

PRUDENTIA IURIS N° 81

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



Junio 2016

Buenos Aires, Argentina.

ISSN: 0326-2774 (impresa)

ISSN: 2524-9525 (en línea)

AUTORIDADES

**Pontificia Universidad Católica Argentina
“Santa María de los Buenos Aires”**

Rector

Mons. Víctor M. Fernández

Vicerrector de Asuntos Académicos e Institucionales

Dr. Gabriel Limodio

Vicerrectora de Investigación e Innovación Académica

Dra. María Clara Zamora de Najún

Administrador General

Dr. Horacio Rodríguez Penelas

FACULTAD DE DERECHO

Dr. Daniel A. Herrera

Decano

Dr. Néstor Raymundo

Secretario Académico

Dr. Fernando Ubiría

Prosecretario Académico

Dr. Nicolás Lafferriere

Director de Investigación Jurídica Aplicada

Dr. Gustavo Costa Aguilar

Director de Posgrado

Director de la Revista

Jorge Nicolás Lafferriere

Secretaria de Redacción

Débora Ranieri de Cechini

Comité Editorial

Gabriel Limodio (UCA)
Daniel Herrera (UCA)
Francesco D'Agostino (Univ. de Tor Vergata de Roma)
Carlos I. Massini Correas (Univ. Mendoza)
Raúl Madrid (Pontificia U. Cat. de Chile)
Joaquín García Huidobro (Universidad de Los Andes)
Rafael Santa María D'Angelo (Universidad Católica San Pablo)
Andrés Ollero (Universidad Rey Juan Carlos)

Consejo Académico

Eduardo Quintana (UCA)
Rodolfo Vigo (UCA)
Eduardo Ventura (UCA)
Félix Adolfo Lamas (UCA)
Florencio Hubeňak (UCA)
Jorge Guillermo Portela (UCA)
Marcelo U. Salerno (UCA)
Carlos Mahiques (UCA)
Pedro Coviello (UCA)
Eugenio Palazzo (UCA)
Laura Corso de Estrada (UCA)
Fernando Ubiría (UCA)
Carlos Alberto Gabriel Maino (UCA)
Úrsula Cristina Basset (UCA)
Luis Fernando Barzotto (Universidad Federal de Porto Alegre)
Wambert Gomes Di Lorenzo (Pontificia Universidad Católica de Porto Alegre)
Claudio Sartea (LUMSA)
José Chávez Fernández (Universidad Católica San Pablo)
Gabriella Gambino (Tor Vergata)
Fernando Toller (Universidad Austral)
Alfonso Santiago (Universidad Austral)
Renato Rabbi Baldi Cabanillas (Universidad de Buenos Aires)
Héctor Iribarne (Universidad de Buenos Aires)
Juan Cianciardo (Universidad Austral)
Ligia de Jesús (Ave María Law School)
Iván Garzón Vallejo (Universidad de La Sabana)
Ángela Vivanco (Universidad de Santo Tomás de Aquino – Chile)
Catalina E. Arias de Ronchietto (Universidad de Mendoza)

PRUDENTIA IURIS

Prudentia Iuris es una publicación semestral de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” que tiene por objeto la elaboración de un pensamiento jurídico coherente con los principios fundamentales de la Justicia y el orden natural, iluminados por la Fe (*Prudