejor el delicado tema de los honorarios.

Es común que algunos espíritus sensibles experimenten una suerte de rechazo, de repugnancia ante el hecho de tener que cobrar honorarios a quien tiene que cargar con la angustia de un problema. Se percibe una suerte de desproporción, de falta de correspondencia en el hecho de que un servicio tan elevado, como es el de la justicia, aparezca como causa eficiente de un enriquecimiento personal.

Es importante, para que comprendas el tema en toda su dimensión, que hagas algunas distinciones. Ve, como dice Platón, que ciertamente no existe ninguna relación causal entre tu profesión y el cobro de honorarios. Quiero decir, que la abogacía no tiene, de suyo, según su misma naturaleza, vinculación alguna con la ganancia económica. Bien sabes que podría existir y practicarse sin percibir por su ejercicio suma alguna.

Ahora, esto no debe llevarte a la conclusión de que sea incorrecto el cobro de honorarios. Nada de eso. Sólo que debes tener en claro que tu profesión no es un medio para hacer fortuna. Sí será ocasión (y no causa) de tus honorarios. Ajustándote a lo que marquen las leyes y a un criterio de justicia en todos los casos. Pero no midas tu éxito profesional por el monto de tus honorarios. Y, más aún, no midas la importancia de los asuntos por la capacidad económica de tus clientes. Recuerda, cuando no tengas patrones cuantitativos de análisis (virtualmente en todos los casos penales), que la justicia conmutativa te manda tener sólo en cuenta la dimensión objetiva de las cosas. No cedas a la tentación de mirar los bolsillos y menos a la de aprovechar la desesperación.

12. Tienes un modelo para contemplar y, sobre todo, ante quien recurrir en Nuestro Señor Jesucristo y en su Santísima Madre. Ambos son llamados “abogado”, “abogada”, en su papel de intercesores y medianeros ante Dios.

Sólo que tú pedirás justicia y tu abogado celestial misericordia. Pero alguna vez, si tu vocación es la de penalista, habrás agotado el camino de la justicia y sólo te quedará pedir misericordia. Deberás rogar, como te decía; pedir por quien no puede pedir. Pedir en su lugar y, de algún modo, ocupar su lugar.

No temas humillarte, porque lo que tú estás haciendo por tu cliente, Cristo lo está haciendo por tí.

13. Hijo, como ves no es mucho, pero es todo lo que puedo aconsejarte.

Alguna vez, al caer de la tarde de tu vida profesional, quizás te encuentres con estas páginas. Habrás para entonces, como yo ya ahora, sufrido algunos desengaños y fracasos, recordarás alguna debilidad, alguna miseria. No, no todo será como lo sueñas.

No importa. Sólo deseo, que en aquella hora del recuento, puedas repetir con Carnelutti, en acto de fervorosa humildad: “Ahora no estoy ya seguro ni

de haber defendido la inocencia ni de haber hecho valer el derecho ni de haber hecho triunfar la justicia; y, sin embargo, si el Señor me hiciese nacer de nuevo, comenzaría otra vez”.

SIRO M. A. DE MARTINI

CONTRATO DE LOCACIÓN DE VIENTRE

DORA ROCÍO LAPLACETTE

Un antiguo problema que ha cobrado actualidad en este siglo, es el de la *infertilidad*. En una etapa anterior se trató de solucionarlo a través de diferentes tipos de tratamientos o intervenciones quirúrgicas, pero desde los años setenta aparece una nueva opción para resolverlo: la subrogación materna.

Existen dos especies de la misma: 1) Cuando una mujer se presta para engendrar un hijo de otros, porque la pareja (padres biológicos) ha provisto el embrión, que proviene de ella dado que el óvulo y el semen han sido extraídos de la pareja contratante. La contratada, después del alumbramiento entrega el hijo en forma gratuita o cobra un precio. 2) Cuando la mujer que presta su útero para la gestación del nuevo ser aporta también el óvulo siendo inseminada con semen del varón contratante; en este caso la contratada es la madre biológica del niño, que luego entregará en forma gratuita o cobrando un precio.

La verdadera subrogación se da en el primer caso, ya que en el segundo se trata en realidad de la madre genética y no existiría un elemento esencial en la subrogación; el de *substituir, ocupar el lugar del otro*, ya que coincide la maternidad biológica y la subrogada.

Tomaré la clara definición del Dr. Cáceres⁽¹⁾ para iniciar el desarrollo del tema: “La verdadera subrogación presupone que el embrión es ajeno, esto es, que ha sido implantado en una mujer que no ha aportado los óvulos para la procreación”.

El tema ha asustado y asusta, pero existe y no debemos eludirlo, so pretexto de que es axiológicamente disvalioso, pues en la medida en que el derecho no se ocupe de este asunto y no le dé un marco regulatorio apropiado, está dejando el mismo librado a la conciencia de los que practican las nuevas técnicas, con el consiguiente riesgo de comisión de verdaderos abusos.

¿Por qué se siente que ésta propuesta científica es éticamente disvaliosa?

(1) Ponencia presentada en el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia de 1987 (España).

Aquí se plantea *el tema del acto procreacional* sobre el que el Dr. Jorge Joaquín Llambías⁽²⁾ afirma, “el Autor de la naturaleza ha querido vincular la generación humana a la realización *completa* del acto sexual que confunde a varón y mujer en una sola carne, y cuyo amor habrá de fructificar en el hijo de ambos. La fecundación *in vitro* la quebranta gravemente el plan divino al independizar el coito de la fecundación del óvulo femenino, que ahora ya será la obra de la manipulación que realicen los técnicos a quienes se les confiere el encargo”.

“Ni siquiera será menester que se practique la cópula, pues en un mundo de ficción aberrante, la materia prima podrá ser obtenida por los experimentadores retirándola de los bancos de espermias y óvulos, de que ya periódicamente se ha comenzado a hablar. En consecuencia, los anómalos progenitores de esa criatura concebida *in vitro* por la acción de extraños que han tratado la materia prima que ellos les brindaron, cometieron una gravísima falta por la infracción a las leyes naturales de las que es autor el mismo Dios”.

Otro tema que se plantea es el de la *naturaleza jurídica* de los gametos y del embrión, pues para que pueda darse la subrogación de vientre es necesaria la inseminación extracorpórea. Esta técnica consiste en que la fecundación del óvulo se realiza en un laboratorio, con semen que puede pertenecer al varón de la pareja, o provenir de una tercera persona al igual que el óvulo femenino.

Se dan entonces distintas especies de *fertilización*: la llamada *homóloga*, cuando se realiza con semen y óvulos de la pareja y se inseminan en la mujer de la misma, o la *heteróloga*, cuando se utiliza semen de un donante. Una tercera posibilidad se da cuando se utiliza el semen del marido de la pareja contratante, y se insemina con él a la mujer contratada.

Con referencia a los *gametos* si bien se trata de elementos renovables, que podrían ser considerados como la sangre que puede ser objeto de donación, no los podemos calificar así porque transmiten vida y contienen toda la información genética, propia de los mismos al decir del Dr. Ribera⁽³⁾ “siguiendo la idea de Vidal Martínez, nos permitimos calificarlos como bienes de la personalidad, que están por regla general fuera del comercio, y cuya utilización sólo podrá hacerse dentro de los límites que impone la indisponibilidad sobre los derechos de la personalidad, el orden público, la moral y las buenas costumbres. Aspectos todos que deberían ser tenidos en cuenta por la legislación a dictarse en esta materia”.

(2) La fecundación humana “In Vitro”. Tº 79, pág. 891 E.D.

(3) Dr. Julio C. Ribera, “Instituciones del Derecho Civil”, pág. 346 Ed. Astrea, 1992.

Entonces sostengo, que es claro que los gametos son bienes de la personalidad y que deben ser tratados como tales, con sus caracteres de innatos, vitalicios, imprescriptibles, extrapatrimoniales y absolutos, por lo tanto están fuera del comercio y por su condición de inalienables no son susceptibles de enajenación por ningún título.

Esto nos lleva a plantear delicados problemas éticos: 1º) Son cosas que no están en el comercio. Existe una corriente de opinión que piensa que se pueden donar.

Pienso que no, porque como ya lo expresara en el presente a través de ellos se transmite vida. En caso de aceptarse la donación se necesitaría el consentimiento de los cónyuges, del donante y del donatario.

Pueden recibirlos las personas solteras.

Si se acepta este contrato, y una de las partes se arrepiente ¿deberá indemnizar por los daños que cause? Y ¿con qué extensión?

2º) ¿Se debe mantener en el anonimato al dador o no?

Si se está por el anonimato hay que pensar en los problemas que esto acarrearía en orden al impedimento matrimonial de ligamen. Y se le privaría al nacido del derecho a conocer su identidad.

Con referencia a los *embriones* debemos en primer término dilucidar cuando comienza la existencia biológica de la persona y es considerada un ser humano.

El Dr. en Medicina Jerome Lejeune⁽⁴⁾, expresa que: "...La vida tiene una historia bien larga pero cada uno de los individuos tiene un inicio bien determinado: el momento de la concepción". En relación a la dotación cromosómica del nuevo ser, explica: "cada segmento está cuidadosamente enrollado y empaquetado como una cinta magnética en un minicasette. Cuando se funden los dos gametos, se dispone ya de toda las cualidades innatas del individuo. Cada nuevo ser concebido recibe una combinación completamente origina que no se ha producido antes y nunca más se volverá a producir". En sus textuales palabras: "Tan pronto como los 23 cromosomas paternos encuentran los 23 cromosomas maternos, toda la información genética necesaria y suficiente para especificar cada una de las calidades innatas del nuevo individuo, se encuentran reunidas".

(4) Lejeune, Jerome "Le médecin face aux nouvelles techniques de procreation. La vie prénatale, biologie, moral e droit". Actes du colloque national de juristes catholiques, pág. 58, recordado por Kaiser, Pierre, en "Documentos sobre el embrión humano y la procreación medicalmente asistida", en JA, 5681, del 18/7/90, pág. 3, nota 7; del comentario doctrinario "Stattus jurídico del nascitutus en la procreación asistida" (Tomo 1991 - B).

Otra opinión en sentido opuesto proviene del Consejo de Europa en su Recomendación nº 1046, del año 1986. La misma afirma que se alcanza la condición de ser humano el día “catorce contado desde la fertilización...” criterio que no comparto y me fundo para ello en la opinión *ut supra* transcripta del Dr. Lejeune, y sostengo que el status jurídico de “ser humano” del embrión debe reconocerse desde la concepción. Su naturaleza jurídica es la de persona por nacer, y así lo dispone nuestro Código Civil en su artículo 70 y el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 4,1 que dice: “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” debiendo pues tratárselo según este enfoque.

También a partir de la aceptación que los embriones son personas, se nos presentan gravísimos problemas éticos:

1º) La cuestión de los embriones supernumerarios, ¿qué destino se les da?

Se puede llegar a cometer un verdadero genocidio.

2º) Dentro de las técnicas de fecundación in vitro existe la posibilidad de congelamiento de embriones.

Corren los riesgos de destrucción y que se experimente con ellos.

La solución más acorde con su naturaleza jurídica, es recurrir a la búsqueda de una madre que los adopte y le permita al nasciturus ejercer el derecho a nacer, en esta sola circunstancia es aceptable la donación de embriones.

Además ¿qué pasa con ellos en caso de muerte de los padres o de uno de ellos, o en caso de divorcio de los mismos?

Aclarada la naturaleza jurídica de los gametos y de los embriones, entramos en el tema del contrato de locación de vientre.

En lo que al contrato de locación de vientre se refiere, para determinar si es lícito o ilícito, debemos primero analizar el *objeto* de este contrato, como uno de los elementos esenciales, que consiste prestación de un hecho positivo (gestación) con la obligación de entregar el resultado, que es el niño. Podríamos afirmar que es ilícito, siguiendo a Lledó Yagüe citado por el Doctor Soto de Lamadrid⁽⁵⁾, quien sostiene que “se trata de un alquiler de útero o de un arrendamiento de obra, cuyo resultado es el hombre, deben ser prohibidos

(5) “Biogenética, filiación y delito”, págs. 328 y 329. Editorial Astrea, 1990.

Lledó Yagüe, Francisco, “El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo”, en II Congreso Mundial Vasco, “La Filiación a finales del siglo XX”.

absolutamente para evitar que la persona o sus componentes sean objeto de estas relaciones jurídicas”.

Moreno Luque Casariego⁽⁶⁾ expresa “si se trata de un contrato de alquiler de útero, cuando no hay precio y existe un fundamento altruista, el convenio donde se fijan las condiciones del servicio debería ser válido y por ello de necesario cumplimiento”. Si concordáramos con este autor estaríamos por la licitud del mismo, si se cumplen las condiciones allí expresadas, que son: que no exista precio y fundamento altruista.

La clasificación que merecería si se legislara este contrato de subrogación materna, es la de una locación de servicio o de obra, si se estipulara un precio, pues tiene como *objeto* la prestación de un servicio con obligación de entregar el resultado: hijo. En caso contrario si no se estipulara un precio, le faltaría la contraprestación.

Se trataría entonces de un contrato gratuito de prestación de actividad, adhiriendo a la doctrina que entiende que existe este tipo de contrato, aunque nuestra legislación hasta ahora no los contemple, existen en el derecho comparado. Entre los que adhieren a esta opinión, el Doctor Fernando López de Zavalía⁽⁷⁾ “Si no hay un precio habrá un contrato gratuito de prestación de actividad”; entonces como le falta uno de los elementos esenciales del contrato de locación que es el precio, no lo podemos incluir en tal clasificación. Con respecto a la existencia de los contratos gratuitos aclara el autor antes mencionado⁽⁸⁾ “Que puede haber un contrato, resulta: a) Del principio general de autonomía privada (art. 1197), y de la regla general de la clasificación de los contratos en a título gratuito y a título oneroso (art. 1139) sin que ninguno de estos textos limite su preceptiva a las obligaciones de dar.

b) De las reglas generales de las obligaciones de hacer, que contemplando incluso las intencionales (art. 625) para nada mentan el requisito de la onerosidad.

c) Del hecho de que el Código Civil recuerda su genérica existencia para negar que sean donación (art. 1791 inc. 7) y los menta como una de las posibilidades en el art. 1628”.

Coincido plenamente con la fundamentación legislativa, que hace el

(6) Moreno Luque - Casariego, C., “Reflexiones en torno a la gestación por cuenta ajena”, en II Congreso Mundial Vasco, “La Filiación a finales del siglo XX”, págs. 436 y 437.

(7) “Teoría de los contratos”, Tº IV, Parte Especial III, pág. 118, punto 2, Editora Zavalía, 1993.

(8) Fernando López de Zavalía “Teoría de los contratos”, Tº IV, Parte Especial III, pág. 360. Editora Zavalía, 1993.

prestigioso colega antes mencionado para la aceptación de la existencia de estos contratos, porque:

a) Por la autonomía de la voluntad enunciada en el art. 1197 del Código Civil.

b) Al clasificar el Código los contratos a título gratuito y a título oneroso reconoce como necesaria la existencia de los mismos.

c) El artículo 625 nombra las obligaciones de dar o de hacer, que hacen al contrato en análisis.

d) Además al mencionar los contratos que no son donación, en el artículo 1791 inc. 7º está reconociendo la existencia de los mismos.

e) El artículo 1628 en donde reconoce el codificador la existencia de los contratos de locación de servicio a título gratuito, que en el caso puede tener obligaciones de hacer o de dar.

Hay autores sin embargo, que tipifican este contrato como “atípico arrendamiento de obra o de servicio” así lo expresa el Doctor Soto de Lamadrid⁽⁹⁾ quien cita a su vez al Dr. Clavería Gosálbez el denominado alquiler de útero no es un arrendamiento de cosa, “porque no cabe contraprestación y porque el cuerpo humano o parte de él, no es jurídicamente “cosa”, razón esta última que excluye la posibilidad de hablar de comodato. Más bien se da prestación gratuita de una cosa de contenido complejo que comprende deberes de diligencia, vigilancia médica, régimen alimenticio, vida ordenada, comunicación de incidencias, etc., y que no es susceptible de calificación entre los tipos conocidos, al modo de un *atípico arrendamiento de obra o de servicio*. En este caso como en la donación y el depósito de semen o de embriones, nos hallamos ante actos jurídicos atípicos pero tipificables en el futuro y pertenecientes al derecho de familia”.

Para determinar la licitud o ilicitud del objeto, debemos mirar *al servicio que tiene por finalidad la prestación de un hecho positivo*.

Dado que el contrato de locación de vientre no está legislado, forma parte de los contratos llamados innominados o atípicos por ahora, no puede descartarse que sea tipificable en un futuro.

Es un contrato posible, porque de hecho conocemos innumerables casos en el mundo.

Expresa el Dr. Zannoni⁽¹⁰⁾ “que este tipo de negocios, pactos o acuerdos,

⁽⁹⁾ Dr. Miguel A. Soto Lamadrid, “Biogenética, filiación y delito”, pág. 328, Editorial Astrea, 1990.

⁽¹⁰⁾ “Lecciones y Ensayos”, págs. 49 y 88 (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de Publicaciones, UBA, 1988), Editorial Astrea.

colocaría al hijo como *objeto de la relación jurídica* establecida, por hipótesis, entre los dueños del embrión y la mujer portadora. Nótese que, al cabo, el contrato vincula a la portadora con obligaciones de hacer y de dar. *De hacer*: básicamente, no interrumpir voluntariamente el embarazo en su caso, los tratamientos que le indiquen para llevar a buen término el alumbramiento; *de dar* el niño, una vez nacido, a los dueños del embrión. En toda esta relación contractual tanto la madre como el embrión primero y el niño más tarde reciben indefectiblemente el tratamiento de cosas. La madre portadora es objeto de la prestación, su útero ofrecido al tráfico; el hijo es objeto del contrato, la *cosa* debida. No sólo entonces el cuerpo humano ha recibido la consideración de objeto de derechos, sino que la persona del hijo es objeto contractual”.

Distinto sería el caso en que no se cobrara un precio, pues en primer lugar se trataría de un contrato innominado actualmente para nuestro país como lo expreso *ut supra*, y ya no se configuraría el tráfico del que habla el Dr. Zannoni, de todos modos el hijo continúa siendo la cosa debida, motivo por el cual concluyo que el servicio es ilícito. Al objeto específico de este contrato le caben las limitaciones impuestas por el artículo 953 del Código Civil, no debe ser contrario a la moral y a las buenas costumbres, y desde que para el cumplimiento de este acuerdo es indispensable el uso del útero, se está disponiendo como apuntara más arriba, de derechos de la personalidad que son por naturaleza inalienables a título alguno. Y también se compromete a la entrega posterior del niño a quien se lo humilla y ofende en su dignidad de persona, profiriéndole el tratamiento de cosa.

Para determinar cual es la causa fin de este contrato, debemos analizar las contraprestaciones debidas, para la madre portadora, será el precio que recibe y para la madre subrogada tener el hijo que no hubiese podido tener de otra forma. Si no existe precio la causa fin es un sentimiento de altruismo para la madre portadora y la satisfacción de su deseo maternal para la madre subrogada.

En cuanto a la forma para este contrato de locación de servicio o de obra (para el caso en que se estipule un precio) la ley no prevé ninguna, queda concluido por el consentimiento, sea éste verbal o escrito. Con referencia al consentimiento se plantea un interrogante y es, si el cónyuge de la portadora debe prestar también su consentimiento, como también debería prestarlo el cónyuge de la subrogada a efectos de la filiación? Estimo que sí.

Si hacemos un análisis de proyectos de leyes realizados en el mundo tenemos que, el proyecto preliminar del Consejo de Europa, trata con mayor benevolencia a la madre que aporta el útero y el óvulo, disponiendo una serie de requisitos para que este acuerdo fuere posible, como el de gratuidad, que tuviese opción a quedarse con el hijo y que no exista acuerdo sobre renuncia del hijo. Mientras que si se trata de una verdadera subrogación, en la cual la

madre sólo presta su útero para gestación lo prohíbe sin otorgar alternativas posibles.

Afirma el Dr. Zannoni⁽¹⁾, “que la prohibición de maternidades sustitutas, en cualquiera de sus formas, parece afirmarse” y menciona el proyecto de ley presentado a la Asamblea Nacional de Francia en 1984, a un proyecto de ley italiano presentado en 1985 y a un informe elaborado por una comisión especial nombrada por el Congreso de los Diputados dado a conocer en 1986, todos en contra de esta práctica.

A esta altura del desarrollo puedo afirmar y atendiendo a la sanción impuesta por el artículo 953 del Código *in fine*, que son contratos nulos como si no tuvieran objeto.

¿Qué efectos produce el incumplimiento de éstos contratos? En nuestro país por ser considerados nulos de nulidad absoluta no son exigibles por ende no puede exigirse indemnización por los daños sufridos.

Rige lo estatuido en los artículos 1626, 795 y 953 del Código Civil:

Artículo 1626: “Si la locación tuviese por objeto prestaciones de servicios imposibles, ilícitos o inmorales aquél a quien tales servicios fuesen prestados, no tendrá derecho para demandar a la otra parte por la prestación de esos servicios, ni para exigir la restitución del precio que hubiese pagado”.

Entonces como se trata de una locación de servicio o de obra cuya prestación se cumple con el uso del útero materno y la entrega de la cosa debida, el hijo, la prestación de éstos hechos positivos es ilícita e inmoral, por ser contrarios a las buenas costumbres. Por los motivos ya expresados en este trabajo, se aplica lo prescripto por esta norma legal en cuanto no tendrá acción para exigir la prestación del servicio ni para exigir la restitución del precio que hubiese pagado.

Artículo 795: “El pago hecho por una causa contraria a las buenas costumbres, puede repetirse cuando sólo hay torpeza por parte del que lo recibe, aunque el hecho o la omisión en virtud de la cual el pago ha sido efectuado, hubiese sido cumplido. Si hay torpeza por ambas partes, la repetición no tiene lugar aunque no se hubiese realizado”.

Esta disposición se refiere al pago, y diferencia dos situaciones, si ha habido torpeza por parte del que recibe el precio, puede reclamarse pero si en cambio hay torpeza por ambas partes, no podrá reclamarse la repetición aunque el hecho no se hubiese realizado.

En lo que al tema que motiva este trabajo se refiere, sería aplicable al segunda hipótesis, pues nadie que tenga capacidad de derecho para contratar,

⁽¹⁾ “Lecciones y Ensayos”, pág. 87 (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de Publicaciones, UBA, 1988).

puede alegar error o ignorancia en cuanto a la ilicitud del objeto pues ella es manifiesta.

Artículo 953: “El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto”.

Ya me he referido a este artículo y he apuntado la ilicitud del objeto y la sanción de nulidad absoluta que el mismo acarrea.

Del análisis de estas normas puedo afirmar que en nuestro derecho positivo, el incumplimiento de estos contratos no trae aparejada acción de cumplimiento ni repetición de lo pagado, ni mucho menos el reclamo por daños y perjuicios.

El derecho no puede desconocer éstos hechos.

Para pensar que un día se puede llegar a tipificar este contrato en nuestro país, tiene que cambiar la valoración media que tiene la sociedad actual con respecto a este tema.

Pero se presentan conflictos hoy insalvables, que son: el hecho de que se utilice al ser humano como un medio, sin tener en cuenta la dignidad que por ser tal se le debe reconocer por un lado y el avance científico que produce hechos por el otro, que el derecho no puede desconocer, es más debe legislar en forma restrictiva y sancionatoria para proteger al nacido. Entonces la misma deberá contener previsiones que acoten los abusos, que tomen a los embriones y a la madre como seres humanos que son, y que proteja por sobre todo el valor vida y la dignidad de la madre portadora. En cuanto a la filiación del hijo nacido, no concuerdan la madre biológica con la madre portadora, y este hecho acarrea su cuota de incertidumbre con respecto a la misma. Y entre nosotros el artículo 242 del Código Civil establece: “La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”; o sea se prueba el nacimiento por el parto. En éstos contratos de “locación de vientre” no se corresponden la madre biológica con la portadora, y si aplicamos la presunción contenida en el artículo antes mencionado, al nacido se le otorgaría un estado de familia que no se correspondería con el nexo biológico.

En la Jurisprudencia en los EE.UU. sobre el contrato de locación de vientre en el “leading case, Baby M.” que paso a narrar, la Corte Suprema de New Jersey llega a una sabia conclusión.

Las partes en este proceso eran: Mary Beth Whitehead y el matrimonio Stern, quienes realizan un contrato de Locación de Vientre por razones de

infertilidad de la Srta. Stern. Se pacta un precio de U\$S 10.000, que recibiría Mary Beth Whitehead por llevar a término el embarazo, y el pago de todos los gastos médicos. Se trata de un caso de subrogación materna que llamamos “impropiamente” dado que no existe una verdadera subrogación porque coinciden la madre biológica con la portadora, quien debía proveer el esperma era el Sr. Stern, para que la madre subrogante fuera inseminada. Esta última renunciaba a los derechos de filiación y su marido reconoció que no era el padre del niño que daría a luz su esposa y que llevaría el apellido Stern.

Cuando hubo nacido la niña la madre sustituta la lleva consigo, al cabo de tres días hace la entrega tal como se había pactado, pero luego se arrepiente y la reclama, consigue que se la entreguen y después no la devuelve y aquí comienza el proceso.

La sentencia dictada por un Tribunal de Instancia de Nueva Jersey, reconoce la existencia del contrato y agrega que la madre sustituta se hubiera podido arrepentir hasta la concepción del nuevo ser, pero que una vez ocurrido lo convenido era exigible.

Este caso fallado en 1987 por la Suprema Corte de Nueva Jersey: revoca la sentencia del Tribunal de Instancia y declara la nulidad del contrato de maternidad subrogada al que calificó de ilegal, pero devolvió a Baby M. al matrimonio Stern, por considerar que éstos se encontraban en condiciones de ofrecer una mejor calidad de vida a la pequeña.

Invalidez e Inexigibilidad del Contrato de Subrogación en el caso Baby M.:

Comentario sobre el tema enunciado, con ideas extraídas del libro “Family Law Cases, Text, Problems”, Ira Mark Ellman, Paul M. Kurtz, Katherine T. Barlett⁽¹²⁾, sobre la Invalidez e Inexigibilidad del Contrato de “Subrogación Materna” sobre el caso Baby M. Los motivos por los cuales lo califican de esta forma son:

La paga de los servicios personales de M. B. Whitehead es ilegal y tal vez criminal, como argumentaron los Stern.

Además existe una coerción en este contrato, la madre portadora debe renunciar al hijo en forma irrevocable, antes de la concepción y del nacimiento. Este tipo de acuerdos son totalmente inexigibles.

Las cláusulas de renuncia a sus derechos como madre están en conflicto con los estatutos de New Jersey y con la política establecida por el Estado.

Estos términos críticos están en el corazón del contrato, son inválidos e inexigibles.

⁽¹²⁾ Second Edition, Contemporary Legal Education Series, Copyright 1986, 1989, págs. 1313/1317.

Conflictos con las previsiones estatutarias

El contrato de subrogación está en conflicto con:

- 1) Las leyes que prohíben el uso del dinero en relación con las adopciones.
- 2) Las leyes para la supresión de derechos de los padres sobre los hijos, que requieren prueba de incompetencia maternal o paternal.
- 3) Las leyes que se refieren a la renuncia de la custodia y prevén que esta renuncia sea revocable.

En cuanto al ítem 1, expresan los comentaristas, en el caso Baby M. se estructuró el contrato de subrogación de la siguiente forma:

- 1) La Sra. Stern no era parte del mismo.
- 2) El dinero pagado a la Sra. Whitehead fue la contraprestación por el servicio que ella prestó, no por la adopción.

El pago del servicio de U\$S 10.000 a la Sra. Whitehead, se hizo efectivo contra la renuncia de ella de los derechos sobre el niño.

Con referencia al ítem II. En este caso la renuncia a los derechos sobre el hijo, se hizo en un contrato violatorio de las leyes.

En relación al ítem III por contrato se renuncia a la custodia, en forma irrevocable cuando las leyes exigen que sea revocable en la mayoría de las veces y la legislatura limita circunstancias bajo las cuales este consentimiento pudiera ser irrevocable.

Consideraciones del Sistema Público

La invalidez del Contrato de Subrogación... Está más ampliamente subrayado por el sistema Público de New Jersey.

La aserción del contrato, que decide la custodia antes del nacimiento sin tener en cuenta el interés del menor, viola las normas.

La falla mayor del contrato, es el total descuido por el “supremo interés del menor” ...Esto es la venta de un niño... Este contrato garantiza la separación permanente del chico de uno de sus padres naturales, mientras que la política legislativa de New Jersey apunta a que los niños deberían quedarse y ser educados por sus padres naturales. Como resultado de este contrato en vez de iniciar su vida con toda la paz y seguridad posible, inmediatamente se encuentra en medio de un litigio entablado por padre y madre.

La Sra. Whitehead fue evaluada psicológicamente, los Stern consideraban importante la evaluación sólo en relación a si ella cambiaría su opinión. Nunca pidieron para ver el examen, y se quedaron contentos con saber que el “Infertility Center” había concluido que no había peligro en cuanto a la renuncia. A la Sra. Whitehead se le informó que había pasado su examen

psicológico. Los psicólogos, por cierto, advirtieron que la Sra. Whitehead demostraba ciertos rasgos que podrían hacer dificultosa la renuncia al hijo y que debería hacerse una averiguación más profunda sobre esto. Pero esto pondría en riesgo los honorarios del Infertility Center. Ni la Sra. Whitehead ni los Sres. Stern fueron avisados sobre esto, pues podría haber terminado con el acuerdo sobre subrogación.

Por contrato, la madre subrogante se compromete de manera irrevocable a la entrega del hijo, antes de conocer la fuerza de su unión con él. Tampoco tiene la oportunidad de tomar una decisión totalmente informada y voluntaria, porque cualquier decisión antes del nacimiento del niño es desinformada. Y después impuesta por un compromiso contractual que preexiste, ante la amenaza de un juicio y la atracción por los U\$S 10.000 de pago, es menos que totalmente voluntario. Sus intereses preocupan poco a aquéllos que controlaron esta transacción.

Aunque el interés del padre natural y el de la madre adoptiva son internamente los intereses predominantes, en realidad los únicos intereses atendidos, aunque lo están por debajo de lo que la política pública requiere. Porque se averigua poco sobre la madre natural su estructura genética, su historia médica y psicológica. Más aún ni siquiera se hace un intento superficial para determinar la conciencia sobre sus responsabilidades como padres...

En este caso, no hubo la más mínima sugerencia de hacerle algún estudio, en algún momento para determinar la aptitud de los Stern como padres a cargo de la custodia. De la Sra. Stern como madre adoptiva, para demostrar su superioridad con respecto a la Sra. Whitehead, o del efecto que pueda producir esto al niño que no vive con su madre natural.

Esto es la venta de un niño, o al menos la venta de los derechos de una madre sobre su hijo, el único factor moderador es que uno de los compradores es el padre. Casi todo lo nocivo que impidió la prohibición de pagos de dinero por adopciones, existe en el presente.

La diferencia entre una adopción y un contrato de subrogación debe ser resaltada... Primero... a pesar de una alegada motivación desinteresada de las madres subrogantes, si no media pago, difícilmente van a haber subrogaciones, o habrán muy pocas. Eso... contrasta con la adopción; por razones obvias, sigue habiendo una oferta estable, no obstante insuficiente, a pesar de las prohibiciones contra los pagos. La adopción misma alivia a la madre biológica del peso financiero para mantener a un infante, en algún sentido equivale a un pago.

Segundo, el uso del dinero en adopciones no produce problema. La concepción y el nacimiento ocurren antes que los fondos ilícitos fueren ofrecidos. Con la subrogación, el "problema", si uno considera la existencia de tal, consiste en la compra de la capacidad procreativa de una mujer, que arriesga su vida, es causada y originada por la oferta de dinero. La diferencia:

es que un embarazo no querido es inintencionado, mientras que la situación de la madre subrogante es voluntaria e intencionada.

Inicialmente, se produce una fuerte reacción de simpatía por la madre cuyo embarazo no fue querido sobre la madre subrogante, quien “entró con los ojos bien abiertos”. Reflexionando, se visualiza que lo esencial, que es lo pernicioso, es similar, en ambos casos se aprovecha de la situación de la mujer (de no querer el embarazo y de necesitar el dinero en cada caso respectivamente), para llevarse al hijo.

...Es discutida, la aseveración de que la subrogación va a ser usada en beneficio de los ricos a expensas de los pobres. En este caso, los Stern no son ricos, ni los Whitehead son pobres, pero de todos modos es improbable que parejas infértiles de bajos recursos encuentren subrogantes de altos ingresos.

De todos modos aun en este caso el dinero tuvo cierto protagonismo. A la hora del juicio el capital de los Whitehead era negativo. Los Stern eran los dos profesionales ella médica y él bioquímico, ganando ambos, U\$S 89.500 anuales. Y Whitehead era ama de casa.

En una sociedad civilizada existen cosas que el dinero no puede comprar, en los Estados Unidos se decidió hace tiempo, que sólo porque la conducta fuera comprada por el dinero de manera voluntaria, no quiere decir que esta conducta sea buena, o más allá de la regulación o de la prohibición.

Existen valores más importantes que los que puede comprar el dinero, el trabajo, el amor o la vida. Si este principio recomienda la prohibición de la subrogación, el que presumiblemente a veces resulta en una satisfacción a todas las partes, no es tema de juicio nuestro.

...En New Jersey los acuerdos de las madres subrogantes, de vender sus hijos son nulos. La irrevocabilidad afecta al contrato entero como también el dinero que intenta comprarlo.

El fallo de la Corte coincidió con la terminación de la Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación.

Constituyó un importante antecedente legal en el tema de Contrato de Subrogación Materna, apoyó enfáticamente la decisión de la Corte que declara ilegal el contrato de “Locación de Vientre” por las conclusiones a las que arribo en el desarrollo del presente.

QUÉ OPINA LA IGLESIA

Ya el Papa Juan XXIII en la encíclica *Mater et Magistra*⁽¹³⁾ con referencia

(13) *Mater et Magistra*, Encíclica de S.S. Juan XXIII, pág. 71, Ediciones Paulinas, Bs. As.

a la naturaleza de la persona humana dice: “Tenemos que proclamar solemnemente que la vida humana se transmite por medio de la familia, fundada en matrimonio único e indisoluble, elevado para los cristianos a la dignidad de Sacramento. La transmisión de la vida humana está encomendada por la naturaleza a un acto personal y consciente y, como tal, sujeto a las leyes sapientísimas de Dios: leyes inviolables e inmutables, que han de ser atacadas y observadas. Por eso, no se pueden usar medios ni seguir ciertos métodos que podrían ser lícitos en la transmisión de la vida de las plantas y de los animales”. Y el Concilio Vaticano II en la Constitución *Gaudium et Spes*⁽¹⁴⁾, cuando se refiere a la constitución del hombre expresa: “El hombre, unitario en su dualidad de cuerpo y alma, es por su condición corporal, una síntesis del universo material, de tal modo que los elementos encuentran en él su plenitud y pueden alabar libremente a su Creador (Cfr. Dan 3, 57-90); de ahí que no esté permitido al hombre despreciar su vida corporal, sino que está obligado a considerar su cuerpo como bueno y digno de honor, ya que ha sido creado por Dios y ha de resucitar el último día. Sin embargo, herido por el pecado, experimenta las rebeliones del propio cuerpo. Reclama, por consiguiente, la dignidad del hombre que dé gloria a Dios aun en su propio cuerpo (Cfr. 1 Cor 6, 13-20), y que no le consienta vivir esclavo de las depravadas inclinaciones del corazón.

Al abordar el tema del amor conyugal y el respeto a la vida humana establece⁽¹⁵⁾, “...la vida desde su concepción se ha de proteger con sumo cuidado y el aborto y el infanticidio son crímenes nefandos”.

Refiriéndose Pablo VI, al acto conyugal en la Encíclica *Humanae Vitae*⁽¹⁶⁾, manifiesta inseparables los aspectos de: unión y procreación. “Esta doctrina, muchas veces expuesta por el Magisterio, está fundada sobre la inseparable conexión que Dios ha querido y que el hombre no puede romper por propia iniciativa, entre los dos significados del acto conyugal: el significado unitivo y el significado procreador. Efectivamente, el acto conyugal, por su íntima estructura, mientras une profundamente a los esposos los hace aptos para la generación de nuevas vidas, según las leyes escritas en el ser mismo del hombre y de la mujer. Salvaguardando ambos aspectos esenciales, unitivo y procreador, el acto conyugal conserva íntegro el sentido del amor mutuo y verdadero y su ordenación a la altísima vocación del hombre a la paternidad. No pensamos que los hombres, en particular los de nuestro tiempo, se encuentren en grado de comprender el

⁽¹⁴⁾ Concilio Vaticano II, Documentos Completos, pág. 144, Ediciones Paulinas, Bogotá, Colombia, 1991.

⁽¹⁵⁾ Concilio Vaticano II, Documentos Completos, pág. 179. Ediciones Paulinas, Bogotá, Colombia, 1991.

⁽¹⁶⁾ S.S. Pablo VI, Carta Encíclica sobre “La Transmisión de la vida humana”, pág. 13, Ediciones Paulinas.

carácter profundamente razonable y humano de este principio fundamental”.

La Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, *Donum Vitae*⁽¹⁷⁾, comienza diciendo: “El magisterio de la Iglesia no interviene en nombre de una particular competencia en el ámbito de las ciencias experimentales. Al contrario, después de haber considerado los datos adquiridos por la investigación y la técnica, desea proponer, *en virtud de la propia misión evangélica y de su deber apostólico*, la doctrina moral conforme a la dignidad de la persona y a su vocación integral, exponiendo los criterios para la valoración moral de las aplicaciones de la investigación científica y de la técnica a la vida humana, en particular en sus inicios. Estos criterios son el respeto, la defensa y la promoción del hombre, su “derecho primario y fundamental” a la vida (Juan Pablo II, Discurso a los participantes en la 35ª Asamblea General de la Asociación Médica Mundial) y su dignidad de persona dotada de alma espiritual, de responsabilidad moral y llamada a la comunión beatífica con Dios”.

En cuanto a los criterios morales que deben aplicarse para esclarecer los problemas que se plantean en el ámbito de la biomedicina⁽¹⁸⁾ señala que: “En efecto, sólo en la línea de su verdadera naturaleza la persona humana puede realizarse como totalidad unificada. Ahora bien, esa naturaleza es al mismo tiempo corporal y espiritual. *En virtud de su unión sustancial con un alma espiritual, el cuerpo humano no puede ser reducido a un complejo de tejidos, órganos y funciones, ni puede ser valorado por la misma medida que el cuerpo de los animales, ya que es parte constitutiva de una misma persona, que a través de él se expresa y manifiesta.*

La ley moral natural evidencia y prescribe las finalidades, los derechos, los deberes, fundamentos en la naturaleza corporal y espiritual de la persona humana. Esa ley no puede entenderse como una normatividad simplemente biológica, sino que ha de ser concebida como el orden racional por el que el hombre es llamado por el Creador a dirigir y regular su vida y sus actos y, más concretamente, a usar y disponer del propio cuerpo.

Desde esta visión antropológica se deben encontrar los criterios fundamentales de decisión, cuando se trata de procedimientos no estrictamente terapéuticos, como son por ejemplo, los que miran a la mejora de la condición biológica humana. Tales procedimientos no deben rechazarse por el hecho de ser artificiales; como tales testimonian las posibilidades de la medicina, pero deben ser valorados moralmente por su relación con la dignidad de la persona

(17) “Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación”, pág. 6, Ediciones Paulinas.

(18) “Instrucción sobre el respeto de la vida humana y la dignidad de la procreación”, págs. 9 a 11. Ediciones Paulinas, año 1991.

humana, llamada a corresponder a la vocación divina al don del amor y al don de la vida”.

El Catecismo de la Iglesia Católica⁽¹⁹⁾ en relación a las investigaciones y técnicas que intentan reducir la infertilidad dice: “Las investigaciones que intentan reducir la esterilidad humana deben alentarse, a condición de que se pongan *“al servicio de la persona humana, de sus derechos inalienables, de su bien verdadero e integral, según el plan y la voluntad de Dios”*”.

Las técnicas que provocan una disociación de la paternidad por la intervención de una persona extraña a los cónyuges (donación del esperma o del óvulo, préstamo del útero) son gravemente deshonestas. Estas técnicas (inseminación y fecundación artificiales heterólogas), lesionan el derecho del niño a nacer de un padre y una madre conocidos de él y ligados entre sí por el matrimonio. *Quebrantan su derecho a llegar a ser padre y madre exclusivamente el uno a través del otro.*

Practicadas dentro de la pareja, estas técnicas (inseminación y fecundación artificiales homólogas) son quizá menos perjudiciales, pero no dejan de ser moralmente reprochables. Disocian el acto sexual del acto procreador. El acto fundador de la existencia del hijo ya no es un acto por el que dos personas se dan una a otra, sino que *confía la vida y la identidad del embrión al poder de los médicos y de los biólogos, e instaura un dominio de la técnica sobre el origen y el destino de la persona humana. Una tal relación de dominio es en sí contraria a la dignidad e igualdad que debe ser común a padres e hijos.* La procreación queda privada de su perfección propia, desde el punto de vista moral, cuando no es querida como el fruto del acto conyugal, es decir, el gesto específico de la unión de los esposos... solamente el respeto de la conexión existente entre los significados del acto conyugal y el respeto de la unidad del ser humano, consiente una procreación conforme con la dignidad de la persona”.

En la Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación⁽²⁰⁾, “Todo ser humano debe ser acogido siempre como un don y bendición de Dios. Sin embargo, desde un punto de vista moral, sólo es verdaderamente responsable, para con quien ha de nacer, la procreación que es fruto del matrimonio.

La fecundación artificial heteróloga es contraria a la unidad del matrimonio, a la dignidad de los esposos, a la vocación propia de los padres y al derecho de los hijos a ser concebidos y traídos al mundo en el matrimonio y por el matrimonio.

⁽¹⁹⁾ Catecismo en la Iglesia Católica, págs. 588 a 589.

⁽²⁰⁾ Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, págs. 32, 33, 36, 44, 53 y 54, Ediciones Paulinas.

...La inseminación artificial homóloga dentro del matrimonio no se puede admitir, salvo en el caso en que el medio técnico no sustituya al acto conyugal, sino que sea una facilitación y una ayuda para que alcance su finalidad natural.

La maternidad sustitutiva representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura, en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen.

...El respeto y la procreación que se han de garantizar, desde su misma concepción, a quien debe nacer, exige que la ley prevea sanciones penales apropiadas para toda deliberada violación de sus derechos. La ley no podrá tolerar —es más, deberá prohibir explícitamente— que seres humanos, aunque en estado embrional, puedan ser tratados como objetos de experimentación, mutilados o destruidos, con el pretexto de que han resultado superfluos o de que son incapaces de desarrollarse normalmente.

La autoridad política tiene la obligación de garantizar a la institución familiar, sobre la que se fundamenta la sociedad, la protección jurídica a la que tiene derecho...

...La legislación deberá prohibir además, en virtud de la ayuda debida a la familia, los bancos de embriones, la inseminación post mortem y la maternidad sustitutiva.

De los párrafos transcriptos, surge claramente cuál es la posición de la Iglesia frente a la Inseminación artificial y al Contrato de Locación de Vientre, porque si: a) La vida humana se *transmite* por la familia fundada en el matrimonio único e indisoluble, a través de un acto personal, consciente, sujeto a las leyes de Dios. Y no se pueden usar métodos que pueden ser lícitos para animales y plantas.

b) Y al hombre, *unitario en su dualidad de cuerpo y alma*, no le está permitido despreciar su vida personal.

c) *La vida se ha de proteger desde su concepción*, con estas técnicas se descartan, seleccionan y quedan embriones sobrantes.

d) *El cuerpo humano no puede ser considerado como un complejo de tejidos*, órganos y funciones ya que es parte constitutiva de una persona.

e) El acto conyugal en donde unión y procreación son inseparables; tiene un significado *unitivo y procreador*.

f) La Iglesia en virtud de su misión evangélica y su misión apostólica desea *proponer la doctrina moral*, conforme a la dignidad de la persona y a su

vocación integral, aplicable a los datos adquiridos por la investigación y por la técnica. Los criterios con que se debe tratar al sujeto son la defensa y la promoción del hombre, su derecho a la vida, su dignidad de persona, dotada de alma espiritual de responsabilidad moral y formada en la comunión beatificada de Dios.

g) *Los procedimientos que son terapéuticos* pero que apuntan a mejorar la condición humana, se deben analizar desde la visión antropológica que describí *ut supra*.

h) La fecundación artificial *heteróloga* es contraria a la unidad de los esposos, a la vocación propia de los padres y al derecho de los hijos de ser concebidos y traídos al mundo en el matrimonio y por el matrimonio.

i) *Las leyes* deben proteger al que va a nacer desde su concepción, instituyendo sanciones penales para la violación y deberá prohibir que el ser humano en estado embrional sea tomado como cosa.

No podrá autorizar la ley civil, las técnicas de procreación artificial que arrebatan un derecho exclusivo de la relación entre los esposos y por eso no podrá legalizar la donación de gametos entre personas que no estén unidas en matrimonio. La legislación deberá prohibir los bancos de embriones, la inseminación post-mortem y la maternidad sustitutiva.

j) Que no es lícita la *maternidad sustituta*, por las mismas razones que llevan a rechazar la fecundación artificial heteróloga.

Concluyo que la Iglesia se opone a cualquier tipo de inseminación artificial y al reconocimiento legislativo de contratos de locación de vientre por su doctrina; *porque la vida humana se transmite por las familias fundadas en matrimonio a través de un acto intuitivo y procreador*.

Y con las técnicas de inseminación artificial, la vida se transmite de una forma diversa al acto conyugal y en el seno de una familia, y hasta puede darse en la utilización de las mismas la circunstancia de donación de gametos de terceras personas.

Por eso la Iglesia se opone a la inseminación artificial heteróloga y homóloga: 1) Dentro de esta última la Iglesia acepta la especie, en el caso en que el medio técnico no sustituya al acto conyugal dentro del matrimonio, sino que sea una ayuda para que alcance su finalidad natural. 2) La vida humana se ha de proteger desde su concepción, el cuerpo humano no puede ser considerado como *un complejo de tejidos, órganos y funciones y al hombre unitario en su dualidad no le está permitido despreciar su vida corporal*. De ahí que los procedimientos que no son terapéuticos, pero que apuntan a mejorar la condición biológica humana se deben aplicar sin perder de vista la visión antropológica del ser humano. Por la aplicación de las técnicas de Inseminación se trata al ser humano como cosas, sin respetarlo en su

dignidad y se cometen verdaderos genocidios con el descarte de los embriones sobrantes. Estos procedimientos hacen caso omiso de la visión antropológica con que se debe mirar al ser humano. 3) Las leyes civiles y penales deben proteger la vida desde su concepción, prohibirá la ley civil autorizar técnicas de procreación artificial que impidan a los esposos ejercer el derecho exclusivo de la relación entre ellos, la donación de gametos entre personas que no están unidas en matrimonio, los bancos de esperma, la inseminación post-mortem y la maternidad sustitutiva.

Tanto las técnicas de Inseminación artificial homóloga que es la que se utiliza en el contrato de Locación de Ventre, cuanto el contrato mismo, contravienen todos los enunciados que acabo de enumerar. Por lo que obviamente concluyo que la Iglesia se opone tanto a la utilización de las técnicas empleadas para dar cumplimiento al contrato de Locación de Ventre, como al contrato mismo.

COMENTARIO DE LOS PROYECTOS DE LEY SOBRE FERTILIZACIÓN ASISTIDA

Me referiré primero al Contrato de Locación de Ventre, en los siete proyectos de ley presentados en el país, (cuyo cuadro comparativo acompaño como anexo); se puede observar que los legisladores o no lo mencionan o los que sí lo hacen están por la nulidad, o por la prohibición. O como es el caso del Proyecto presentado por los Senadores Britos, Rivas, Bittel, Ludueña, Sánchez, Vaca y Rubeo en el que sin hacer referencia al mismo, en su artículo 11 dispone que “En la aplicación de la técnica de fecundación humana asistida sólo podrá utilizarse gametos de los miembros de la pareja que solicita su aplicación” y en el art. 20, inc. b, dispone pena de prisión o de reclusión de tres a diez años en inhabilitación especial por el doble de la condena: a quien “...implantara o hiciera implantar embriones humanos concebidos con material genético que no pertenezca a la pareja autorizada...”; con lo cual en forma indirecta se está prohibiendo el contrato en cuestión.

Los objetivos enunciados en los distintos proyectos, son las regulaciones de estas técnicas para parejas que sufran problemas de esterilidad o infertilidad.

En cuanto a los beneficiarios, el único proyecto que aclara que estas técnicas tienen como destinatarios a las parejas heterosexuales, es el presentado por los legisladores Mendoza y Troyano; que en su art. 10 dice: “Podrán ser beneficiarios de estas técnicas de procreación asistida las personas plenamente capaces y en buen estado de salud psicofísica que se encuentren unidas en matrimonio conforme a la ley vigente, así como aquellas parejas de hombre y mujer que mantengan una relación estable de convivencia, no menor a cinco años, debidamente acreditada por ante el organismo de aplicación de la presente o a través de instancia judicial”. Es de destacar la loable preocupación por aclarar que se dirige a parejas *heterosexuales*.

Para prestar el consentimiento los distintos proyectos disponen formas diversas, en general exigen que sea por escrito; y los legisladores Lafferriere y Storani, Mendoza y Troyano, contemplan el requisito de escritura pública para el caso de utilizar material genético de terceros. Otro proyecto el de Caamaño y Corchuelo regla que se preste por escritura pública o instrumento privado con fecha cierta. El proyecto Mendoza - Troyano, prevé el caso para los no casados, el hombre deberá prestar su consentimiento en forma fehaciente, incondicional y formal. Los demás proyectos son coincidentes en solicitar el consentimiento de ambos miembros de la pareja.

En cuanto al número de óvulos a implantar los proyectos disponen que sean entre tres y cuatro como máximo, salvo para los casos de FIV que Caamaño y Corchuelo prevén que sea uno.

El tratamiento que contemplan los proyectos se les otorgue a los gametos y embriones, en general son coincidentes en que son cosas que están fuera del comercio.

Coinciden también en que el embrión es persona desde la concepción.

Lo preocupante es que el Diputado Natale, acepte la intervención en gametos y embriones para diagnosticar enfermedades y en su caso desaconsejar la implantación. Idem en el proyecto Laferriere - Storani quienes además aceptan la selección de sexos para prevenir enfermedades, se está aceptando la manipulación genética.

Cuatro de los siete proyectos aceptan el congelamiento de embriones.

Concluyo que se debiera legislar sobre este tema en una forma más restrictiva y sancionatoria, para prevenir los abusos.

CONCLUSIÓN

1) No cabe la menor duda que los *embriones* son personas desde la concepción, porque desde lo científico tomo como propia la aseveración del Dr. Lejeune: “Tan pronto como los 23 paternos encuentran los 23 cromosomas maternos, toda la información genética necesaria y suficiente para especificar las calidades innatas del nuevo individuo, se encuentran reunidas”.

1.1) Desde lo jurídico en nuestro país así lo dispone el art. 70 del Código Civil y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en su artículo 4,1, que ha ingresado a nuestra legislación por ley 23.064. En nuestra Constitución Nacional este derecho a la vida no está expresamente enunciado, pero resulta del artículo 33 en el que está implícitamente comprendido.

1.2) Desde lo espiritual me permitiré citar al Padre O. P. Domingo M.

Basso⁽²¹⁾: “...la ciencia nos dice que el cigoto es totipotente y autónomo, posee su propia organización interna o su código genético completo (= cuerpo orgánico); no es un ser humano en potencia sino en acto, aunque todavía no pueda ejercer todas sus facultades (algunas ya las ejerce desde el principio, como las potencias vegetativas). Así como esto me indujo a concluir que ya posee su propia alma espiritual, forma informante de su diminuto pero perfectamente programado cuerpo, así también me induce ahora a afirmar que en él se verifica la realidad personal de un ser subsistente por sí mismo, su identidad ontológica anterior al ejercicio de su libertad y al uso de su conciencia emanantes de la persona y no al revés. Y, si todo esto se verifica, no encuentro ningún argumento tan poderoso y probativo como para refutarlo y obligarme a desestimar en el cigoto su perfección de persona humana. Más aún, pienso, con pleno convencimiento, no caer en un prejuicio metodológico conceptual; por el contrario, creo haberme guiado por un razonamiento lógico; prejuicio es más bien el de quienes, buscando fundamentación a lo injustificable, descalifican a los otros hombres para poder justificarse a sí mismos. Al menos el Dr. Nathanson ha reconocido su error; otros deberían imitarlo”.

Son irrefutables los argumentos expresados por el P. O. Basso, transcritos *ut supra*, y permitiéndome seguir sus ideas afirmo que existe vida desde la concepción, y como espero ha quedado demostrado en el presente.

Esto nos lleva a concluir que desde el mismo momento de la concepción, el nasciturus posee también su propia alma espiritual.

2) El Contrato de Locación de Vientre es ilícito, porque su objeto lo es, dado que se les propina trato de “cosa” tanto a la madre portadora cuanto al hijo. Ella cumple con la prestación objeto del contrato usando su cuerpo primero y entregando al hijo luego.

2.1) Por tener objeto ilícito este contrato es nulo como si no tuviese objeto (conforme al artículo 953 C.C.).

3) Sostengo la necesidad de legislar sobre los temas aquí analizados.

3.1) En lo que al “contrato de locación de vientre” se refiere, ella sólo estará dirigida a sancionar a quienes realicen este tipo de contratos.

3.2) Con respecto a las técnicas de procreación asistida se debe regular en forma restrictiva y sancionatoria creando tipos penales vinculados con las prácticas ilegales, para preservar el derecho a la vida del nasciturus. Tomo las palabras del Doctor Gregorio Badeni⁽²²⁾ y afirmo que el derecho a la vida

(²¹) Nacer y morir con dignidad, Bioética, pág. 240, Depalma, 1993, 3ª edición, Ampliada.

(²²) “El derecho a nacer”, pág. 29, Editorial Abeledo Perrot, 1993.

“constituye una cualidad inseparable de la condición humana y presupuesto indispensable para su existencia”.

3.3) Propongo una legislación restrictiva, en contraposición a lo que el Doctor Alberto Rodríguez Varela califica como permisivismo legal, que ha costado tantas vidas a la humanidad, un claro ejemplo de estas tendencias permisivas es la legislación que permite el aborto, que como sabemos existe en no pocos países del mundo. El autor⁽²³⁾ haciendo referencia a lo que él denomina “El Permisivismo Occidental”, expresa: “En el curso del siglo XX comenzaron a expandirse las corrientes permisivistas. El proceso se aceleró a partir de la segunda postguerra. El derecho a nacer entró en crisis como consecuencia de la expansión de las corrientes materialistas que constituyen una verdadera apostacía de la tradición occidental...”.

⁽²³⁾ Doctor Alberto Rodríguez Varela, “El derecho a nacer”, pág. 23, Editorial Abeledo Perrot, 1993.

	Natale	Britos y otros	Mendoza Troyano	Romero	Caamaño	Laferriere - Storani	Caamaño - Corchuelo
Objetivos	Paliar esterilidad humana	Regular métodos y técnicas para casos de infertilidad y esterilidad comprobada.	Regula relaciones emergentes de la aplicación de técnicas de reproducción para quienes padecen patológicas / disfunciones.	Control y regulación de métodos de fecundación asistida, amparo embarazos múltiples.	Regular técnicas para matrimonios infértiles o estériles.	Regular relaciones jurídicas en caso de infertilidad o esterilidad, previamente evaluados.	Regular la aplicación de métodos de fecundación con fines terapéuticos.
Beneficiarios	Mujeres capaces civilmente	Mayores de edad casadas o convivientes con derecho.	Matrimonios o convivientes distinto sexo con más de cinco años y buen estado psicofísico.	Mujeres mayores de edad casadas o convivientes, a quienes la ley reconoce derechos.	Casados con no menos de tres años de matrimonio.	Mayores de edad y menores emancipados.	Casados o con uniones previstas por la ley.
Consentimiento	Por escrito	Escrito en formulario acreditando infertilidad o infecundidad.	Para los no casados formal e incondicionado, cónyuges por instrumento público si utiliza material de terceros con consentimiento de ambos.	Instrumento que dispone la autoridad de aplicación, contendrá el de ambos miembros de la pareja.	En forma fehaciente, ambos cónyuges.	Informado personal y por escrito. Si usan material de terceros, por escritura pública.	Instrumento público o privado con fecha cierta.
Nº de Ovulos a Implantar	Tres óvulos por vez.	Cuatro óvulos como máximo por pareja.	No más de tres.	No más de cuatro.	FIV, un óvulo. Inseminación, no más de tres.

	Natale	Britos y otros	Mendoza Troyano	Romero	Caamaño	Laferriere - Storani	Caamaño - Corchuelo
Selección de Material Genético	Intervención en gametos y embriones para diagnosticar enfermedades. Desaconsejar implantación.	Permite la selección de gametos, para la prevención de la transmisión de enfermedades genéticas y/o hereditarias.	Prohíbe la clonación.	Selección de sexo sólo en presencia de enfermedades genéticas.
Caso de Fallecimiento	El consentimiento queda sin efecto por fallecimiento.	Prohíbe la fecundación en mujer cuyo cónyuge o conviviente esté muerto.	Si uno o ambos miembros de la pareja fallecieron los embriones pasan al programa de adopción prenatal.	En caso de fallecimiento se puede implantar hasta 30 días de la muerte del cónyuge.
Patria Potestad	Sustituye en el 264 C.C. "antes de la concepción por antes del nacimiento".
Registros	Profesionales e institutos datos de pacientes y resultados. Aut. de aplicación registra institutos y profesionales.	Autoridad de aplicación creará registros necesarios para controles normales.	Registros de presuntos beneficiarios, de profesionales y de centros.	Profesionales y centros habilitados registro de concebidos, nacidos y beneficiarios.	Establecimientos profesionales habilitados, concebidos y nacidos.

	Natale	Britos y otros	Mendoza Troyano	Romero	Caamaño	Laferriere - Storani	Caamaño - Corchuelo
Contrato de Locación de Vientre	Nulo de pleno derecho	Se sanciona la utilización de material genético ajeno a la pareja.	Lo prohíbe.	Prohibido y nulo.	Nulo.	Prohibido y nulo.
Filiación	Matrimonial o extramatrimonial s/ los casos, no podrá ser impugnada por los cónyuges	Hijos nacidos por estas técnicas en matrimonios con uso de gametos propios s/ ley vigente.	Protegida por el Código Civil. Son aplicables las sanciones del Código Penal.	Es irrenunciable la adquirida por el embrión.	El consentimiento implica el reconocimiento de paternidad.	Es irrenunciable la adquirida por el embrión.
Adopción	Gametos y preembriones dación pura simple gratuita y anónima	Permite dación para implante de gametos gratuita y anónima. Y embriones crioconservados c/ consentimiento formal de ambos miembros de la pareja.	Embriones excedentes registrados y controlados por la autoridad de aplicación que determina momento de uso y destino.	Los óvulos fecundados quedan a disposición del centro y podrán ser implantados a una mujer.	Embriones sobrantes al momento de promulgarse esta ley podrán ser implantados en las mujeres que lo requieran.
Congelamiento de Embriones	Durante dos años como máximo.	Crioconservación previo consentimiento, hasta 24 meses.	Embriones durante 3 años c/ opción a 1 más, después pertenecen al centro.	La prohíbe.

	Natale	Britos y otros	Mendoza Troyano	Romero	Caamaño	Laferriere - Storani	Caamaño - Corchuelo
Tratamiento de Gametos y Embriones	Están fuera del comercio. Dación pura, simple, gratuita, irrevocable y anónima.	Se utilizan sólo gametos de la Gametos y Embriones pareja solicitante.	Cosas personalísimas fuera del Gametos y Embriones comercio, dación a título gratuito y anónimo.	Utilizar sólo para fines de la Gametos y Embriones ley. Implante en útero de la madre, espermatozoide h. Prohíbe fines comerciales.	Prohíbe cirugía embrionaria (clonación). Embriones deben implantarse en medio natural femenino.	Están fuera del comercio. Prohíbe uso fines distintos de la ley y la donación de gametos.
Status Jdco. del Embrión	Personas por nacer	Son personas desde la concepción.	Idem.	Idem.	Idem.	Idem.	Se lo considera persona desde la concepción dentro o fuera del seno materno.
Investigación o Intervención en material genético	Acepta para diagnosticar enfermedades hereditarias o genéticas y en su caso desaconsejar la implantación.	Prohíbe selección, destrucción, manipulación de embriones y material genético establece penalidades.	Se permiten sobre los gametos siempre que no se entrecrucen las especies.	Prohíbe la cirugía embrionaria.	Acepta investigación con finalidad terapéutica. Selección de sexo sólo para prevenir enfermedades.	Prohíbe.

	Natale	Britos y otros	Mendoza Troyano	Romero	Caamaño	Laferriere - Storani	Caamaño - Corchuelo
Lugar de Desarrollo de Técnicas	Centros y servicios autorizados, responsables en caso de lesionar derechos.	Institutos registrados.	Centros de salud pública institutos privados, con autorización.	Centros especiales autorizados.	Centros habilitados.	Centros y profesionales con autorización especial.	Establecimientos autorizados.
Sanciones	Reclusión, prisión e inhabilitación.	Prisión, inhabilitación, clausura y multa.	Prisión, reclusión e inhabilitación	Sin perjuicio de los ilícitos penales, inhabilitación y multa.
Autoridad de Aplicación	Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación.	Ministerio de Salud y Acción Social Secretaría de Reproducción Humana Asistida.	Ministerio de Salud y Acción Social	Ministerio de Salud y Acción Social Dirección General de Reproducción Humana Asistida.	Ministerio de Salud y Acción Social, Dirección General de Reproducción Médicamente Coadyuvada.

BIBLIOGRAFÍA

1 - Cáceres, Ponencia presentada en el Congreso Panamericano de Derecho de Familia, 1987, España.

2 - Llambías, Jorge Joaquín, La fecundación humana "In Vitro", Tº 79, pág. 891 E. D.

3 - Ribera, Julio César, "Instituciones del Derecho Civil", pág. 346, Ed. Astrea, 1992.

4 - Lejeune, Jerome "Le médecin face aux nouvelles techniques de procreation. La vie prénatale, biologie, moral e droit". Actes du colloque national de juristes catholiques, p. 58, recordado por Kaiser, Pierre, en "Documentos sobre el embrión humano y la procreación medicalmente asistida", en JA, 5681, del 18/7/90, pág. 3, nota 7; del comentario doctrinario "Status jurídico del nascitutus en la procreación asistida" (Tomo 1991 - B).

5 - "Biogenética, filiación y delito", págs. 328 y 329. Editorial Astrea, 1990.

Lledó Yagüe, Francisco, "El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo", en II Congreso Mundial Vasco, "La Filiación a finales del siglo XX".

6 - Moreno Luque - Casariego, C., "Reflexiones en torno a la gestación por cuenta ajena", en II Congreso Mundial Vasco, "La Filiación a finales del siglo XX", págs. 436 y 437.

7 - "Teoría de los contratos", Tº IV, Parte Especial III, pág. 118, punto 2, Editora Zavalía, 1993.

8 - Fernando López de Zavalía "Teoría de los contratos", Tº IV, Parte Especial III, pág. 360, Editora Zavalía, 1993.

9 - Dr. Miguel A. Soto Lamadrid, "Biogenética, filiación y delito", pág. 328, Editorial Astrea, 1990.

10 - "Lecciones y Ensayos", págs. 49 y 88 (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de Publicaciones, UBA, 1988), Editorial Astrea.

11 - Idem 10, pág. 87.

12 - Second Edition, Contemporary Legal Education Series, Copyright 1986, 1989, págs. 1313/1317.

13 - Concilio Vaticano II, Documentos Completos, pág. 179, Ediciones Paulinas, Bogotá, Colombia, 1991.

14 - Idem 13, pág. 144.

- 15 - Idem 13 y 14, pág. 179.
- 16 - S.S. Pablo VI, Carta Encíclica sobre “La Transmisión de la vida humana”, pág. 13, Ediciones Paulinas.
- 17 - “Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación”, pág. 6, Ediciones Paulinas.
- 18 - Idem 17, págs. 9 a 11.
- 19 - Catecismo en la Iglesia Católica, págs. 588 a 589.
- 20 - Idem 17 y 18, págs. 32, 33, 36, 44, 53 y 54.
- 21 - “Nacer y morir con Dignidad”, Bioética, pág. 240, Depalma, 1993, 3ª edición, Ampliada.
- 22 - Dr. Alberto Rodríguez Varela, “El derecho a nacer”, pág. 29, Editorial Abeledo Perrot, 1993.
- 23 - Idem 22, pág. 23.

LA CONDUCTA INCRIMINADA

DR. ALFREDO CARLOS BATTAGLIA

Este tipo legal del art. 268 (2) del Código Penal se ha prestado, desde su sanción junto a otras modificaciones que se introdujeran al Código Penal, a diversas opiniones de la doctrina en cuanto a su propia naturaleza y estructura.

I. — EL TIPO EN CUESTION

Del tratamiento del ilícito por parte de Soler (Der. Pen. Arg., T. V, pág. 206, Ed. 1970) puede concluirse que su idea respecto de la conducta incriminada, es que ella se refiere “al enriquecimiento en sí mismo no justificado” y que “el tipo consiste en no justificar la procedencia de un cambio patrimonial que significa enriquecimiento”. Este autor entonces, una de las fuentes inmediatas de la reforma al código a través de su Proyecto de 1960, da pie para sostener válidamente que tal conducta, consiste en **NO JUSTIFICAR UN ENRIQUECIMIENTO**, y cierto es, pensamos, que nada se opone a esta aseveración, tanto como cuando se admite sin hesitación alguna que el homicidio es matar a un hombre.

Sostener que el tipo consiste en “no justificar un enriquecimiento”, permite, a nuestro entender, desechar de tal manera, todo debate respecto de si el “no justificar” es o no una condición de punibilidad (Fontán Balestra, Trat. T. VII, pág. 323), o, como también se ha dicho equivocadamente, que “el enriquecimiento” es una circunstancia del tipo que no integra la conducta típica del agente (Creus, Delitos contra la Administración Pública, pág. 417), o finalmente si la no justificación es una “condición de procedibilidad” (Maldonado, “Delitos contra la Administración Pública” en Levene “Manual, Parte Especial”, pág. 560).

Razón le asiste en cambio a Nuñez —autor de la fórmula sancionada, cuando, explicando con claridad el sentido de la figura, dice que “el delito es complejo” porque exige tres conductas diferentes, a saber, un enriquecimiento, la no justificación de su procedencia y un requerimiento para que esta se formalice. Se trata de la misma complejidad de otros tipos penales que describen un hecho integrado por varias conductas, como el convertir en provecho propio la exacción que se hubiera cometido (art. 268 Cód. Pen.), o el

de causar incendios o estragos habiendo fabricado materiales explosivos para ello (art. 189 bis Cód. Pen.), etc. etc.

Resulta asimismo atinado lo dicho en tal sentido por Laje Anaya, que no vacila en señalar, siguiendo a este último autor, que la omisión es la que consume el ilícito: “un sujeto se ha enriquecido ilícitamente, pero nadie, absolutamente nadie, le ha requerido que justifique”, esto es, se enriqueció pero no delinquirió (Coment. al Cód. Pen., Part. Esp., Vol. III, pág. 160), conclusión que parece contar también con la adhesión de Ure—Orgeira (“La nueva Reforma”, pág. 49).

Por lo demás, ello también sucede con la figura del art. 302 del Cód. Pen.. El delito de cheque sin fondos allí previsto, parecería perpetrado, pero si nadie hace uso del aviso de falta de pago que se ha incorporado como requisito de punibilidad, aunque no integrante del obrar delictivo del autor, no se podrá ir criminalmente contra ese librador sin fondos suficientes.

Pero muy especialmente también hemos de coincidir con Laje Anaya, cuando asigna al ya referido requerimiento el carácter de condición objetiva de punibilidad dentro del tipo en consideración, carácter de aquél sobre el que poco se ha tratado al comentarse y analizarse la figura (op. cit., pág. 158, n^o 190). Bueno es destacar que tal es también el carácter de aquel aviso al librador en el ejemplo del cheque sin fondos.

Ante esta conclusión debe recordarse que Maurach, si bien señalando que toda esta materia es objeto de viva polémica, describe a las condiciones objetivas de punibilidad como características del delito existentes fuera del tipo y como necesarias para que del obrar típicamente antijurídico puedan derivarse efectos penales. Y añade que si bien son parte integrante del suceso o de la situación global de donde surge la acción, no pertenecen al ámbito de esta último (Der. Pen. T. I, pág. 286/7).

Aclara enseguida mucho más su significado, cuando las compara con las consecuencias de los tan debatidos delitos calificados por su resultado.

Señala así que el evento resultante en esta clase de ilícitos, no pertenece a la acción —por supuesto concebida finalísticamente—, sino al tipo. La condición objetiva de punibilidad en cambio, dice, por no estar enlazada a la acción finalista, está situada fuera del tipo. En conclusión, termina, el resultado del delito por él calificado, pertenece AL HECHO no a LA ACCION; la condición objetiva de punibilidad no pertenece ni a LA ACCION ni AL HECHO (Ibid. pág. 197, nota 24).

Si esto es así, tenemos, a nuestro juicio, tres conclusiones definitivas: en primer lugar, que el enriquecimiento no es algo que pre—exista a la acción típica como lo quiere Creus (op. cit., pág. 417) —aunque cronológicamente ello pueda ser así—, sino que se yuxtapone con ella para consistir, como se dijo, en no justificar un enriquecimiento, conducta que es la que la ley sanciona, con

lo que quedaría subsanada de tal forma, toda diatriba sobre la tan debatida cuestión de cuál es, en el supuesto en examen, la naturaleza del verbo típico.

En segundo término, que el requerimiento se erige dentro de la figura, en una condición objetiva de punibilidad, con lo cual a su vez se resuelve el problema de las disquisiciones que se han vertido sobre cuál es la autoridad que deba formularlo, de lo que nos ocuparemos más adelante.

II. LAS OBJECIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

Ahora bien, frente a esta interpretación dogmática del tipo en cuestión, se ha contrapuesto, desde los orígenes de la norma, la postura que podría calificarse de “abolicionista”, que se hizo ver en el Congreso al momento del debate en la voz de los diputados Saturnino Bilbao y Emilio Jofré en la Cámara baja y, en términos generales, por el Senador Domingo Flores en el Senado y que, con extremado contenido iconoclasta, levantó recientemente Marcelo Sancinetti en su publicación sobre el tema (“El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público —art. 268, 2, C.P.”), cuya tesis sobre el punto en definitiva, queda acabadamente definida en el subtítulo de su obra que reza, “Un tipo violatorio del Estado de derecho”.

Cabe consignar que el primero de los legisladores nombrados advirtió que, mediante la sanción de la reforma, “se introduce en nuestra legislación penal el delito de sospecha.... pero lo más grave... (es que) se desconoce un principio que ha tenido acogida en nuestro derecho procesal penal desde 1889... el principio in dubio pro reo que se aceptó en formas indiscutida como una de las consecuencias de la orientación liberal y humanista de nuestro derecho penal”.

El senador mencionado por su parte, siguió el pensamiento del representante de la Cámara joven, pero avanzó con un argumento no esgrimido hasta entonces. Dejó bien sentado el peligro de un tipo así estructurado y los peligros que traería aparejada “su imprecisión y excesiva amplitud” que no condice con la esencia propia de la tipicidad, sin enfocar “lo realmente censurable —el enriquecimiento— sino sobre el aspecto formal, la inobediencia a un requerimiento”. Quedó así evidenciado el riesgoso aspecto de su latente inconstitucionalidad hasta el momento de su ulterior aplicación.

Por su parte el mencionado Sancinetti en su aludido comentario a esta figura va aún más lejos, si cabe, y afirma que, en su sentido institucional teórico la sanción del artículo dejó sentado un precedente gravísimo en la violación a las garantías penales fundamentales de un Estado de Derecho y, en sus efectos prácticos, el artículo no logró ningún objetivo, delito de sospecha convertido en ley, “sin haberse derivado ninguna condena en treinta años, pero quedando quebrados los principios esenciales del derecho penal liberal. Un precio muy alto para ningún beneficio” (op. cit., pág. 73).

Esta amenazante inseguridad en la realización práctica del tipo al momento de llevarse a cabo la labor jurisdiccional, también había sido expuesta con antelación en la otra Cámara por el diputado Bilbao, de anterior mención, al prevenir que la sanción del proyecto daría pié en el futuro, “y debo señalarlo en esta oportunidad —aclaraba—, para que no nos sorprendamos después cuando los tribunales declaren la inconstitucionalidad de esta parte del Código Penal que estamos reformando”, para introducir en la ley de fondo figuras distintas de las que rigen en materia represiva, y también “distintas de las disposiciones expresas de la Constitución Nacional” (Diar. Ses. Cam. Dip. 1964, pág. 3400).

También lo acompañó en esto el mismo Jofré que insistió en que sin duda todos querían sancionar a los deshonestos, pero que se lo debía hacer con pulcritud “y no con disposiciones que en el primer juicio que se plantee sean declaradas inconstitucionales” (Ibid., pág. 3402).

Se ha sostenido asimismo que la figura impone la inversión de la carga de la prueba, lo que ha generado una serie de reparos dogmáticos contra ella, por establecer, en la forma que describe el delito, una presunción de culpabilidad contraria a nuestros principios constitucionales que exige en definitiva aquella inversión del “onus probandi” a cargo y en perjuicio del imputado.

Tales objeciones a la creación de un “delito de sospecha”, llevada al extremo en publicaciones recientes, consistiría en la vulneración de la presunción de inocencia que únicamente debe desaparecer a manos de la parte acusadora, cuando aporta su prueba de cargo.

Pensamos en cambio con Creus que, si nos apoyamos en la estructura de la acción típica que hemos señalado más arriba —no justificar un enriquecimiento— no existe presunción alguna de la ley, que solo se estaría limitando a imponer un deber con sanción en caso de incumplimiento. “Ese es el núcleo del delito y allí nada se presume”, termina el referido autor (ob. cit., pág. 423 y nota N° 90).

Conducta ilícita ésta que, mal que le pese a los que no opinan así, resulta cabalmente sancionable toda vez que el autor, termina el referido autor (ob. cit., pág. 423 y nota N° 90).

Conducta ilícita ésta que, mal que le pese a los que no opinan así, resulta cabalmente sancionable toda vez que el autor “especial” de ella, el sujeto activo del tipo, debe ser un funcionario público que está en conocimiento de la posibilidad del reproche consecuente, toda vez que admitió y consintió el carácter contractual de su cargo, que como tal condiciona el desempeño de su función desde el comienzo de ella, con requisitos como la declaración jurada de bienes —nunca objetada—, situación a la que por lo demás se sometió voluntariamente, tal como señalara Bielsa ante un proyecto sobre un delito similar del año 1936 y fuera recogido y usado también por Soler años después.

III. LA POSIBLE VALIDEZ DEL TIPO

Estas varias objeciones de inconstitucionalidad respecto del tipo legal en juego y que hemos expuesto, pensamos que pueden sortearse con buena base de sustentación, respetando las garantías de ese carácter, toda vez que centremos el análisis en las concretas posibilidades que pueden plantearse en la práctica y que no son demasiadas, como enseguida veremos.

Así en la situación que se plantea, parecería que un funcionario solamente puede acrecentar su patrimonio de tres únicas maneras, que son: 1. mediante hechos lícitos que no tenga inconveniente que se conozcan; 2. mediante hechos no delictuosos que sí tenga interés en mantener ocultos; y 3. mediante hechos ilícitos.

En el primero de los supuestos es de toda evidencia que ninguna preocupación de índole constitucional puede generarse. En el segundo, el funcionario podrá justificar la legítima incorporación de los bienes objetados a su patrimonio, y solicitar consecuentemente que se respete la previsión de secreto que el tipo penal contiene en el último punto del primer apartado.

Adelantemos desde ya que, a nuestro criterio, aquí sí cobra legitimidad aquel derecho a la reserva que la ley confiere, toda vez que no encubre actividad delictiva alguna. No hay tampoco a este respecto, avasallamiento de ninguna especie de principios constitucionales que tanta consideración han merecido.

En la tercera posibilidad que planteáramos, la situación constitucional es la misma.

Obsérvese que ante el requerimiento administrativo que se le formule —veremos que esa es la mejor vía para su verificación—, el funcionario por su parte contará con dos únicas situaciones que podrá asumir: confesar el ilícito que motivó el acrecentamiento, como es su derecho, o, en su caso, negarse a hacerlo o falsear la verdad dentro de esa esfera administrativa, lo que es también su derecho al no tener porqué declarar contra el mismo.

Haciéndose entonces sospechoso su enriquecimiento, se generará necesariamente, con toda la legitimidad constitucional que ello supone, la apertura de un proceso penal, por darse las condiciones bastantes que permiten sospechas que esa persona es autor, cómplice o encubridor de un delito, y en el cual, como es natural y corresponde, se han de respetar todas y cada una de las garantías que la Constitución Nacional prescribe, incluso la de negarse a declarar ante el magistrado que lo indague.

En él podrán a su vez, ocurrir dos cosas: Se podrá por un lado demostrar el hecho ilícito que dió origen al incremento patrimonial, como ser una malversación, un cohecho, una exacción o cualquier otro. Téngase en cuenta que en tal caso este delito absorberá la conducta del art. 268 (2) del Cód. Pen.,

por ser de aplicación la regla de la consunción de los concursos aparentes, que produce el desalojo por estricta lógica de esta última figura, por hallarse inmersa en la primera ya que, recordémoslo, sólo consiste aquella —la del art. 268 (2)—, en no justificar u enriquecimiento.

Por otro lado y en forma contraria, podrá no lograrse reproche por ilícito alguno, segunda posibilidad que dejará sin embargo un remanente delictual todavía, que caerá inexorablemente dentro del tipo del mencionado art. 268 (2) del Cód. Pen. a pesar de no haberse logrado demostrar el ilegítimo incremento, el funcionario no ha podido justificarlo.

Adviértase que resulta metafísicamente imposible que el funcionario no justifique en caso de legítima incorporación de bienes, contando sobre todo con la reserva prevista en la ley. Y si no lo hace, sabiendo que es su obligación desde que fuera designado y a su vez obligado a declarar los que tenía, es porque seguramente aquellos han tenido un origen espurio. Esto es, no ha justificado un incremento considerable, y la figura en análisis tiene vigencia con todo su rigor.

En resumen, o los bienes provienen de un origen genuino o de un delito demostrado, en ambos casos no hay inconstitucionalidad alguna. O tienen un origen que no se ha conseguido probar ni se ha justificado, y entonces entra a jugar de lleno el art. 268 (2) Cód. Pen., también en este caso, sin mella de ninguna especie a nuestra Ley Suprema.

IV. LA PROBLEMATICA DEL REQUERIMIENTO.

Dentro de esta postura que hemos llamado “abolicionista”, la cuestión del requerimiento, cae dentro de la inconstitucionalidad general observada respecto de todo el tipo, por aquellos autores.

Así en su extremada postura, Sancinetti concluye que si la diligencia no puede formalizarla el Juez “por afectarse la estructura básica del proceso penal”, tampoco puede formularla nadie, porque los vicios del tipo, añade, “van mucho más allá que la elucidación del órgano requirente”. Y así, finaliza, “la incriminación es, como tal, inadmisibles (Op. cit., pág. 121/2)

Estas afirmaciones, el autor las funda en que si fuera el Juez el que lo hiciera en el acto de recibir declaración indagatoria, según palabras “exorbitantes” de Ure—Orgeira (La nueva reforma, pág. 50), los procesos por este delito serían los únicos en los que el imputado no tendría derecho a guardar silencio en su declaración, contraviniéndose así el art. 18 de la Constitución Nacional, y que si lo guardara, daría paso al agotamiento del delito.

Y si ello estuviera a cargo de un órgano administrativo sigue argumentando aquel, como por ejemplo la autoridad policial, recogiendo así la opinión del propio Núñez (op. cit. T. VII, pág. 148), ello solo significaría adelantar la

autoincriminación, es decir, termina afirmando, “el funcionario podría agotar su delito en la seccional de policía (!)” (op. cit., pág. 121).

Si bien el criterio inconstitucionalista que venimos exponiendo tiene su peso, el afán exagerado de aquel comentarista, lo lleva —a nuestro juicio— a sentar las anteriores conclusiones sobre dos bases, que entendemos singularmente puntuales: en primer término, que en su argumentación se supone que el requerimiento se haga por el Juez en el acto de la indagatoria, sólo porque así lo consideran Ure—Orgeira, y en segundo lugar, sólo toma como ejemplo caprichoso que la autoridad administrativa elegida sea la policial, únicamente por que así lo dice Núñez.

Si dejáramos de lado estas nuevas objeciones de inconstitucionalidad que estarían vulnerando la norma en tratamiento, no es menos cierto que si nos ceñimos a las bases estructurales del requerimiento ellas pueden asentarse sobre cimientos diferentes y que, en ese aspecto por lo menos, no tendrían porqué ser atacadas las normas constitucionales de la manera descrita.

Efectivamente, en el caso de que se tratara del Juez, el primer requerimiento, aunque aceptando que éste es un elemento más del tipo —con lo que no coincidiríamos según lo expresáramos—, podría hacerse sin la necesidad de que la diligencia procesal sea una indagatoria, más aún no podría serlo nunca por no haber aún ilícito alguno configurado que la permitiera, en razón de la falta de concreción de la condición objetiva de punibilidad a que hiciéramos referencia.

Por el contrario, en nuestra opinión, podría disponerse una declaración testimonial por parte del enriquecido, para anoticiarle de la constatación y otorgarle un plazo consecuente, a cuyo cumplimiento, o el Juez cuenta ya con los elementos aportados para justificar el enriquecimiento, o, en su caso, con aquéllos que permiten llamarlo, ahora sí, a precisar declaración indagatoria.

En lo que respecta a la autoridad administrativa desechada tan contundentemente por el autor de aquel opúsculo, no pudiendo la autoridad policial recibir como se sabe, declaraciones indagatorias, no se atisba impedimento alguno que se oponga a que aquella citación en sede policial sea para que el requerido dé noticia del enriquecimiento así como del plazo otorgado para formalizarlo. Nada se opondría entonces a que tal diligencia pueda hacerla la autoridad preventora. Sin embargo adelantamos nuestro parecer, de que es la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas la que cuenta por motivos de fondo y encargarse exitosamente de todos los requerimientos que, en cada caso particular, manda que se formulen el tipo legal en análisis.

No queremos dejar el tema sin señalar que nos parece equivocada también la posición de Ure y Orgeira (La Nueva Reforma, pág. 50), así como

la posición amplia de Nuñez (T. VII, pág. 145) y de Fontán Balestra (T. VII, pág. 324), que consideran a la autoridad jurisdiccional como la adecuada para aquella función.

El haber esclarecido en párrafos anteriores que el requerimiento está fuera del tipo en su carácter de condición objetiva de punibilidad, facilita la conclusión de que, mientras ella no se cumpla, no pueden derivarse de la acción típica efectos penales de ninguna naturaleza, y, si hubiera Juez que haya sido llamado a intervenir, deberá desestimar o sobreseer en su caso, la acción intentada por inexistencia de delito.

Creus por su parte sostiene que el requerimiento por los Jueces le plantea serias dudas, pues se opondría al principio de legalidad procesal que exige un hecho anterior al proceso mismo, vulnerando así también los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional. Termina indicando que no ve la dificultad que se opondría a que la autoridad administrativa que ejerce superintendencia sobre el funcionario resulte competente para formular el requerimiento (“Del. contra la Administ. Públ.”, parágr. 776, pág. 442).

Coincide con ello Carlos J. Lascano, cuando señala que el origen del requerimiento debe ubicarse en sede administrativa, a través de la dependencia a la cual pertenece el funcionario o empleado público, o, en su caso, añadimos nosotros, la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, cuyo específico objetivo de creación, como hemos dicho, la convierte en el organismo más apto para tal finalidad así como para la eventual recepción de denuncias que pongan en movimiento el engranaje judicial (“El Capítulo XI bis, Tít. XI, Lib. II del Cód. Penal”, pág. 44 y nota 83).

Ya la posición que estamos exponiendo, fue sostenida durante el debate parlamentario cuando el diputado Jofré indicó sus dudas respecto de la aptitud del Juez Penal como autoridad legítima para efectuar el requerimiento, a lo que de inmediato, con mayor convicción, agregó el diputado Sandler, que “precisamente —decía— creo que no puede ser el Juez quien requiera porque el delito se configuraría, luego de que habiendo sido requerido el funcionario, no justificare su patrimonio. Recién entonces se integraría la figura jurídica. En el supuesto previsto por la ley, cualquiera podría requerirlo, menos el Juez”, concluye (Diar. Ses. Cám. Dip. (1964), pág. 3401).

De tal manera, y como corolario de este conjunto de ideas, si bien pensamos que la autoridad administrativa es la que cuenta en su favor con mejores argumentos para formular el requerimiento legal, a través del camino interpretativo seguido en párrafos posteriores y, salvando así las objeciones de inconstitucionalidad, podría llegar a admitirse, como lo hace parte de la doctrina, aunque ahora sobre la base de las pautas propuestas más arriba, el requerimiento por parte del Poder Judicial, ya sea en su faz preventora (policía) o instructora (Juez).

V — EL SECRETO DE LA PRUEBA

Quedaría por analizar brevemente la situación creada por la frase añadida por el Senador Fassi (Diar. Ses. Cám. Sen., 1964, pág. 2004), respecto del secreto de la prueba de descargo. En este orden de cosas, Nuñez no vacila en afirmar, citando aquel legislador, que dicha prueba no puede ser invocada, aunque no logre su finalidad “para ningún otro efecto, delictuoso o no, en perjuicio del requerido” (op. cit., loc. cit., pág. 146).

Según Ure—Orgeira, es un agregado “de incuestionable conveniencia” para evitar que, tratando de investigar un enriquecimiento, se utilicen las probanzas para finalidades diversas a la que se procura, colocando al funcionario ante el dilema irreductible de dejarse condenar por un enriquecimiento que no cometió, o de ser procesado, o menospreciado, sobre la base de una declaración obligada contra sí mismo (op. cit., pág. 50/1). Fontán Balestra, (op. cit., loc. cit., pág. 325) se limita a transcribir a los anteriores autores sin dejar señales de que el problema le hubiera sugerido algún tipo de conclusión.

Lo mismo sucede con nuestro ya citado Justo Laje Anaya, que también ciñe su exposición a transcribir lo sostenido por Soler, por Lascano y por Nuñez, contrapuestos los dos últimos criterios con el del primero, sin que tampoco, ni siquiera las contradicciones apuntadas, merezcan de su parte juicio o comentario alguno (ob. cit., loc. cit., pág. 162).

Valdría la pena destacar la postura de Soler, quien en su muy corta referencia a este ilícito —un poco más de tres páginas—, termine su tratamiento puntualizando puntualizando textualmente: “En su parte final el artículo tiene un agregado que debe ser entendido en el sentido de que la reserva que allí se dispone solamente regirá cuando el enriquecimiento sea declarado lícito y absuelto el imputado en consecuencia” (op. cit., loc. cit., pág. 207, el subrayado es nuestro).

También es cierto que no se halla en el autor ningún argumento que fundamente del aseveración, ni explicación alguna que autorice a suponer la razón de su conclusión, aunque podemos imaginarnos que ha vislumbrado el problema que el agregado de marras trae tras de sí, y ha querido limitar su interpretación, aunque sin ninguna apoyatura legal o doctrinaria, respecto del contenido del artículo, que ayude a dilucidar su pensamiento ante tan peligroso añadido.

En un artículo publicado en el “El Derecho” por Luis Hugo Criscuolo (“Enriquecimiento por desempeño deshonesto de la función pública”, T. 37, pág. 911), se arroja algo de la única luz que sobre la cuestión puede darse. El autor, luego de coincidir con la absurda alternativa que la disposición plantea al imputado de desnudar su vida íntima o declarar contra sí mismo, señala que la norma tiende a no condenar al funcionario, eximiéndolo entonces de

pena en el otro ilícito eventualmente cometido. Termina con un ejemplo que muestra toda su disconformidad sobre el punto, cuando señala que “sería como si el Juez dijera, veo que ha sido honesto en el desempeño del cargo, ya que el incremento no proviene de la función, sino de su organización para la trata de blancas, pero como se ha acogido al secreto de la prueba que contiene el art. 268 (2) del Cód. Penal, no denunciaré tal ilícito, y, por lo tanto, Ud. nunca será castigado por lo que ha confesado. Esto —finaliza— no se puede entender, ni es deseable”.

Efectivamente, no es deseable tanto para el ordenamiento jurídico todo, como para el Juez que le haya tocado intervenir, porque el dilema pesa para él también, que deberá optar por cumplir el mandato imperativo que le imponen dos normas: denunciar el segundo ilícito confesado contraviniendo lo dispuesto por el art. 157 del Código Penal sobre el secreto profesional del funcionario público; o no denunciar el suceso de que se ha enterado, violando lo dispuesto por el art. 277, inc. 1º, últ. parte del mismo cuerpo de leyes.

Se nos dirá que la norma del 268 (2) debe privar sobre la del 277, atento la regla de especialidad del concurso aparente respecto del deber del de denunciar. Pero debe admitirse que, aún cuando esto último fuera admisible, lo que está fuera de toda discusión a nuestro juicio, es que no puede obviarse lo repugnante que resulta para el ordenamiento jurídico todo y también para la sociedad toda, que un Juez se vea impedido de ordenar la investigación de un delito —que podría ser de suma gravedad, naturalmente—, por el sólo hecho de una pretendida pureza en el ejercicio de la función pública, por muy loable y necesaria que ella sea.

Razones, en nuestra opinión de considerable peso nos llevan a pensar que la única solución posible al respecto es la derogación lisa y llana de esta última cláusula del primer párrafo de la norma en danza o, mejor todavía, dejarla únicamente para los supuestos de incrementos legítimos.

Aquellas razones se vinculan esencialmente con la teoría de la ponderación de bienes como pauta interpretativa, que si bien es más propia del instituto de la justificación en su afán de hallar una explicación “monista” para todas sus causas (Maurach, “Derecho Penal”, T. I, págs. 362 y 394), no se advierte impedimento alguno de que ella se erija en pauta con mayor campo de aplicación dentro de la dogmática penal.

Si bien el principio es rechazado como pauta generalizadora de las justificantes, no deja de reconocérselo como uno de sus elementos reguladores, y así se señala que en la cumbre de la escala de bienes objeto de las “cambiantes conminaciones penales”, en forma incontrovertible se halla la vida humana, y asimismo en el otro extremo los intereses patrimoniales o materiales (Ibid., págs. 393/5).

En nuestro caso se estaría señalando nítidamente que, al aplicarse

literalmente lo estatuido en esta última cláusula del precepto, implicaría necesariamente en no pocos casos, hacer privar la protección de bienes de menor jerarquía como el correcto funcionamiento de la administración, con pena máxima de seis años de reclusión o prisión, sobre otros que la propia ley penal por el contrario, ha jerarquizado con preferente severidad, como en el caso de la vida, la integridad física, la honestidad, la libertad, el patrimonio, la seguridad de la Nación por ejemplo, sobre todo en sus formas calificadas.

Parecería razonable entonces, que la aplicación restrictiva del precepto es más que conveniente, tal como lo señaláramos en párrafos anteriores, lo que quedaría apuntalado por aquél principio de ponderación de bienes, así como por la opinión de Soler que, aunque no fundada, deja traslucir su preocupación sobre el tema, haciéndose entonces aplicable la disposición legal, sólo para aquellos supuestos en que el origen del enriquecimiento no sea delictual, aunque sí lesivo para el enriquecido, por provenir de situaciones que aunque legítimas, resultan deshonrosas o solamente inconvenientes a su respecto.

PRESENTACION DEL “CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL”

CARLOS MARIA BIDEGAIN

Aula Magna de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas 13.6.1995

A veinticinco años de la aparición del primer Cuaderno del Curso de Derecho Constitucional, el Dr. Carlos María Bidegain con la colaboración de los Dres. Eugenio Palazzo, Roberto Punte y Guillermo Schinelli, nos brinda una nueva edición, revisada y actualizada ⁽¹⁾, abarcando así una parte considerable de los temas de nuestra materia. Nos felicitamos con ellos por la perseverancia y el espíritu de equipo con que han trabajado al servicio de la comunidad universitaria.

Podemos destacar una característica fundamental de esta obra, y es que ha sido pensada desde y para la enseñanza del Derecho Constitucional, y agrego, en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina.

Y esta circunstancia nos lleva a una primera constatación: desde y para la enseñanza fueron las primeras obras de nuestra bibliografía en esta rama del Derecho.

Permitan que me detenga unos instantes en ello.

Pellegrino Rossi, cuyos trabajos fueron motivo de inspiración para Alberdi y que, como ministro del Papa Pío IX murió asesinado en Roma, fue encargado del primer curso de Derecho Constitucional en la Universidad de París en 1835, en plena Monarquía orleanista. Ese curso quedó recopilado en dos tomos, de los que extraigo algunos conceptos de la clase inaugural, en traducción propia, porque creo que sus palabras bien pueden ser las de los docentes de la materia a sus alumnos cuando va concluyendo el siglo XX: “Nos

(1) Bidegain, Carlos María, “Curso de Derecho Constitucional”, I. Historia y teoría de la Constitución, 172 págs., II. Territorio —Población— El Poder: Organización. 258 págs. Nueva versión revisada y actualizada con la reforma de 1994 por Eugenio Luis Palazzo, con la colaboración de Roberto Antonio Punte y Guillermo Carlos Schinelli, y en el tomo II de los anteriores y de Orlando J. Gallo. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1994.

toca a nosotros, decía Rossi, el estudio, el conocimiento de lo que es y de la razón, sobre todo histórica de lo que es. La apreciación especulativa, el juicio, os pertenecerá, será vuestra obra, el día en que por vuestro trabajo, por vuestros esfuerzos, hayáis adquirido el derecho a tener una opinión sobre las instituciones de vuestra patria. Más aún: el estudio profundizado de las instituciones nacionales y de las garantías políticas contribuye a despertar y sostener el sentimiento de su importancia. Se forma así entre las instituciones y los hombres ese lazo moral sin el cual nada hay de sólido ni de regular, si el cual no hay ni celo en la defensa de lo que existe ni espíritu de consecuencia en las reformas. Es por el estudio de las instituciones, de su encadenamiento consecuencia en las reformas. Es por el estudio de las instituciones, de su encadenamiento, de sus relaciones, que se es penetrado de esta gran verdad, que en el conjunto de las garantías políticas hay como un dique en que toda fisura puede ser causa de un desastre. Es también por el estudio de las instituciones que se reconoce todo lo que la patria espera de nosotros, todo lo que le debemos de celo, de devoción, de sacrificio de nuestras voluntades individuales y de nuestros intereses particulares” (2).

Treinta años más tarde, y a poco más de una década de sancionada la Constitución Nacional, un exiliado colombiano, el Dr. Florentino González, dictó en 1865 el primer curso en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, curso que fue publicado bajo el nombre de “Lecciones de Derecho Constitucional”. Diez años después fue don José Manuel Estrada quien enseñó la materia, y sus alumnos recogieron en un volumen su “Curso de Derecho Constitucional”. También se publicaron las clases de Lucio V. López y, por obra de sus alumnos, las “Nociones” dadas por Aristóbulo del Valle, de las que merece releerse la vívida descripción de la sesión de la Legislatura de Buenos Aires en que se debatió el Acuerdo de San Nicolás. Otra figura eminente, la de Manuel Augusto Montes de Oca, plasmó sus clases en dos tomos de estilo llano y accesible. Luego Juan A. González Calderón en su “Curso”, expresó su objetivo de hacer “conocer a conciencia la Constitución” e innovó en la enseñanza al introducir la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, marcando así un rumbo seguido por los autores más modernos (3).

Este breve reseña, que se detiene en las primeras décadas del siglo, y que bien podría seguirse en las siguientes, muestra por un lado la preocupación de quienes nos precedieron por plasmar su enseñanza sin desmedro de la calidad y profundidad de los contenidos, pero de un modo didáctico, sin perder de vista a los destinatarios. Y por el otro, en más de un caso, la avidez de los estudiantes que, en tiempos en que a falta de sofisticaciones electrónicas había que recurrir a la taquigrafía, se preocupaban en conservar la palabra

(2) Rossi, Pellegrino, Cours de Droit Consitutionnel, París, 1865

(3) Padilla, Alberto G., “Lecciones sobre la Constitución”, 1965 y Bidegain, Curso... t. 1, p. 81.

vibrante, tribunicia, de personalidades relevantes de la política que transmitían desde el fondo de su experiencia la Constitución y la Historia vivas.

Y en tal sentido, cómo no evocar el Manual de la Constitución Argentina, que Joaquín V. González, legislador, ministro, jurista y escritor, destinara “para servir de texto de Instrucción Cívica en los establecimientos de Instrucción secundaria”, y que, en palabras del libro que presentamos “no parece envejecer” (4).

La obra de Bidegain y sus colaboradores se inserta, pues, en las mejores tradiciones jurídicas.

Pero tiene, al mismo tiempo, otra particularidad, que insinué al comienzo.

El Curso nace de la enseñanza en esta Facultad de Derecho de la Universidad Católica.

En la edición de 1986 del segundo de los tomos del Curso, el autor señala que se acentúa el enfoque de la materia a la luz de la doctrina de la Iglesia, como corresponde a las expectativas de los alumnos de una Universidad Católica, y en efecto, allí y ahora en esta nueva versión, son constantes las referencias al Magisterio Pontificio y conciliar.

De esta manera, docentes y alumnos ven desplegarse la Doctrina Social de la Iglesia no como si se tratara de documentos abstractos sino como principios para la vida social y política relacionados con los que están en el trasfondo de nuestro propio ordenamiento constitucional. En efecto, cuando nuestra Constitución reconoce en el enfático verbo “gozan” del art. 14, a todos los habitantes de la Nación los derechos inherentes a su condición de seres humanos, está afirmando su convicción de que ellos han sido creados a imagen y semejanza de Dios, a quien se invoca en el Preámbulo, y por consiguiente, se compromete y nos compromete en la defensa de esos derechos, empezando por el de la vida, ya que, podemos afirmar con Juan Pablo II, que “jamás habrá justicia, incluyendo la igualdad, el desarrollo y la paz, tanto para la mujer como para el hombre, si no existe la determinación firme de respetar, proteger, amar y servir a la vida,, a toda vida humana, en cualquier estadio y situación (cf. *Evangelium Vitae*, 5 y 87)” (5).

Imbuidos de ese Magisterio, nutrido en el Evangelio mismo, desde la cátedra tenemos los docentes la inmejorable oportunidad de transmitir a nuestros alumnos, sobre el filo del tercer milenio, su corresponsabilidad en construir la sociedad participando con realismo en la acción política, y digo ésto porque más de uno podría estar tentado por aislarse frente a

(4) Joaquín V. González, Manual de la Constitución Argentina, en Obras Completas, vol. III. Universidad Nacional de La Plata y Bidegain, Curso... op. cit., p. 81.

(5) Mensaje de Su Santidad con ocasión de la IV Conferencia mundial de la O.N.U. sobre la mujer. L'Oss.Rom., 2.6.95.

ideales que parecen inalcanzables, formándose para servir con una ejemplaridad tanto más de esperar cuando se proviene de estas aulas, en la Justicia, la Administración y el ejercicio profesional, siempre al servicio de la vida y de los derechos inalienables de la persona, y con apertura para entablar un diálogo atento, firme y cordial con otros hombres y mujeres llamados también, aunque desde otras perspectivas, convicciones y creencias, a la construcción de la misma sociedad. Pienso en que en este fin de siglo, a la luz de las tragedias y los éxitos de los que nuestra sociedad lleva las marcas, estamos llamados a afirmar nuestra vocación democrática y nuestra convicción de que sólo en libertad es posible al hombre lograr la plenitud de su desarrollo en la tierra. Y en este sentido, comprobamos cómo, superados viejos malosentendidos, el Magisterio de la Iglesia y el constitucionalismo, clásico y social, coinciden en afirmar democracia y responsabilidad, justicia y solidaridad, libertad y orden y que la paz, obra de la justicia, en el interior de las naciones y en el seno de la comunidad internacional sólo es auténtica si esos derechos fundamentales del hombre son respetados y promovidos.

Y pienso, por último en este aspecto, que el llamado a ver en cada hombre al prójimo, desterrando así todas las xenofobias y particularismos, encuentra en la generosa convocatoria del Preámbulo a todos los hombres del mundo una expresión paradigmática. Lo mismo, cabe decir, de la necesidad, clarísima en este momento de nuestra Historia, de caminar hacia una integración regional y continental, en lo que la Iglesia en muchos sentidos ha sido pionera. Cabe agregar que los documentos del Episcopado argentino y de América Latina (por ejemplo, "Iglesia y Comunidad Nacional" o los Aportes para la reforma constitucional, del primero, y Medellín, Puebla y Santo Domingo, del segundo) son valiosas guías para la reflexión y para ayudar a los laicos a discernir las opciones en la vida política, social y económica que nos tiene como insustituibles protagonistas.

El Curso que hoy presentamos reconoce por principal responsable a una figura querida y respetada, el Dr. Carlos María Bidegain. Sin pretensiones de trazar su biografía, diré que, estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires trabajó desde 1938 en el Congreso de la Nación, y de aquél entonces data ya un artículo suyo, sobre "la acción oblicua" en el tomo 20 de "la Ley" (6). Su paso, o su estadía más bien, en el Congreso, se prolongó hasta 1960 forjándose, en sus propias palabras "un sentimiento, diremos metafóricamente, 'amoroso' hacia la institución legislativa que, como suele ocurrir con ese tipo de sentimiento, incluye momentos de duda, de desazón, de impaciencia, de desesperación, de enojo, a medida que se van

(6) "La acción subrogatoria, oblicua o indirecta", L.L. 20-doctr-14.

(7) Anales de la A.N. de Ciencias Moralesy Políticas, T. XV, 1986, 659-72.

descubriendo los aspectos remediables pero inconmovibles en el carácter del ser amado” (7).

Ya graduado, se propuso profundizar en el “derecho y prácticas legislativas” del Congreso de los Estados Unidos (8). Allí partió, hacen exactamente 50 años, en 1945, un año cargado de acontecimientos en el mundo y también en nuestra patria.

El joven abogado llegó a Nueva York precisamente el 14 de agosto, día de la victoria sobre Japón, y en los diez meses siguientes, relata en el prólogo a su tesis doctoral, fue testigo de una intensa actividad política. El resultado fue el grueso volumen, publicado en 1950 que, como expresara Segundo V. Linares Quintana, “excede en mucho el marco de una tesis universitaria y lo revisten del carácter de un verdadero tratado”. Por el cúmulo de material e información y “la seriedad de los propósitos investigativos” el prologuista no dudaba en calificar al Dr. Bidegain de “verdadero jurista”, destacando el “estilo claro, sobrio y elegante adquirido seguramente en la frecuente consulta de los grandes juspublicistas norteamericanos”. En las páginas iniciales de la obra, el autor reconocía que en el país del Norte habían crecido los poderes del presidente por la concurrencia de dos factores principales: crisis y personalidad, y que el liderazgo presidencial en la acción legislativa era una conquista casi definitiva que no limitaba la independencia del Poder Legislativo “siempre que no pretenda invadir su esfera de acción hasta el punto de perturbar en alguna forma su derecho de deliberar libremente y de introducir al programa presidencial todas las modificaciones que considere convenientes”. Y agregaba estas palabras de no poca actualidad: “La principal objeción formulada al leadershipo de Roosevelt no se refirió tanto al papel desempeñado por el presidente en materia legislativa, como a la abusiva pretensión de los funcionarios administrativos de que sus proyectos no sufrieran demoras y no fueran modificados por el Congreso”. El Dr. Bidegain fue testigo de cómo el Congreso, tras la muerte de Roosevelt y el fin de la emergencia bélica reivindicaba sus derechos, y ese proceso apasionante está reflejado en ese trabajo de obligada consulta hasta el día de hoy. De 1947 es su trabajo: “Parlamento y Congreso — una imperfecta sinonimia” (9), tema sobre el que, como veremos, seguiría meditando.

Después de 1955, el Dr. Bidegain, junto al Dr. Jorge Tristán Bosch, fue secretario de la Comisión que, con el Dr. Sebastián Soler al frente, debía preparar el material para la reforma constitucional, tocándole colaborar en la Convención Constituyente de 1957 y publicó “La Convención Nacional. Normas y prácticas que originan su funcionamiento” (10). La recopilaciones de

(8) “El Congreso de Estados Unidos. Derecho y prácticas legislativas” Buenos Aires, 1950

(9) L.L. 6.6.47

(10) “La Convención nacional. Normas y prácticas que rigen su funcionamiento”. Imprenta del Congreso. 1957

antecedentes sobre estado de sitio e intervención federal realizadas entonces son, al igual que aquél, de ineludible referencia para esos temas tan conflictivos de nuestro quehacer institucional. Junto con la reinstalación del gobierno constitucional y en los años siguientes, el Dr. Bidegain insistió en la reforma del Congreso, una reforma que no pasa por la modificación de la Constitución sino de la práctica parlamentaria (los reglamentos de las Cámaras, por ejemplo). Y lo resumía dramáticamente: “Un dilema para el Congreso: reforma o fracaso”. Entre 1960 y 1962, designado por el presidente Frondizi, el Dr. Bidegain fue Procurador del Tesoro de la Nación, contribuyendo al bien ganado prestigio de ese alto organismo jurídico del Estado.

En 1986 se incorporó a la Academia de Ciencias Morales y Políticas, retomando a la luz de los desarrollos nacionales y comparados (particularmente, Francia después de 1958) el tema “Congreso y Parlamento”. Ya entonces estaba en el aire la posibilidad de una reforma constitucional, respecto a la que invitaba a ser cuidadoso por ser normas llamadas a perdurar y tan trascendentes “que es cosa de invocar nuevamente la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia”. Su actividad en el seno de la Academia lo muestra dando ponderada y profunda opinión a los grandes temas de la reciente vida institucional del país. Así el del traslado de la Capital y la problemática en torno a los posibles derechos de la Provincia de Buenos Aires y naturalmente, el tan caro del Congreso. Mirando en retrospectiva recordada aquél Congreso de su primer trabajo de 1947 que era, decía, más un Parlamento que aceptaba incondicionalmente el liderazgo del presidente en un clima de intolerancia y encono. Evocaba sus trabajos de 1958 y 1959, vueltos a publicar sin que se advierta que hayan perdido actualidad en los Anales de la Academia y planteaba que nuestros hábitos políticos han mejorado a lo largo de los años, pero “qué pasaría con cámaras con una mayoría dominante de 2/3 de votos propios”, pregunta. Quizás a esta altura podríamos sintetizar esa distinción entre Congreso y Parlamento. Este, según el modelo inglés, más que legislar “es ventilar quejas, extraer informaciones sobre la manera de operar del gobierno, discutir los principios que éste se propone llevar a cabo” en tanto que el Congreso “debe hacer la ley”. La reforma de 1994 y la propia realidad política pueden aproximar, quizás, nuestro Legislativo al estilo de un Parlamento, pero no debiera abdicar la responsabilidad de ser Congreso. El aporte del Dr. Bidegain a este tema es de indudable trascendencia. Como lo fue su participación en la Comisión de estudio de la Reforma Constitucional de 1971, en que suscribió el dictamen con Natalio Botana, su colega de Academia que precisamente hoy se incorpora a la de Historia, Julio Oyhanarte, Roberto Peña, Pablo Ramella, Adolfo Rouzaut y Jorge Vanossi.

El Dr. Bidegain dio su autorizada opinión en los sucesivos intentos de

⁽¹¹⁾ Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, t. 1, 1994.

reforma constitucional. En los “Estudios en honor de Pedro J. Frías” ⁽¹¹⁾ resumió sus propuestas.

Aún prefiriendo el modelo mexicano de 6 años con prohibición absoluta de reelección, admitía la elección directa del presidente por cinco años, ya que “cuatro años pasan volando”, y sin retornos. En ésto, obviamente, no fue escuchado, aunque la reforma de 1994 coincide con otras de sus posiciones.

En sus largos años al frente de la cátedra de Derecho Constitucional en esta Facultad, el Dr. Bidegain formó el equipo que ha seguido las líneas rectoras de su enseñanza y ha contribuido a plasmar las reediciones y actualizaciones de las Lecciones primero y ahora del Curso. Incluso podemos encontrar una sintonía en la trayectoria de estos colegas, el Dr. Palazzo en funciones de responsabilidad en la Procuración del Tesoro y el Dr. Schinelli en el Congreso, en cuya oficina de Información Parlamentaria estuvo muchos años hasta dedicarse a la actividad privada. Ellos, con el Dr. Punte, contribuyeron el año pasado a que docentes y alumnos hiciéramos un seguimiento pormenorizado de la reforma constitucional, y en el mismo empeño están ahora con la discutida autonomía de la Ciudad de Buenos Aires.

Este libro es, por consiguiente, un excelente ejemplo de lo que es formar equipo, y me permito afirmar que en el seno de la Facultad, al menos en Derecho Constitucional, las distintas cátedras se han ido incorporando a los que provenimos de otras universidades, especialmente la de Buenos Aires, y a sus propios egresados que se han sentido atraídos y desafiados por la docencia en esta materia cuyo estudio es de tanta trascendencia para la vida del país. Al ejemplo del Dr. Bidegain agrego los nombres de otros dos de los primeros profesores de Derecho Constitucional en esta casa, que congregaron a su alrededor jóvenes deseosos de trabajar en la investigación jurídica. Uno de ellos es el Dr. Germán Bidart Campos, que como parte de su vasta obra escrita, a la que acaba de agregar un tomo dedicado a la reforma de 1994, debe destacarse su permanente análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia desde las páginas de *El Derecho*, y su prédica incansable por la independencia del Poder Judicial y la vigencia del sistema democrático. El otro es el Dr. Carlos Valiente Noailles, quien en su *Manual de Jurisprudencia de la Corte Suprema* realizó un estudio sistemático de las principales líneas de esa “memoria” que, según transmitía a sus alumnos, tiene el más alto tribunal de la Nación. Escribiendo en 1981, decía Valiente Noailles que se advertía en los alumnos “una tendencia a las soluciones autoritarias”, que son la negación de nuestra profesión. “Se enuncian opiniones sin fundarlas, falta sentido crítico, falta capacidad para razonar y para exponer, se dan argumentos de conveniencia o de efectividad más que argumentos funda-

dos en derecho”, describía, pero al mismo tiempo se mostraba asombrado por las preguntas y observaciones de algunos alumnos capaces de descubrir con rapidez aspectos sutiles de un problema. “Con ellos contamos, decía, para ayudar a aprender a los demás, dirigir trabajos en equipo y, si el curso es muy numeroso, como delegados para mejorar su comunicación con la cátedra” (12). Y podemos ver cómo, a través de estas actitudes del docente se forman continuadores y discípulos.

Diré algunas palabras sobre el Curso de Derecho Constitucional en sí mismo, que en sus dos volúmenes reúne buena parte de los tres primeros de las ediciones anteriores. El mejor elogio que podemos hacerle hoy es una exigencia, cordial pero firme, en lo que, estoy seguro, interpreto a profesores y alumnos: sigan con el desarrollo de la materia, sigan publicando con la misma coherencia y capacidad de síntesis, hasta completar lo que hoy tenemos ante nosotros, este compendio de Derecho Constitucional, rama del Derecho que, como bien sintetizan citando a Hauriou, es “la técnica de la conciliación de la autoridad y la libertad en el marco del estado” (p. 59).

Dentro del contenido de estos dos tomos, señalo el claro enfoque de los temas introducidos por la reforma de 1994, como se advierte en la importancia brindada a la ubicación de los tratados. El mismo interés y la misma calidad de siempre tiene el capítulo sobre Supremacía de la Constitución y sus formas de contralor, desde el caso del Dr. Bonham y luego el trascendente “Marbury vs Madison”, hasta su expresión en la normativa y la jurisprudencia argentinas. Fiel a la posición sostenida en ediciones anteriores, el Dr. Bidegain, si bien recoge los últimos aportes doctrinales y jurisprudenciales sobre “cuestiones políticas no justiciables”, se pronuncia por preservar esta categoría, y señala: “Con el progreso de la educación y de sanas prácticas políticas de nuestro pueblo, producto del correcto funcionamiento de las instituciones republicanas, si nuestra Constitución, además de poseer validez y vigencia, se transforma en una vivencia de la comunidad, podrá apreciarse el enorme caudal del control político ciudadano para corregir vicios y arbitrariedades de los gobiernos, sin necesidad de entrar en la senda del ‘activismo judicial’, que a muchos entusiasma sin advertir sus riesgos” (p. 144). Para el autor, además del control judicial debe existir el político, “el que no está librado a los jueces”, el que ejerce la ciudadanía. Conceptos éstos que había volcado en su comentario al fallo, que calificó de claro, prolijo e impecable, de uno de los colaboradores de la obra, el Dr. Orlando Gallo, a la sazón juez federal de Mercedes, referido a la Universidad de Luján (1980) (13). Y en cuanto a

(12) “La enseñanza del Derecho Constitucional en la actualidad”, Revista de la Universidad de Bs. As., vol. 6, 1983.

(13) “Control judicial y control político de constitucionalidad en la Argentina”, ED, 87-579.

la jurisprudencia de la Corte, llamada en último término, según el aforismo conocido, a decir lo que la Constitución es, encuentra en las páginas del Curso abundante tratamiento. Años atrás, al analizar el cambio de la Corte de 1966, señalaba que debían evitarse los rótulos demasiado simples y rotundos de encasillar “cortes liberales” y “cortes estatistas”. La Corte, decía, viene siendo estatista desde 1930 y ni siquiera la de los Estados Unidos no lo es en alguna medida, pese a lo cual ha tenido, aquí y allí, “notables decisiones” inspiradas en la protección de los derechos individuales”, concluía particularizando en la trayectoria del tribunal entre 1955 y 1966 ⁽¹⁴⁾. Esta lúcida visión de la Corte Suprema bien podría trasladarse a la de años posteriores.

El segundo volumen trae la interesante colaboración del Dr. Roberto Punte sobre el art. 75, inc. 17, de reconocimiento y promoción de los derechos de los pueblos indígenas, con sus antecedentes históricos y la exégesis de la norma que, en su extenso e impreciso contenido, es típica del moderno constitucionalismo, y el del Dr. Orlando Gallo, que, como en ediciones anteriores, tomó el tema de las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Analizando la reforma de 1994, el Dr. Gallo se muestra crítico con la supresión del requisito de confesionalidad para el presidente y vicepresidente, tema sobre el que los obispos argentinos colectivamente no se pronunciaron mientras otros lo hicieron individualmente a favor de la postura que consagró la reforma, a la que se opusieron, pese a la trabazón del Pacto de Olivos, unos pocos constituyentes. Al respecto, Mons. Juan Carlos Maccarone señala en su “lectura eclesial” de la reforma que “desde el punto de vista doctrinal católico no se encuentra ningún texto del Magisterio en que se diga, aconseje o sugiera que el gobernante de un país de mayoría católica debe ser católico. Ni siquiera en el Syllabus” ⁽¹⁵⁾. El Dr. Gallo destaca que el Acuerdo de 1966 se ha visto jerarquizado con rango supralegal y que con ello han quedado definitivamente suprimidos los vestigios de un incómodo regalismo, plasmado en la institución del Patronato, que describe en detalle.

Coincido en que una formulación similar a la de la Constitución de Córdoba, conjugando autonomía, cooperación y libertad religiosa hubiera sido lo deseable, pero la decisión de no afectar la primera parte de la Constitución hacía, en éste como en otros temas, desaconsejable introducir oblicuamente una nueva definición a la materia regida por el art. 2, amén de que, como expresara Sarmiento en la Convención del 60 respondiendo a Félix Frías, en

⁽¹⁴⁾ “El carácter declaratoria de las sentencias contra la Nación. Evolución jurisprudencial”, ED, 16-928.

⁽¹⁵⁾ Juan Carlos Maccarone, “La Reforma de la Constitución Nacional. Santa Fe — Paraná, 1994. Una lectura eclesial”. Servicio de Documentación, serie IV, n. 14/94, Arzobispado de Santa Fe de la Vera Cruz.

esta delicada cuestión, si algunos querían que se dijese más, otros querían ciertamente que se dijera menos.

Entrando a la sección dedicada a “La organización del poder”, el Dr. Bidegain enfoca la cuestión de la soberanía del pueblo, la examina a la luz de la ciencia política y del Magisterio, y concluye en que “nuestra Constitución alude a una creencia colectiva compartida sobre la legitimidad del poder que se traduce en un principio general del derecho constitucional argentino conforme al cual es indispensable el consentimiento popular para el ejercicio legítimo del poder”, con sus exigencias de sufragio y control ciudadano. En lo referente a la representación política, se expresa que “el régimen representativo no se agota con la inclusión de los partidos políticos en el cuadro general” y se pregunta si conviene incorporar al cuadro institucional a las organizaciones representativas de intereses sectoriales, como a través del Consejo Económico Social o, por la presencia de jueces y abogados, en el Consejo de la Magistratura. Es de destacar la manera en que se desarrollan temas que han quedado ahora incorporados al texto constitucional, el sufragio universal, igual, secreto y obligatorio y los partidos políticos, además de los factores y grupos de presión internos y externos, y las nuevas formas de democracia semidirecta, esto último con el aporte del Dr. Schinelli.

Un capítulo es dedicado a la protección del orden constitucional y el sistema democrático, partiendo de la evolución cronológica y jurisprudencial de los gobiernos de facto y la exégesis del nuevo art. 36, que tiene su antecedente en la ley 23.077 y, en el derecho comparado, en las constituciones de Grecia y Perú, por citar dos. El autor se interroga sobre la sola eficacia de los remedios normativos. Parafraseando a la Constitución helénica, la defensa de la democracia está confiada a los argentinos, de manera que no se busquen nunca más fuera de la Constitución soluciones ni hombres providenciales porque no hay otras soluciones que las de la Constitución ni otros hombres que los convocados por los mecanismos que ella prevé. Y sin duda, que este Curso vea la luz afianzadas las instituciones democráticas, transcurridos dos períodos presidenciales, varias renovaciones parlamentarias de los gobiernos provinciales, y una reforma constitucional, es motivo de alegría, una alegría que no desconoce las sombras pero tampoco las luces, ya que en muchos momentos del pasado reciente hemos tenido que enseñar “el deber ser”, no el “ser”, de los derechos y de las instituciones.

Llegamos así al final de este recorrido alentados por el esfuerzo de quienes nos entregan un trabajo que se inscribe honrosamente en la bibliografía jurídica y en la producción de esta Universidad Católica. A los docentes nos corresponde, como en la frase evangélica, entresacar “lo nuevo y lo viejo” de nuestra tradición y de nuestro presente y el de las instituciones del mundo

en que vivimos, en una situación de profundos cambios incluso en la forma de ejercerse la profesión de abogado. Debemos ser eficaces transmisores del sustrato de nuestra Constitución histórica, que ha permanecido incólume pese a la reforma de 1994, sobre algunos aspectos de la cual podemos ser críticos. Con Joaquín V. González hemos de recordar a las nuevas generaciones “que es la Constitución un legado de sacrificios y de glorias, consagrados por nuestros mayores a nosotros y a los siglos por venir, que ella dio cuerpo y espíritu a nuestra patria hasta entonces informe, y como se ama la tierra nativa y el hogar de las virtudes tradicionales, debe amarse la Carta que nos engrandece y nos convierte en fortaleza inaccesible a la anarquía y al despotismo”.

EL CONFLICTO SOCIAL

LICENCIADO OMAR CERIGLIANO

INTRODUCCION

Muchos han sido los esfuerzos intelectuales realizados por los sociólogos, los politólogos y los futurólogos de diferentes ideologías para hallar una denominación que abarcara todos los aspectos de la sociedad contemporánea, y muy especialmente a la de post—guerra.

Alvin Toffler la denominó “Tercera Ola”, Daniel Bell “Sociedad Post—Industrial”, “Era Tecnocrónica” Zbgniew Brzezinski, por solo mencionar algunos. Pero estas caracterizaciones reflejan solamente determinados cambios operados en diferentes campos del saber y con disimiles resultados, cambios que van desde lo político a lo social, pasando por lo económico. Para Julien Freund ⁽¹⁾, las mismas designan solo un aspecto de la realidad. Cómo podríamos entonces definir o al menos llamar a nuestra época. Freund dice que podríamos denominarla “sociedad conflictual”. Noción que gozaría de una ventaja considerable con respecto a las otras, porque ya no definiría ningún aspecto en particular, sino por el contrario, cubriría el conjunto de las relaciones sociales que se desarrollan en el marco institucional del Estado.

¿Por qué “sociedad conflictual”? Por tres motivos:

En primer lugar, dice Freund, asistimos a una aceleración sin precedentes en la historia de la humanidad, de mutaciones y cambios, “...el mundo está entrando en una era de incertidumbre y dislocación” ⁽²⁾. Y qué es lo conflictual en esta situación. No el conflicto en sí mismo, sino la incapacidad del hombre para predecir estos cambios, ni siquiera a mediano plazo. Además, la diversidad de cambios crea un gran desorden entre los mismos.

En segundo lugar, las actividades humanas han entrado, por así decirlo, en disidencia con ellas mismas, con las inevitables consecuencias que ello implica.

Las mismas se encuentran en una etapa de discusión permanente. Ya

⁽¹⁾ Freund, Julien, “Sociología del conflicto”, Buenos Aires, Fundación Cerien, 1987.

⁽²⁾ Dale, Reginald, “Global Agenda” en: Time, marzo 13, 1995, Vol. 145, N° 10.

Toffler nos advertía de esta situación en “Poweshift” (3) donde nos decía que la estructura de poder, tal como la conocimos durante los últimos cincuenta años, se ha modificado. Las relaciones de autoridad han dejado de ser verticales, para, muchos ordenes de la vida social, pasar a ser horizontales.

En tercer lugar, advertimos una creciente proliferación de conflictos que no se dan solamente en el campo de lo político, sino que abordan lo económico, lo social, lo intelectual, la esfera de lo religioso, la cultura. Pensemos en el renacimiento de los nacionalismos y sus consecuencias, resultando interesante al respecto, conocer el pensamiento de Sakakibara en Japón (4) o de Barkashov en Rusia (5). No podemos dejar de analizar el impacto que el fundamentalismo religioso ha tenido y tiene en las estructuras políticas, económicas y sociales de muchos países árabes; en las guerras comerciales entre los Estados Unidos y Japón por un lado y los Estados Unidos y China por el otro; en la proliferación de conflictos de baja intensidad, causados a decir de algunos autores como Robert Lutwak (6) por la ausencia de grandes potencias y la aparición de potencias de segundo grado.

I — Marco conceptual polemológico:

A los efectos de una mejor y mas amplia comprensión de los conflictos sociales y de las implicancias de los mismos en todo el entramado social, es necesario distinguir entre (7):

Líneas de conflicto

Crisis

Conflicto

Problemas conflictivos

Líneas de conflicto: son líneas de división objetiva, existentes en la estructura socioeconómica de un país. Algunas existen independientemente del tiempo y la situación interna de cada Estado, otras son, podemos decir, “temporales”, varían de acuerdo a la coyuntura interna o internacional.

Algunas de ellas son:

centro—periferia

(3) Toffler, Alvin, “Powershift”, Barcelona, Plaza y Janés, 1990.

(4) “Japanese nationalism” en: The Economist, enero 14-20, 1995, vol. 334, number 7897, pág. 19-21.

(5) “Russia after Chechnya. The rise of the new right” en: The Economist, enero 28-febrero 3, 1995, Vol. 334, number 7899, págs. 21-23.

(6) Lutwak, Edwards, “Where are the great powers” en: “The National Times”, New York, Noviembre 1994, págs. 28-31.

(7) Morlino, Forlano, “Cómo cambian los regimenes políticos”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

civiles—militares
campo—ciudad
católicos—protestantes
ricos—pobres
economía pública—privada

Crisis: “es una situación colectiva caracterizada por contradicciones y rupturas, plena de tensiones y desacuerdos que hacen que los individuos y los grupos vacilen acerca de la línea de conducta que deben adoptar, porque las reglas y las instituciones ordinarias quedan en suspenso o inclusive algunas veces están desfasadas con relación a las nuevas posibilidades que ofrecen los intereses y las ideas que surgen del cambio, sin que sea posible, sin embargo, pronunciarse claramente sobre la justeza y la eficacia de las nuevas vías”⁽⁸⁾. En la crisis, la existencia de lo que George Simmel llamó el “tercero”, cumple un papel fundamental. Es el mediador, el árbitro, es el hombre de la tolerancia. La presencia del “tercero” significa que las contradicciones no son necesariamente incompatibles. El “tercero” es el soporte de las contradicciones, de los desacuerdos y de los contrastes.

Conflicto: Viene de “conflictus” que significa etimológicamente “desacuerdo o choque cualquiera”. Podemos definirlo como un “enfrentamiento o choque intencional entre dos seres o grupos de la misma especie que manifiestan una intención hostil los unos con respecto a los otros”⁽⁹⁾, y por lo general, a propósito de algún derecho que una de las partes considera ha sido lesionado por el otro. A partir de la misma podemos decir que:

- a) el choque es siempre voluntario;
- b) los antagonistas deben ser necesariamente de la misma especie, reservaremos, por lo tanto, el nombre de conflicto para el choque entre seres humanos;
- c) de lo anterior se desprende que siempre se pretende perjudicar a otro, y mas aún violentamente;
- d) el conflicto procura quebrar la resistencia del otro, resistencia a hacer algo que le es impuesto, ya sea por la fuerza o no.

Resumiremos lo expuesto, diciendo que las tres notas características del conflicto son: bipolaridad, hostilidad y disolución del tercero.

La bipolaridad supone el enfrentamiento de solo dos actores. Es dable aclarar que cuando hablamos de “actores”, estos pueden ser individuales o

⁽⁸⁾ Freund, Julien, “Observaciones sobre dos categorías de la dinámica polemógena” en: “El concepto de crisis” Varios autores, Buenos Aires, ediciones Megápolis, 1979, pág. 190.

⁽⁹⁾ Freund, Julien: “Sociología del conflicto”, p. 58.

colectivos, es decir, que en lo que llamamos “actor”, pueden coexistir diversos y hasta diferentes subactores de un mismo sistema político, pero con intereses o fines coincidentes.

La hostilidad, tal como lo expresamos anteriormente, es parte esencial del conflicto. La amenaza o voluntad hostil puede ser real o virtual, esto quiere decir que al querer doblegar la voluntad del otro, siempre está presente la posibilidad de que al no aceptar voluntariamente nuestras demandas, se recurra a la violencia para la materialización de las mismas.

La disolución del tercero, nos lleva a definir el conflicto como una “...relación social marcada por el tercero excluido”⁽¹⁰⁾. A la función clásica de mediador o árbitro en la situación crisógena, en el conflicto el “tercero” puede tomar varias actitudes, como por ejemplo:

— el “tercero” se alía con alguno de los actores intervinientes y por lo tanto toma parte directa del mismo. Caso típico de esta situación es la alianza.

— “tercero” puede usufructuar el conflicto en beneficio propio, tal el tipo del “*tertius gaudens*” que hablaba Sinmel.

— “tercero” puede ser el protector o el que fomente el accionar de alguno de los bandos en pugna. Tal el caso de la guerrilla.

Problemas conflictivos: son los aspectos particulares y específicos que toman los conflictos. El desarrollo y la resolución de los mismos depende hoy, mas que nunca, de la coyuntura, tanto propia de cada Estado, como así también de la internacional.

II ASPECTOS DEL CONFLICTO:

A partir de lo expuesto, hay que plantearse ahora, qué es lo que lleva a los hombres en un momento a pasar a la violencia, es decir, a transformar una situación crisógena, la que es virtualmente manejable por los detentadores del poder, a un conflicto.

Habría que tener en cuenta tres aspectos esenciales:

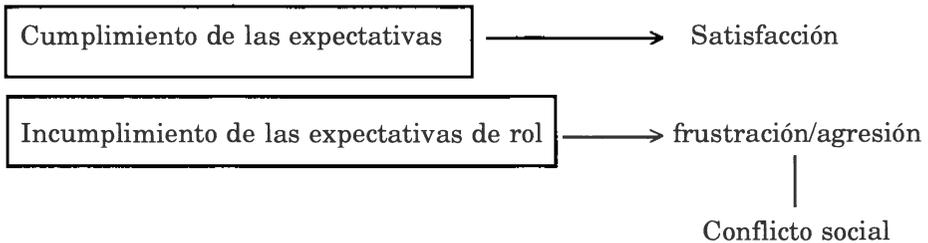
a) las expectativas, tanto políticas, económicas y sociales, no solamente de la clase dominante o gobernante sino del conjunto de los individuos de una sociedad dada.

b) las posibilidades reales de materialización, al menos en el mediano plazo, de dichas demandas;

c) la existencia de canales de expresión que actuen a la manera de

⁽¹⁰⁾ Freund, Julien: obr. cit., p. 258-266.

válvulas de escape, que sirvan para canalizar la frustración que se originará por el incumplimiento de las expectativas de rol.



John Rex ⁽¹¹⁾ hace un paralelismo sobre la posición que pueden adoptar los actores sociales ante un conflicto:

positiva	negativa
1) Consenso respecto a los fines	Desacuerdo con respecto a los fines
2) Consenso respecto a medios legítimos	Desacuerdo con respecto a medios ilegítimos
3) Motivación para cumplir con las bases normativas o instrumentales del Estado	Motivación para la desviación e incumplimiento
4) Aceptación de las expectativas	Rechazo de las expectativas

El estallido hostil: Es uno de los puntos neurálgicos de la situación conflictual, porque generalmente se transforma en una acción violenta. Neil Smelser dice que el “grado de intensidad depende del grado de tensión, de la eficacia de los líderes para la movilización de un grupo agraviado y de la eficacia de los controles sociales contrarios”.

Un estadillo hostil es la movilización para la acción bajo una creencia hostil.

Es importante destacar que los participantes del estallido hostil tratan de justificar su accionar a través del ataque deliberado hacia quien consideran responsable de una situación determinada. La “culpa” del responsable puede ser tan variada como las propias condiciones perturbadoras. Smelser dice que

⁽¹¹⁾ Rex, John, “El conflicto social”, Madrid, Siglo XXI, 1985.

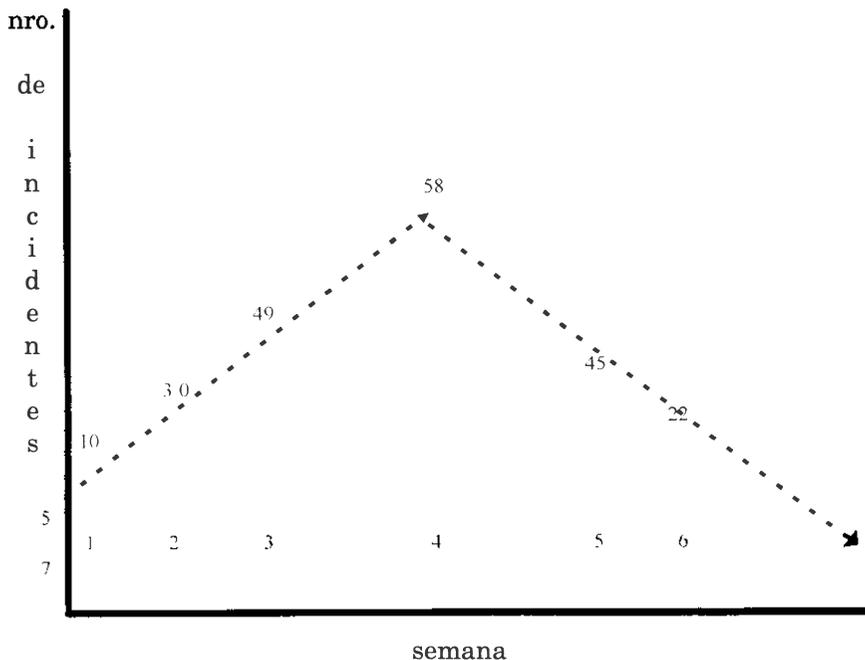
“Cuando una muchedumbre incendia la casa de un funcionario local, puede estar tratando de castigarlo por una decisión política impopular”¹².

Los actores precipitantes del estadillo hostil: Al analizar todo estadillo social vemos en el mismo la presencia de un número determinado de elementos, los que brevemente podemos describirlos como:

I Etapa:

- deterioro de la situación socio—económica de la población.
- aparición de un líder carismático: la acción se desarrolla generalmente por el accionar de un hombre que motoriza a la población, la mueve a tomar una actitud determinada, provoca el alzamiento de la población, amalgama y convence al grupo que hay que romper con el status—quo vigente.
- ideas—fuerza movilizadoras
- rápido deterioro de la estructura de poder
- afloramiento de líneas de conflicto

Curva de hostilidad



(12) Smelser, Neil, “Teoría del comportamiento colectivo”, México, FCE, 1989.

II Etapa:

- inestabilidad generalizada
- disturbios aislados
- temor generalizado
- creciente deterioro de los niveles económico—sociales de la población
- movilización

— progresivo aumento de la “curva de hostilidad”: en todo estadillo hostil está presente lo que Smelser (13) denomina curva de hostilidad. Dicha “curva” alcanza su punto máximo en el momento más álgido del estadillo, es decir, el momento en el que los muchedumbre ganan la calle y transforman su frustración en agresión,

III Etapa:

- cohesión en la estructura de protesta
- localización del grupo de protesta
- ausencia de válvulas de escape
- estallido de la violencia

IV Etapa:

- la resolución del conflicto

Conflicto principal y secundario: Al considerar la extensión de un conflicto, es decir, al tomar conocimiento de las implicancias del mismo, debemos siempre tener en cuenta que un conflicto al que podemos llamar principal, puede originar o favorecer la aparición de conflictos satélites o secundarios, es decir, conflictos que sin tener la relevancia y la jerarquía de los primeros, afloran en el momento en que se desarrollan estos. Un ejemplo claro de esta situación se dió durante la guerra del Golfo, donde casi en el mismo escenario afloró el conflicto entre Irak y la nación Kurda.

Hay otros aspectos del conflicto que por su relevancia merecen un espacio aparte.

(13) Smelser, Neil: obr. cit., p. 281.

Teoría del Estado y Constitución Jurídica

(En la obra filosófica de A. E. Sampay)

JOSÉ RICARDO PIERPAULI

I — Introducción

Me propongo exponer aquí mi propia tesis filosófico política en torno a la obra de Arturo E. Sampay. Para cumplir tal propósito, en primer lugar, trazaré una perspectiva intelectual del autor argentino, en segundo lugar, formularé mi tesis al respecto con sus proyecciones emergentes y, en tercer lugar, puntualizaré algunas distinciones en torno de los conceptos de Teoría del Estado y Ciencia Política.

He considerado oportuno llevar a cabo la tarea propuesta al hilo del texto “El Espíritu de la Reforma Constitucional” (1949), pues este opúsculo se ubica cronológicamente entre “La crisis del Estado de Derecho liberal burgués” (1942) y la “Introducción a la Teoría del Estado” (1951) y marca una línea evolutiva doctrinal coherente que permitirá discernir el verdadero pensamiento filosófico político de Sampay. Ello sin perjuicio de sus importantes proyecciones actuales de las que me ocuparé en otro examen. Allí observaré las implicancias de las tesis de Sampay de frente al advenimiento del nuevo orden mundial, a la reciente Reforma Constitucional Argentina de 1994 y a las exigencias de las organizaciones supraestatales en orden a la integración regional y mundial del Estado.

Puntualizaré, finalmente, en notas, aquello que considero una clave fundamental para abordar cabalmente la comprensión intelectual de la figura de Sampay, esto es, sus fuentes en Sto. Tomás de Aquino y San Alberto Magno.

II — Valoración intelectual de Arturo E. Sampay

Sampay es, en primer lugar, un pensador católico. A partir de allí, su pensamiento queda eternamente delimitado por la perspectiva trascendente. El mismo se caracterizaba, poco antes de morir, en la dirección de un “Teísmo metafísico religioso y, consecuentemente, la aceptación de un orden moral objetivo, salvaguarda de la dignidad y la libertad humana y, a la par, sostén de una concepción realista del Estado que da preeminencia al bien del todo sobre el bien de los individuos”.

Su catolicismo se aproxima, ya desde los primeros escritos examinados, a la egregia doctrina de D. Juan Donoso Cortés, aun cuando debe observarse que las referencias explícitas a este autor ya no son explícitas en la célebre “Introducción a la Teoría del Estado” (1951). Con todo, debe decirse que, en el concepto de Constitución Ontológica del Estado, vale decir, su causa formal — el orden—, se espeja fielmente aquel teísmo metafísico y aquella ordenación moral objetiva, en armonía con la doctrina de Donoso Cortés.

Si bien encuentro una correspondencia clara de este punto de partida con la cuádruple distinción del orden formulada por el Aquinante en el Prólogo de los Comentarios a la Ética de Nicómano, prefiero postergar brevemente esta remisión a Sto. Tomás y a San Alberto para establecer la proximidad con el autor español.

Para Sampay, igual que para el Marqués de Valdegamas, detrás de cada problema político y social se esconde un problema religioso.

“...todo Estado real-histórico, como estructura que esa la vez elemento de un conjunto estructural de cultura, está condicionado por una orgánica concepción del mundo. Con esta aserción damos justamente en el hito de lo que se ha nominado como Teología Política, y que consiste en el reconocimiento de que a toda singularidad estatal la informa, como el alma al cuerpo, su ínsito y necesario núcleo metafísico”⁽¹⁾.

Esta orgánica concepción del mundo, en que Sampay creyó firmemente, es el punto de partida para comprender la “Forma de Estado” emergente de su filosofía política, frente al problema planteado por el Estado Moderno. El texto, a la vez que sirve para ir delineando a Sampay, permite enraizar el núcleo metafísico que luego se sitúa en la llamada dogmática constitucional. Obsérvese de paso que la dogmática liberal burguesa que anima la Constitución Nacional de 1853, y que Sampay puso en el centro de sus críticas, no ha sido alterada en la reciente Reforma de 1994, ello por cuanto ese ethos protestante de 1853 viene a coincidir con la orgánica concepción del Estado que propugna el llamado nuevo orden mundial.

Véase ahora un pasaje que, tomando del texto “La Crisis del Estado de Derecho liberal burgués”, permite reforzar la interpretación propuesta.

“...las variaciones sociológicas de las estructuras culturales se afirman, principalmente, sobre decisiones políticas fundamentales, creadoras de una Constitución del Estado, es decir, de la situación total de unidad y ordenación de un pueblo, considerado en su singular forma de existencia”⁽²⁾.

(1) Sampay, Arturo E., *La Crisis del Estado de Derecho Liberal burgués*, Ed. Losada, Bs. As., 1942, pág. 37.

(2) Estas dediciones políticas crean la Constitución. Aquí el término equivale para Sampay, a *recta ratio*, esto es, la Constitución Legítima dentro del pensamiento de San Alberto Magno. A su vez, la decisión tiene dos niveles. En primer lugar, la formulación de las normas positivas

Transcribo un pasaje tomado del texto de Donoso Cortés titulado “Ensayo sobre el Catolicismo, el Liberalismo y el Socialismo” pues el mismo permite, a mi juicio, captar el verdadero contexto en que debe interpretarse este primer rasgo del pensamiento de Sampay, según lo vengo caracterizando.

“...puede afirmarse, sin caer en el panteísmo, que todas las cosas están en Dios; y que Dios está en todas las cosas. Esto sirve para explicar por qué causa, al compás que se disminuye la Fe se disminuyen las verdades en el mundo; y por qué causa, la sociedad, que vuelve la espalda a Dios, ve ennegrecerse de súbito, con aterradora oscuridad, todos sus horizontes. Por esta razón, la religión ha sido considerada por todos los hombres, y en todos los tiempos, como el fundamento indestructible de las sociedades humanas...”⁽³⁾.

Sampay sustentó sus tesis centrales sobre la clara aceptación de un orden moral objetivo, inscripto paradigmáticamente en el “*ordem quem ratio non facit*”⁽⁴⁾. Por eso, para él, la razón discierne este orden a fin de gobernar las operaciones voluntarias.

como especificación del orden natural y, en segundo lugar, el empleo de esas normas para el mejor y más recto gobierno de la ciudad. Véase en esto, la correspondencia que entre San Alberto y Sto. Tomás, sirvió de fuente al autor argentino.

a) “*Politia enim est scientia practiva ad usum et ordinem civium ordinata: et ideo necesse est quod duos habeat iudices, unum qui componit secundum rationem rectae legis, alium qui utitur ea secundum ordinem rectae politiae sive civilitatis*” (Aquí aparece la dinámica entre la Constitución Real y Constitución Jurídica de que habla Sampay y de la que me ocupo en la última parte de mi tesis). San Alberto Magno, Com. In. Pol. Lib. III, Cap. 7.

b) “*Philosophus autem —dice Sto. Tomás— denominat prudentiam regnativam a principali actus regis, qui est leges ponere*”. Sto. Tomás de Aquino, Suma Teológica, II-II, Q. 50 Art. 1.

c) “*...ex diversis politis considerabit —Aristóteles— quales politiae salvant civitates, scilicet politiae rectae, quae sunt regnum, aristocratia, et politica...*” Sto. Tomás de Aquino, Com. In Eth. 2180.

d) “*At vero si hoc-secundum leges rectas politiaes, palam quod eas quidem quae secundum leges rectas politiaes, necessarium, supplem est, esse justas*”. San Alberto Magno, Com In Pol. Lib. III, Cap. 8.

⁽³⁾ El texto corresponde a la obra mencionada de Donoso Cortés y está tomado de las págs. 276-277 de sus Obras escogidas, Ed. Difusión, Bs. As., 1944.

⁽⁴⁾ Este orden está en clara correspondencia con San Alberto en los siguientes textos suyos:

a) “*Natura est magis ordinatum principium quam voluntas, quia est tantum ad unum et eodem modo*”. San Alberto, Ed. Asch. Colonia, 65-69.

b) “*Natura distribuens nunquam dat nisi indigenti sed sic operatio sua magis assimilatur operationi iustitiae distributivae*”. San Alberto Op. Cit. 225.20.

c) “*Deus fecit unumquodque in ordine optimum*”. Ibidem 406-57.

d) “*Natura non deficit in necessariis nec abundat superfluis*” Com. In Pol. Ed. Borgnet, Lib. VII y De Natura Boni, Ed. ASch. 5-12.

e) A su vez Sto. Tomás dice: “*ordo quem ratio non facit: 1 — Ordo quem ratio non facit. 2 — ordo quem ratio considerando facit, 3 — ordo quem ratio considerando facit in operationibus voluntatis*”. Sto, Tomás de Aquino, Com In. Eth. Lib. I, Cap. 1.

A propósito de esto último, conviene puntualizar dos aspectos. En primer lugar, se observa aquí una evidente primacía de la contemplación sobre la acción, rasgo éste que orienta el guión central de la Introducción a la Teoría del Estado y, en segundo lugar, se observa también un rechazo manifiesto al desorden moral y político que, partiendo del relativismo gnoseológico, promovió el liberalismo. El texto siguiente servirá, pues, para apoyar lo dicho al paso que explica mejor el contexto desde Donoso Cortés.

“El liberalismo, en su soberbia positivista, desprecia a la Teología, y no porque no sea teológico a su manera, sino porque, aunque lo es, lo ignora. Todavía no ha llegado a comprender, y probablemente esté condenado a desaparecer sin entenderlo, el estrecho vínculo que une entre sí las cosas divinas y las humanas, la correlación que tienen las cuestiones políticas con las religiosas”⁽⁵⁾.

Partiendo del orden moral objetivo, puesto en relación con la Teología Católica, Sampay concibe al Estado como unidad de orden⁽⁶⁾ sobre el fundamento inmovible del orden natural y dirigido hacia el Bien Común al que, como se dijo, otorga primacía respecto del bien de la persona singular.

“Y porque la finalidad del Estado, como veremos más adelante, es propia y no coincide con la suma de las finalidades individuales de sus miembros, crea una unidad interior en la multiplicidad de ellos, un total con una relación definida de las partes al entero, y de sus finalidades individuales a la finalidad del todo”⁽⁷⁾.

Esa unidad interior que proviene de la noción análoga del Bien Común es propuesta por Sampay en íntima relación con el amor por la Patria.

“Este bien, que en común aman los miembros del Estado porque les trae perfección, crea entre ellos una comunión vital afectiva llamada amistad política, que es un amor mutuo fundado sobre esa comunicatio civilis y que, como la sociedad política es el fin de otras sociedades secundarias o imperfectas, es la amistad superior, la que está sobre las amistades nacidas de la comunicatio de esas otras sociedades inferiores. De aquí que el amor hacia la representación mítica de la comunidad política, denominada Patria, sea el mayor entre los amores temporales”⁽⁸⁾.

Este Bien Común, fin ordenante del Estado, es el punto de partida, según

⁽⁵⁾ Sampay, Artur, *La Crisis del Estado de Derecho liberal burgués*, pág. 41.

⁽⁶⁾ Cfr. Sampay, Arturo, *Introducción a la Teoría del Estado* Ed. Omeba, Bs. As., 1961 págs. 329. 356-357. A su vez, la tesis de Sampay está tomada de la correspondencia entre Sto. Tomás y San Alberto, según los textos siguientes: San Alberto Com. In. Pol. Lib. VIII, Cap. 1 y Sto. Tomás de Aquino, com. In. Pol. Lib. I, Lec. 1.

⁽⁷⁾ Sampay, Arturo, *Introducción a la Teoría del Estado*, págs. 46-47 también *La Crisis del Estado de Derecho liberal burgués*, págs. 48-49.

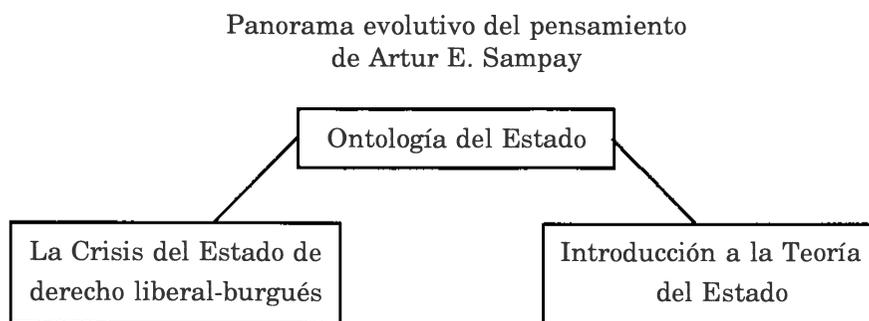
⁽⁸⁾ Sampay, Arturo, *Introducción a la Teoría del Estado*, pág. 419.

Sampay, de los deberes que el hombre asume para su mejor cumplimiento. Puede decirse, de este modo, que la Antropología Filosófica de Sampay debe ser interpretada de frente a la noción compleja de Bien Común y de sus deberes emergentes.

Formulo una referencia tangencial respecto de un último rasgo que caracteriza a Sampay ya no sólo como un filósofo político sino, también, como hombre político, esto es, su nacionalismo y dirigismo económico, como el único medio de liberar al país de su dependencia extranjera y de este modo posibilitar el desarrollo pleno y armónico de sus recursos. Este rasgo de su pensamiento, vinculado con este contexto general, adquiere hoy particular relevancia pues el llamado dirigismo económico —en el que Sampay concuerda con Alfred Eric Calcagno—, con vistas del Bien Común Político y la posesión del patrimonio nacional en su plenitud, vale decir, de las empresas públicas más relevantes puestas en la mira de sus ambiciones por el capital internacional, constituye una dirección prudencial acertada frente al auge creciente del capitalismo que caracteriza al llamado nuevo orden mundial.

III — Tesis filosófica política en torno del pensamiento de Arturo E. Sampay

Para precisar claramente mi tesis me remito, en primer lugar, al gráfico siguiente, donde se vinculan las tres obras fundamentales que permiten visualizar el panorama evolutivo dentro del pensamiento de Sampay.



El texto “La Crisis del estado de Derecho liberal burgués” (1942) es el reflejo fiel de las primeras observaciones empíricas de Sampay. Allí plasmó el jurista su sociología política realista, la que sirvió como punto de partida de una evolución cuyo acabamiento se plasmó en la Introducción a la Teoría del Estado (1951).

La respuesta política ofrecida por el autor argentino en esta primera obra considerada, puede definirse en los términos de un corporativismo en acuerdo con los ejes doctrinales que caracterizan su pensamiento.

En el interior de esta solución política nombrada estaba implícitamente

bosquejada su Ontología del Estado y la gnoseología realista consecuente que a la vez constituye el núcleo temático central del segundo libro de la Introducción a la Teoría del Estado.

Por último, debe decirse que la solución filosófico política alcanzada por Sampay en 1951 sirve como último nivel evolutivo hasta finalmente proyectarse en el concepto de Constitución del Estado que Sampay defendió hasta su muerte.

Si para Sampay sociología política es equivalente a Teoría del Estado, de la gnoseología realista puesta en contacto con esa Teoría depende la recta ordenación de la Constitución Jurídica hacia el Bien Común Político.

Partiendo de esta tesis sistemática con la que sólo he pretendido ofrecer una perspectiva fiel del pensamiento de Sampay, y movido por las líneas directrices que la misma tesis suscita, me fue posible delinear el plan general de lo que espero sea, con el tiempo, mi propia Filosofía Política.

Este programa que ofrezco reconoce, en la base, el resultado de la investigación realizada en torno de Sampay y, como se verá, aparece influida tanto por una concepción tomista de la política como por las vías de análisis que utilicé para exponer el jurista argentino.

Propongo, pues, el esbozo de mi programa. La Filosofía Política comienza a formar sus propios conceptos partiendo de una comprensión del Bien Común Político frente a la persona, entendida como todo sustantivo. Esto implica una manifiesta incompatibilidad respecto de aquellas tesis que sitúan al Estado como todo sustantivo.

La consideración del Bien Común Político, fin natural del Estado, nos remite a un segundo capítulo de la Filosofía Política, a saber, la relación entre Metafísica y Orden Político. Aquí deberán examinarse las consecuencias emergentes del Bien entendido teológicamente, respecto de la Filosofía Política y a su vez de las otras filosofías segundas.

La Filosofía Política así abordada debe ser examinada ahora a fin de obtener el discernimiento de su gnoseología pertinente. Consecuente con las derivaciones del segundo capítulo mencionado, entiendo que debe descartarse la Ideología como saber del error, en opinión de Soaje, para restablecer el papel preponderante del conocimiento histórico al servicio de la Política.

La Filosofía Política es un saber práctico⁽⁹⁾ que recoge las observaciones empíricas hasta sistematizar sus conceptos fundamentales y ponerlos al servicio de la Prudencia, ámbito en el que se plasma su verdadero sentido práctico.

Si bien el tema central de la Filosofía Política es el Estado, éste no es su

⁽⁹⁾ Ver textos de nota ⁽²⁾.

único centro de atención. El Estado es comunidad política, es organización económica y es autoridad política. El Estado es, por último, ente de cultura. El Estado es un todo de orden de naturaleza dinámica, en cuyo interior y en cuya periferia actúan de manera convergente o divergente los grupos infra-políticos y supra-estatales, los partidos políticos y los grupos de presión.

IV — Relectura de la doctrina de Sampay a la luz del texto “El Espíritu de la Reforma Constitucional”

Precisamente observando la influencia de los grupos financieros antes nombrados es que Sampay descubrió el Espíritu de su Reforma Constitucional de 1949, teniendo ante su vista al capitalismo anexo del liberalismo político. Véase una vez más, la actualidad del pensamiento de Sampay.

“¿Puede alguien dejar de ver que el voluntarismo es el veneno del desorden moderno que, mirado desde el ángulo de la ordenación política, se llama liberalismo, y que, visto por el otro lado de la organización económica recibe el nombre de Capitalismo, pues el egoísmo que genera en los distintos sectores sociales provoca las dimisiones que todos ellos hacen de sus deberes frente al Bien Común?”⁽¹⁰⁾.

El texto se subordina al punto de partida del opúsculo central que me propongo explicar. Ello porque el tema que a Sampay preocupó fue el del comportamiento del hombre frente al Bien Común y su grave transformación operada con el advenimiento irrefrenable del capitalismo monopólico.

“Frente al problema contemporáneo del Capitalismo, planteo la siguiente cuestión: ¿Es capitalista el orden económico que proyecta la Constitución reformada de 1949?”⁽¹¹⁾.

Ambos pasajes últimos permiten reconocer el resultado inicial de la observación empírica de la realidad política. Más aún, Sampay busca corregir tal desorden desde el fondo de la ordenación política, vale decir, desde el orden natural como paradigma de la razón práctica⁽¹²⁾.

Por tanto, el Estado es comunidad política perfecta⁽¹³⁾ respecto del hombre y de las comunidades imperfectas en el marco de un todo jerárquico. Allí, precisamente, encuentra la ley su fuerza coactiva⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁰⁾ Sampay, Arturo, Op. cit., pág. 16.

⁽¹¹⁾ Sampay, Arturo, Espíritu de la Reforma Constitucional, Ed. Laboremus, La Plata, 1949, pág. 5.

⁽¹²⁾ Cfr. nota (4).

⁽¹³⁾ Cfr. nota (7).

⁽¹⁴⁾ Obsérvese en este punto, la correspondencia de la tesis de Sampay respecto de los textos del Dr. Universal y del Aquinate.

a) “Dicendum, quod per legem determinatur et ordinatur, quaecumque faciunt ad civilem felicitatem sive essentialiter sive organice. Et ideo convenienter dicit —Ar.— quod legalia sunt

Lo expresado permite inferir que, en el orden emergente a partir del fin del Estado, no existe dualidad alguna entre Estado y Sociedad que pueda vincularse con una cierta libertad económica ejercida por la sociedad en perjuicio del Bien Político⁽¹⁵⁾.

“La verdad, en cambio es que el estado no es otra cosa que la Sociedad políticamente organizada, y que no puede haber sociedad sin organización política —que viene del Bien Común—; con puridad filosófica, diría que la sociedad es la materia, y que la organización política la forma del Estado, por lo que éste no es la Sociedad ni la organización política por sí solas, sino su compuesto, de manera que entre Estado y sociedad no existe ninguna separación real. En la filosofía del Capitalismo, esta antagónica” pareja Estado-Sociedad oculta la ideología que pretende impedir al poder político el cumplimiento de su fin natural como promotor del Bien Común, y dejar a las fuerzas económicas privadas, que se llaman a sí mismas Sociedad, en absoluta libertad de manejo...”⁽¹⁶⁾.

Unos años antes, en 1942, Sampay explicaba qué cosa es el Estado, en lo que considero su primer esbozo del referido concepto. El texto explica los verdaderos términos con que confrontó el jurista argentino, aquí comienza a madurar su obra más relevante.

“El Estado es una estructura en su devenir, que hombres, en una situación social dada, por medio de sus reales actos volitivos, lo hacen suceder como una realidad práctica en la corriente irreversible de la historia. Son hombres reales y libres, personas con un Fin Ultimo que realizar...”⁽¹⁷⁾.

Este fin ‘ultimo, que es analogante del Bien Político, permite reordenar los conceptos Estado y Sociedad, en la perspectiva ontológica pensada por Sampay. Obsérvese que esta visión está vinculada con el progreso evolutivo señalado oportunamente.

El hombre es libre, según Sampay, para realizar el Bien Común del Estado. No es absolutamente bueno ni radicalmente malo, con las soluciones filosófico políticas que conllevan estas tesis antropológicas.

factiva et conservativa felicitatis, scilicet civilis”, San Alberto Com Super Ethica, Ed. Aschm Colonia, 316-42.

b) “Respondeo dicendum quod, sicut supra dictum est, omnium lex ordinatur ad communem hominum salutem, et intantum obtinet et rationem legis; secundum vero quod ad hoc deficit, virtutem obligandi non habet”. Sto. Tomás de Aquino, Suma Teológica, I-II, Q. 96, Art. 6.

⁽¹⁵⁾ En este punto coincide con Sampay el filósofo alemán H. Kuhn en su libro *Der Staat. Eine philosophische Darstellung*, Kosel Verlag, Munich, 1967. En pág. 278 del mencionado texto dice el autor: “Die Gesellschaft ist nicht bloss ein Gegenüber des Staates, sondern sein Patern in einer spannungsvollen Symbiose”.

⁽¹⁶⁾ Sampay, Arturo, *Espíritu de la Reforma Constitucional*, pág. 11.

⁽¹⁷⁾ Sampay, Arturo, *La Crisis del Estado de Derecho liberal burgués*, pág. 48.

“La acabada expresión jurídica de esta concepción —el liberalismo— es la llamada libertad contractual; los hombres, considerados como egoístas, activos y libres, son al mismo tiempo iguales entre sí”⁽¹⁸⁾.

Como consecuencia de ello, aclara Sampay más adelante —dentro del opúsculo que comento—, una derivación desde la antropología ala Filosofía del Derecho que se pone en manifiesta contraposición respecto de la cuádruple distinción del orden formulada por Sto. Tomás de Aquino.

“...el derecho, en consecuencia, ignoraba al hombre real, verbigracia al hombre obrero que está en inferioridad frente al empresario; al patrón que sin escrúpulos ni caridad explota a otro hombre, porque el planteo jurídico liberal partía de un error básico: El hombre era absolutamente bueno, y del libre juego de sus afanes de lucro, que ponía en movimiento y timoneaba una armonía natural preestablecida, una physiocracia, surgiría sin más una sociedad justa”⁽¹⁹⁾.

Compruébese ahora el reflejo de la tesis incluida en “La Crisis del Estado d Derecho liberal burgués” en la perspectiva del Espíritu de la Reforma Constitucional de 1949, esto equivale a decir que las mismas proposiciones estuvieron realmente presentes en Sampay cuando, en ese mismo año de 1949, elaboró su brillante exposición en el proyecto constitucional del que es mentor principalísimo.

“De ahí que el capitalismo moderno —prosigue Sampay— sea un anarquizador del orden social, sea intrínsecamente un desorden, sea la contrafigura de una comunidad socialmente justa; y de ahí, también, que la Constitución Nacional, como anticipa un orden económico corrector de los males del capitalismo, complete el tríptico de su Preámbulo con este enunciado: construir una nación socialmente justa yarquitectar un complejo de normas de comportamiento que contornean, para el porvenir, una honda transformación de la vida social argentina”⁽²⁰⁾.

Sampay entiende que con la consecuente organización económica del liberalismo adviene un desorden que, a su vez, parte de una visión reductiva de la realidad. Precisamente con el desorden promovido por el capitalismo confrontó exitosamente el jurista argentino hasta descubrir las más hondas raíces del liberalismo, en cuanto doctrina opuesta a la Doctrina Social de la Iglesia. En estos términos se juega, para Sampay, la suerte entera del Estado Moderno de Occidente y, dirías hoy, la suerte del Estado frente al proceso de integración que culminará con el nuevo orden mundial capitalista.

⁽¹⁸⁾ Ibidem, pág. 11. El texto del autor argentino bien se proyecta hoy sobre la tesis de John Rawls acerca de la Justicia como Imparcialidad, pues allí el Prof. de Harvard reviste de esos atributos al honor en la por él llamada “posición original”.

⁽¹⁹⁾ Sampay, Arturo., Op. Cit., pág. 11.

⁽²⁰⁾ Ibidem, págs. 13-14.

Por aplicación de la doctrina del texto a que remite la nota ⁽²⁾ se comprende el vínculo que Sampay estableció entre Constitución y Orden Político. Si se piensa en la relación básica que Sampay toma, según se probó más arriba, de Donoso Cortés, podrá pues alcanzarse una nueva lectura de la que he llamado en otra parte la ley de correspondencia cosmovisional⁽²¹⁾.

Si bien la solución que Sampay ofrece para el problema detectado en el marco del Estado Moderno, puesto como blanco de sus reflexiones, parte del restablecimiento de las causas final y formal del todo estatal, debe decirse nuevamente, que esa solución reconoce su apoyatura también en una concepción antropológica filosófica en armonía con la metafísica que Sampay ubica como rasgo distintivo de su pensamiento.

“El hombre —afirma Sampay— que como resultado del dislocamiento original del género humano está tironeado por el mal aunque sin dejar de ser solicitado por el bien porque ese empecatamiento no borró del todo la imagen de Dios impresa en su naturaleza racional, y dejó íntegra su inteligencia para captar la verdad y libre su voluntad para perseguir el bien, es perfectible por la infusión de la nueva vida de la Gracia Santificante y por la realización del paradigma de las virtudes cristianas”⁽²²⁾.

V — El sentido de la relación entre Teoría del Estado o Sociología Política y Constitución Jurídica. Algunas observaciones en torno de los conceptos de Teoría del Estado y Ciencias Políticas

En este punto abordaré una proyección de la última parte de mi tesis propuesta más arriba: La solución filosófico política alcanzada por Sampay en 1951 sirve como último nivel evolutivo hasta finalmente proyectarse en el concepto de Constitución del Estado.

Si para Sampay —decía más arriba— la Sociología Política es Teoría del Estado, de la recta gnoseología realista puesta en conexión con esa Teoría, depende la recta ordenación de la Constitución Jurídica hacia el Bien Común Político. De ahí, pues, el sentido doctrinal que encierra el título “Teoría del Estado y Constitución Jurídica”.

Sentada la primacía del contemplar, intentaré explicar, desde Sampay, el sentido de esta parte de mi tesis. Para ello abandono la relectura del opúsculo citado más arriba y dirijo la atención en torno del libro segundo de la “Introducción a la Teoría del Estado” a fin de conceptualizar la Teoría del Estado, la Ciencia Política y descubrir su relación, por vía de la Prudencia Política, con la Constitución Jurídica del Estado. En relación de esos tres conceptos está la clave hermenéutica de la proposición presentada.

⁽²¹⁾ Me refiero a la influencia sobre Sampay, de Donoso Cortés.

⁽²²⁾ Sampay, Arturo, Op. Cit., págs. 17-18.

“La Teoría se utiliza por oposición al conocimiento vulgar, o sea, como conocimiento metódico, sistemáticamente ordenado del Estado”⁽²³⁾.

Ahora bien, debido a que el autor argentino descubrió en la captación reductiva de lo real, el germen del voluntarismo, resulta enteramente indispensable, como preámbulo de los conceptos que aquí interesa definir, una previa “Introducción” a la “Teoría del Estado”. Para Sampay el término Introducción alude a:

1. Supone la determinación de una gnoseología ajustada al objeto Estado.
2. A partir de allí, significa la delimitación del objeto de la Teoría del Estado.
3. Que finalmente, permite discernir una dirección epistemológica ulterior⁽²⁴⁾.

Según lo expuesto, el Estado real, objeto de la Teoría del Estado, resulta complementario de una gnoseología realista cuya estructura íntima paso aquí por alto. Dado que el Estado es una estructura teleológica de carácter dinámico, los límites que corresponden al objeto de la Teoría del Estado son los que se leen en el Texto siguiente:

“...consideramos objeto de la teoría del Estado la realidad estatal concreta histórica que nos comprende y que, por lo mismo, es singular y única en el fluir irreversible de la historia”⁽²⁵⁾.

La Teoría del Estado real no es un conocimiento vulgar sino que parte desde un primer esbozo de Estado —que Sampay ya tuvo presente en su escrito de 1942— hasta ofrecer una completa sistematización desde la que la Ciencia Política elabora sus conceptos y valora su sentido.

“La Teoría del Estado es un conocimiento sistemático en el que está provisionalmente suspensa la valoración de la entera realidad política concreta y actual a la que se halla existencialmente adscripto el investigador y cuya función propia es ofrecer el conocimiento ejercido de esa realidad política para que, en un momento ulterior, se la valore mediante los principios normativos de la Ciencia Política y, en consecuencia, obren en el Estado los componentes de esa colectividad humana”⁽²⁶⁾.

Veamos todavía con mayor precisión el objeto de este conocimiento sistemático avalorativo.

“La Teoría del Estado tiene por materia de conocimiento la realidad

⁽²³⁾ Sampay, Arturo, Introducción a la Teoría del Estado, pág. 369.

⁽²⁴⁾ Ibidem pág. 8.

⁽²⁵⁾ Ibidem pág. 370.

⁽²⁶⁾ Ibidem pág. 372.

estatal a la que pertenecemos, el Estado tal como existe, en cuanto unidad concreta y dinámica que se da en nuestro tiempo y espacio históricos; o sea, el investigador se propone conocer el Estado concreto histórico que le es coexistente, en su estructura y función actual, que es el enlace entre el repliegue de un desarrollo histórico consumado y la línea ortal de una realidad política que se despliega hacia el futuro”⁽²⁷⁾.

Por exigencias de esta realidad a que se dirige la Teoría del Estado, se comprueban los condicionantes de una Filosofía Política previa como la que Sampay elaboró al final de su texto “La Crisis del Estado de Derecho liberal burgués”. En efecto, dado que para el jurista el Estado es una realidad jerárquica, la Teoría del Estado rechaza ahora aquella dualidad entre Estado y Sociedad atribuida al liberalismo.

“...la materia de estudio de la Teoría del Estado o Sociología Política es el Estado, como autoorganización política de toda la sociedad, incluidas las sociedades imperfectas, aunque naturales, que la componen y los sectores sociales contrapuestos que luchan dentro de ella por la posesión del gobierno, así como sus relaciones, en materia religiosa y política, con otras comunidades perfectas, como lo son, respectivamente, la Iglesia y la comunidad Internacional de los demás Estados”⁽²⁸⁾.

Partiendo del texto a que remite la nota ⁽²⁶⁾ y observando su correspondencia con el transcripto a continuación, se podrá visualizar la dirección epistemológica que, como último elemento explica el concepto de “Introducción” a la Teoría del Estado.

“Inmediatamente después del conocimiento empírico de la realidad concreta estatal, y apoyándose en él, viene por el primer grado de abstracción, o sea por la remoción de la materia singular para aprehender los aspectos genéricos o específicos de las esencias abstractas, la definición del Estado por sus causas constitutivas, llegándose así a un conocimiento universal, pero lógico, del ente político perfecto”⁽²⁹⁾.

Esta es la tarea de la Ciencia Política que, para Sampay equivale dentro de un contexto tradicional, a Filosofía Política.

“Ahora bien: de esta Filosofía Política que nos revela la causa final del Estado en el bien de la comunidad, extraemos el principio fundamental de la política normativa: Hay que hacer el bien y evitar el mal de la comunidad política”⁽³⁰⁾.

A partir de aquí comienza la tarea valorativa y práctica de la política.

⁽²⁷⁾ Ibidem pág. 373.

⁽²⁸⁾ Ibidem pág. 375.

⁽²⁹⁾ Ibidem pág. 390.

⁽³⁰⁾ Ibidem pág. 391.

Valorala realidad política sistematizada por la Teoría del Estado o Sociología Política partiendo, para ello, del primer principio de la razón práctica enunciado y se convierte luego en práctica por su conexión con la Prudencia Política.

“Ahora bien, siendo la Teoría del Estado una de las partes cognoscitivas de la Prudencia Política, y siendo la Prudencia Política arquitectónica la aplicación concreta de la Ciencia Política que, como ciencia formalmente práctica, tiene una disposición intrínseca a realizarse en la existencia mediante esa aplicación, la Teoría del Estado o Sociología Política es solamente un conocimiento auxiliar de la Ciencia Política. La Teoría del Estado, por tanto, al igual que las otras partes cognoscitivas de la Prudencia Política Arquitectónica y que las principales artes operativas, un conocimiento ministerial de la Ciencia Política, la cual es, en suma, la ciencia regia, el saber privativo de quien, efectivamente, dirige la comunidad...”⁽³¹⁾.

Luego, habiéndose distinguido más arriba (Ver nota 2) los dos niveles que corresponden a esta “decisión”, corresponde decir que la “decisión jurídica” que posibilita la concreción de la llamada dogmática constitucional, es el fin de un concilio previo que, sirviéndose tanto de la base empírica sistematizada por la Teoría, como de las valoraciones formuladas por la Ciencia Política, capta la adecuación o inadecuación de la realidad —Constitución Real— con sus imperativos teleológicos naturales, a fin de comprobar si la Constitución Jurídica responde o no a las exigencias del fin del Estado. Por esta razón sostengo, ya en el final de mi exposición, que de la gnoseología que se asuma en el punto de partida para captar al Estado, dependerá que su Constitución Jurídica quede o no animada por el núcleo axio-normativo que pensó Sampay. Adquiere pues particular relevancia la formación de un hábito cognoscitivo realista ya desde la pedagogía que el Estado propugne en sus escuelas en todos los niveles; véase sino la relevancia que en los programas actuales de educación se asignan a la pedagogía crítico-constructiva en sentido piagetiano, de raíz kantiana. Ello porque se promueve un nuevo mundo y dentro del mismo, un nuevo Estado animado por un núcleo axiológico de sentido radicalmente opuesto al que aquí hemos descripto.

⁽³¹⁾ Ibidem pág. 509.

Notas Bibliográficas

ARNAUDO, Florencio José. *Principales tesis liberales*. — Bs. As., Pleamar, 1994, 168 págs.

El autor —docente de Doctrina Social de la Iglesia y de Pensamiento político, económico y social contemporáneo en la Universidad Católica Argentina y autor de varias obras— ha publicado hace varios años ya *Principales tesis marxistas* (Bs. As., Pleamar, 1964 (un libro que fue básico —por su estilo, contenido y seriedad— para toda una generación de católicos interesados en un mejor conocimiento del marxismo. La particularidad del libro consistía en agrupar temática y ordenadamente las que el autor denominaba tesis básicas del marxismo (ubicaba 70), extraídas de las propias fuentes comunistas y distribuidas en capítulos dedicados sucesivamente a los aspectos de su filosofía, sociología, economía y política. De este modo el estudioso interesado tenía un acceso serio pero sencillo a material de primera mano, para un adecuado conocimiento de esas ideas.

Dicha obra, que tuvo varias reediciones y fue de consulta obligada —entre quienes me incluyo— de más de una generación, sirvió al autor de modelo para la difícil —y nuevamente “contra-corriente”— decisión de preparar y publicar un trabajo similar referido al que auguramos una mayor difusión.

En este caso Arnaudo —con su impronta de ingeniero— encontró 68 tesis, que dividió nuevamente en varios aspectos: religiosos, filosóficos, sociales, económicos y políticos.

En la conclusión el autor menciona las 68 tesis que, dado su interés e importancia, estimo merecen ser transcritas aunque sea de corrido. Ellas son según sus propias subdivisiones:

Aspectos religiosos: “Existe un dios, autor de la naturaleza y de sus leyes, cuyos atributos no pueden conocerse. El destino de los hombres depende enteramente de las leyes de la naturaleza y del uso de su propia libertad. Es posible que Dios remunere a los hombres después de la muerte. No deben aceptarse las religiones que se dicen reveladas porque imponen dogmas y ritos no tradicionales. Los creyentes deben seguir una religión natural, de índole moral, dictada por su propia razón. La religión es beneficiosa para la convivencia social. Nadie debe ser perseguido ni agraviado por sus convicciones religiosas pero se debe ser intolerante con los intolerantes”.

Aspectos filosóficos: “Debe haber amplia libertad de cultos. Existe en la naturaleza un sabio orden que debe ser captado, respetado e imitado. Sólo debe aceptarse como verdadero aquello que pueda demostrarse por la razón.

Los milagros, los dogmas religiosos y los sacramentos de la Iglesia deben rechazarse por irracionales. La ciencia va a poder descubrir, gradualmente, todos los misterios de la naturaleza. El avance científico va a destruir los mitos de las religiones reveladas. Es discutible que el ser humano posea un alma espiritual e inmortal. el hombre ha sido creado por el Ser Supremo, autor del Universo y de todas sus criaturas. el hombre es un ser bueno por naturaleza y por ello se le puede conceder la máxima libertad posible. son las restricciones que los gobernantes o la propia sociedad imponen, las que pervierten al ser humano. No se debe seguir una moral presuntamente revelada. La moral debe ser autónoma y guiarse por la razón. La regla práctica para juzgar la bondad del acto moral es poder desear su universalización. El ser humano es ilimitadamente perfectible. La civilización se orienta hacia un progreso indefinido”.

Aspectos sociales: “La familia es una institución natural pero el matrimonio que la origina es sólo un contrato civil. El divorcio por acuerdo de partes es legítimo. El hombre es el jefe absoluto de la familia. La fidelidad femenina es una exigencia social. La procreación debe ser seguida racionalmente en función del bienestar familiar. La familia debe subordinarse al interés de la sociedad civil. La sociedad humana se origina a través de un pacto al que los hombres se ven impulsados para contar con el auxilio de los demás. El objetivo de este pacto reside esencialmente en la búsqueda de la defensa de los derechos fundamentales. El mayor riesgo de este pacto es que el hombre sufra de excesiva restricción de su libertad. La sociedad debe integrarse por la interacción de individuos autárquicos, que se vinculan entre sí llevados por su propio interés. Debe recelarse de las sociedades menores porque suelen actuar en contra del bien común y obstaculizan la libre competencia individual. No debe haber privilegios de nacimiento. La fuente del derecho es la razón que descubre el orden natural. El derecho es dictado por la voluntad general. La ley tiene por finalidad el resguardo de los derechos individuales. La ley positiva obliga por igual a todos los miembros de la sociedad. El objetivo de la educación es crear hábitos que respeten la personalidad del educando y lo adapten a las reglas de convivencia social. El Estado debe contribuir a la cultura popular impartiendo enseñanza doctrinariamente neutra”.

Aspectos económicos: “La economía responde a leyes naturales. No puede regirse por criterios morales ni políticos. El gran motor de la actividad económica es el interés personal por el lucro. El sistema a aplicar es la economía de mercado basada en la división de trabajo, la libre competencia y la libre contratación. El bienestar general surgirá espontáneamente de la búsqueda del interés individual. La intervención del Estado, tanto para planificar la economía como para redistribuir la riqueza es ineficaz y contraproducente. La desigualdad social es necesaria para el progreso económico. El trabajo produce siempre efectos beneficiosos en el trabajador. El precio del trabajo humano debe quedar determinado por la ley de la oferta y

la demanda. La huelga es una medida de fuerza abusiva y dañosa que debe ser sancionada penalmente. La empresa es una organización indispensable para acelerar la producción de bienes. El objetivo del empresario es el máximo beneficio. No existen criterios morales que permitan enjuiciar la excesiva magnitud del beneficio. Dentro de la empresa el capital tiene jerarquía sobre el trabajo. El Estado debe compartir el monopolio y defender la libre empresa. Salvo circunstancias de excepción no debe actuar como empresario. La propiedad privada (de los medios de producción) se origina por la ocupación y el trabajo, pero se legaliza y consolida por el pacto social. La propiedad privada es una condición necesaria para lograr su eficiencia. La propiedad privada es un derecho absoluto, que al ser ejercido cumple espontáneamente su función social. El Estado debe respetar la propiedad privada y protegerla contra terceros”.

Aspectos políticos: “La autoridad política surge como consecuencia de un pacto social. El Estado tiene por objeto asumir la defensa de los derechos de los miembros de la sociedad. El sujeto de la autoridad política son los representantes del pueblo, que es el soberano y a quien aquellos deben rendir cuentas, porque sólo actúan como autoridad delegada. Los gobernantes deben ajustarse a las leyes dictadas por la voluntad general. Para prevenir abuso de autoridad el poder público debe dividirse. El Estado debe actuar separadamente de la Iglesia y con prescindencia de su criterio. Nadie puede ser obligado a hacer lo que no quiere ni privado de hacer lo que quiere, dentro de la ley. Los límites que la ley imponga a la libertad deben ser determinados por el pueblo. Cada uno es dueño de construir su propio plan de vida. Todos los hombres nacen con iguales derechos y todos los hombres son iguales ante la ley”.

La sola lectura de estas tesis nos aporta una idea acabada de la seriedad y profundidad de este libro que debiera ser de consulta obligada para todos los interesados en el tema del liberalismo, como también para clarificar ideas con referencia a una ideología que está de moda y cuyas raíces generalmente ignoramos, pues yacen soterradas, bajo centenares de hojas de diversas publicaciones destinadas a alabarlos sin distinciones.

Pero la importancia del trabajo que reseñamos no se limita a las tesis —cuya cantidad y orden pueden ser discutidas— ni al ordenamiento del texto, sino que, en primer lugar, rescata las características del liberalismo como cosmovisión profunda, que va mucho más allá de una doctrina o de una práctica económica o política y, fundamentalmente, proporciona de manera esmerada y ordenada, las fuentes de autores liberales que fundamentan categóricamente cada una de sus apreciaciones o tesis. En este aspecto es una herramienta de trabajo invaluable, que no debiera estar ausente en ninguna biblioteca vinculada a estos temas.

FLORENCIO HUBEÑÁK

PAJARDI, Piero, *Il processo di Gesù*. — Milano, Giuffré, 1994, 143 págs.

Piero Pajardi, el autor del estudio que analizamos, fue un importante jurista milanés que llegó a ocupar funciones tan relevantes como Presidente de la Corte de Apelaciones y luego Presidente de la Suprema Corte de Casación, a la vez que enseñaba derecho en la Universidad del Sacro Cuore de Milán, completando su labor docente con la investigación, área en la que — hasta su muerte ocurrida recientemente— publicó una docena de libros y más de cincuenta trabajos menores que abarcan un amplio espectro de temas jurídicos, filosóficos, literarios y religiosos. Tales, por ejemplo, *La utopía de Moro*, el lamento de justicia en Erasmo o *El “proceso” de Kafka*, pero su obra más conocida fue indiscutiblemente *Un jurista lee la Biblia* (Padova, CEDAM, 1990). El tema que hoy nos ocupa, resultado de años de lecturas y apuntes, es una obra póstuma, en la que, a los múltiples datos histórico-jurídicos reunidos durante varios años, agrega sus reflexiones personales.

Como señaláramos en otra ocasión la temática que le ocupa últimamente ha sido objeto de una serie de estudios y publicaciones —cuyo número se aprecia claramente en la bibliografía que completa la obra (cfr. además pág. 34 ss.)— y de la que hemos tenido acceso recientemente a los trabajos de Imbert (*Il processo di Gesù*. Morcelliana, 1984) y de Légasse (*Le procès de Jésus*, Cerf., 1994). Una de las razones más significativas del renacimiento de este tema consiste en el interés de gran parte de los estudiosos en justificar el papel que le cupo al “pueblo judío” en el proceso contra Jesús de Nazareth, eliminando la acusación de “deicidas”, tantas veces repetida. A ello apunta — más allá de las argumentaciones— la mayor parte de la reciente bibliografía. Sobre el particular, ya en el prólogo, el autor anticipa su equilibrada opinión: “no existe una cuestión romana o una cuestión hebrea o una cuestión cristiana, y menos existe un problema de responsabilidad de un mundo o del otro” (p. XXX).

En ese aspecto es importante la obra de Pajardi, por tratarse de un hombre proveniente del campo de la administración de justicia y con un gran conocimiento del derecho procesal, conocimientos que aplica cuidadosamente en este ensayo, destacando inclusive la importancia de la experiencia y la sensibilidad del jurista para este tema.

El libro está estructurado de acuerdo al orden de los Evangelios, cuya credibilidad como testimonio histórico acepta de entrada el autor, aunque señala claramente que no es su intención una reconstrucción histórica del proceso.

Pajardi parte de un presupuesto que muchos autores olvida, y es que — más allá del procesado— se trata de un proceso de un hombre, hecho por hombres para hombres. Y así debe ser estudiado como proceso.

En primer lugar estudia las relaciones entre Israel y Roma en momentos

del Juicio, rescatando como característica fundamental que Israel era un “estado teocrático”, con sus propios derechos respetados por Roma y que en el aspecto jurídico procesal —y esta es la tesis que defiende el autor— se limitaba a un control de autorización de la legitimidad (exequatur) sobre las condenas a muerte (*ius gladii*). No debemos olvidar que, en este aspecto, Roma garantizaba a la Judea su libertad religiosa, consecuentemente debía garantizar también la autonomía de su ordenamiento teocrático.

Pero más allá de tratarse de un “estado teocrático” al tolerante Imperio Romano poco le interesaba la religión practicada, sino únicamente el respeto y la obediencia a Roma a través del culto imperial, como bien se aprecia en la tragedia de las persecuciones a los cristianos. Pero en lo concreto esto se expresaba en evitar desórdenes, conjuras, guerras civiles o cualquier alteración al orden público, tan respetado por los romanos.

En cuanto al juicio de Jesús, Pajardi afirma que hoy no pueden quedar dudas de que se trató de un proceso real, que cubrió todas las formalidades exigidas por la ley judía en los planos del derecho penal, procesal e internacional de la época, y para ello —agrega— las fuentes son más que suficientes. En este aspecto rescata un reciente artículo de Miglietta (*Riflessioni in torno al processo a Gesù*. Milano, Ius, 1994) que ha expurgado las fuentes extra-bíblicas, llegando a similares conclusiones.

En contra de la tesis generalizada que el juicio ante el Sanedrín no tuvo valor formal alguno y el reconocimiento de ser Rey de los Judíos sólo fue el argumento usado para acusarlo de poner en duda la autoridad de Roma y mandarlo a morir. Más aún, el autor no duda en sostener que —más allá del profundo respeto y admiración que siente por el pueblo judío (p. 31)— “el pueblo de Judea estaba legítimamente representado y sus representantes procedieron legítimamente a procesar y a condenar a Jesús, exigiendo después el cumplimiento de la condena” (p. 32).

A modo de aclaración sobre el controvertido tema añado que obviamente nadie es responsable de los supuestos errores de los gobernantes del pueblo al que pertenece, menos tratándose de gobernantes de hace dos mil años. Para ello ejemplifica que él se siente heredero histórico, étnico y espiritual de los que mataron a San Pedro y a San Pablo, pero no hace de ello un drama personal (p. 37). Pero las presuntas culpas históricas no se solucionan “presentando un clima histórico del proceso contrario a la realidad ni confirmando a los responsables del Sanedrín a una pequeña conjura oligárquica de diabólicos personajes ajenos al pueblo judío... Esto no es verdad ni histórica, ni ética ni políticamente” (p. 38).

Para él es indiscutible que los integrantes del Sanedrín llevaron a Pilatos una sentencia de muerte por “blasfemia” obtenida en un tribunal civil y pretendieron que el Procurador observase los tratados internacionales (las *fides*) que reconocían la total autonomía jurisdiccional del Gran Sanedrín aun

para delitos religiosos. El representante romano se limitó a reconocer la legitimidad de los términos de la sentencia de condena a muerte por blasfemia.

Después de estas consideraciones preliminares el autor estudia por separado el “proceso religioso” y el “proceso civil” —los que distingue— para referirse finalmente a la crucifixión.

Con referencia al primero no duda que el arresto de Jesús fue llevado a cabo por la guardia judía del Templo —y no por soldados romanos—, ya que éstos se negaron a ingresar al Pretorio de Pilatos para “no contaminarse” en vísperas del sábado. Para nuestro autor, el verdadero interrogatorio fue iniciado ante Anás —el prestigioso Sumo Sacerdote, suegro y antecesor de Caifás— y éste e remitió ante el Sanedrín.

Coincide que todo proceso que se precie de tal requiere testigos y éste fue el camino seguido, pero con poco éxito: también requiere el derecho a la defensa, aunque no necesariamente un defensor y este papel fue asumido por el propio Jesús. Por ello —dice el autor— “no es ninguna maravilla que el Sanderín haya acusado y juzgado, y ninguna maravilla que Jesús, el cual evidentemente no lo pidió, no haya tenido un defensor profesional” (p. 62). Ello no convalida la legitimidad del proceso.

Pajardi no duda que la elite teocrática dirigente, una vez tomada la decisión de apresar a Jesús —provocador de disturbios y alteraciones del precario equilibrio político-religioso— e iniciarle proceso, no tenía otro camino que condenarlo. Ante la dificultad en encontrar testigos indiscutibles y la necesidad de acelerar el proceso en vísperas de la Pascua, el hábil Caifás recurrió a la incitación a la blasfemia (“¿Eres tú el Hijo de Dios?”). Según el autor éste fue el momento clave del proceso, el “acto procesal”, el *consummatum est*.

Asimismo, acepta que se discute mucho sobre las características jurídicas del “delito de blasfemia” pero no le caben dudas de que ninguno que no fuera Dios o estuviera loco, habría podido comportarse como Jesús. Bien observa el autor que “la historia no conoce otro caso. Conoce innumerables casos de hombres que, racionales o locos, dijeron ser enviados de Dios. Pero ninguno dijo “Yo soy Dios” (p. 69)... Sólo un loco o verdaderamente Dios.

Pajardi concluye este capítulo reafirmando que “pocos estudiosos dudan de la competencia y del poder del Sanedrín y también de la legitimidad sustancial de la condena” (p. 74)... concluyendo “Jesús tuvo un proceso regular: una imputación precisa, una instrucción suficiente, una posibilidad de defensa, una condena, una deliberación según un reglamento de competencia, una ejecución” (p. 77).

En cuanto al proceso civil —ante Pilatos— no le quedan dudas que los líderes judíos no tenían otro camino que convencer al Procurador ya que

perderían toda credibilidad ante su pueblo y podrían generar alteraciones de los seguidores del Nazareno. Pero Pilatos era —según Pajardi— un hombre práctico romano, un positivista dedicado al arte de gobernar, al cual la teología y la fe le interesaban poco. Acostumbrado a juzgar a los hombres no creyó que ese hombre fuera un peligroso subversivo capaz de alterar las relaciones entre Roma e Israel, como se lo presentaban. El autor sostiene que “este argumento es determinante y será comprobado por los hechos sucesivos” (p. 86).

Pero los judíos sólo necesitaban el exequatur de Pilatos, quien, en cambio, sólo parece interesado en tratar de ganar tiempo. Para el autor las complejidades que implicó el envío al Herodes, su regreso a Pilatos, la opción de Barrabás y la flagelación son sólo pasos dados de un escéptico funcionario embebido en los principios del derecho romano como Pilatos para “ganar tiempo” y salvar al condenado. Esa intención —y la habilidad política de mejorar sus relaciones con Herodes— justifican su envío al tetrarca de Galilea. Entonces el tolerante Pilatos —según el autor— “dando una profunda lección de justicia, virtud y arte en el que los romanos [y Pilatos como tal] sobresalían, concluye que Jesús no ha cometido nada que lo haga merecedor de una pena “penal” y en particular de la condena a muerte” (p. 95). Según el autor “en este momento, Pilatos, muestra a la historia la inocencia de Jesús” (p. 96) y nosotros agregaríamos logra que su nombre quede perpetuado en la historia, en el Credo.

Pajardi rescata la importancia simbólica del lavado de manos del procurador “porque todo el sentido del proceso civil se resume en este momento y se lee a través de esta clave.” (p. 101). Aquí se encuentra el significativo aporte del autor a estos estudios: Pilatos, impedido de evitar la condena religiosa, se limitó a otorgar al exequatur pedido, reconoce la legitimidad del juicio según las leyes de Israel —aunque parece no compartir el fallo— y autoriza el cumplimiento de la condena. Con estos argumentos “nadie puede culpar a Roma de crucificar a Jesús” (p. 105). En síntesis —y esta es la esencia de la tesis del autor— Pilatos no posee un “derecho de veto” sino sólo un “poder de control de la legitimidad”.

El siguiente tema que le ocupa es la controvertida cuestión sobre la célebre expresión de los jefes del Sanedrín para forzar a Pilatos y tratar de eximirlo de toda responsabilidad en la condena (“que su sangre caiga sobre nosotros”) que diera lugar a tantas consecuencias históricas.

“Desde el punto de vista procesal ésto es puntualmente cierto... La responsabilidad de la decisión, legítima en su forma y en su sustancia, no podía ser de otro que del Gran Sanedrín” (p. 107). Sin perjuicio de ello, y como dijéramos anteriormente, desde la posición jurídica del Sanedrín no había alternativa: habría un nuevo mártir y blasfemo. No quedaba otro camino: ¡Sea crucificado!

El último acto de Pilatos —acto procesal— fue el de haber ordenado escribir en la tablilla “Jesús Rey de los Judíos” como título de la condena.

En cuanto a su reivindicación de Pilatos, el autor no duda de que “Pilatos se presenta ante nuestros ojos como un jurista fuerte y refinado, a la manera romántica, como un político excepcionalmente dotado, como un gestor situacional de gran sabiduría” (p. 127).

Pajardi concluye que —de todas maneras— corresponde hacer notar que —en su opinión— la única manera de cambiarlo todo y salvar a Jesús, hubiera sido un acontecimiento ajeno al proceso en sí: la aceptación por Israel de Jesús como Hombre-Dios, esto es un acto de fe.

La obra concluye con un capítulo breve dedicado a la crucifixión, en el cual el autor reconoce que la última pena se aplicó al modo romano y éstos adoptaron los recaudos para evitar una posible reacción de la multitud presente. El procurador, por el *ius gladii* no sólo debía legitimarla condena, sino, asimismo, garantizar que la ejecución se cumpliera de manera regular. La presencia de los soldados romanos era una garantía para asegurar el orden público frente a los secuaces de Jesús. Pero, de ninguna manera, implica que hayan sido los encargados de ejecutar la pena (Cfr. p. 139).

A manera de conclusión, se trata de una obra de consulta obligada para historiadores que deseen conocer un enfoque jurídico en este controvertido tema, pero —más allá—, el autor —un destacado jurista católico— agrega al análisis procesal y sin por ello negar la seriedad científica, su reflexión de cristiano impresionado ante “la acción divina en la historia”, concluyendo que, en última instancia, el misterio del proceso está precisamente en su legitimidad.

FLORENCIO HUBEÑAK

Impreso en Gama - Estación Gráfica
San José 335 - (1076) Cap. Fed. - Tel./Fax: 384-7676 (Lin. Rot.) 383-5500
Internet e-Mail: Gama-arg @ starnet.net.ar - Bs. As. - Argentina
Marzo 1996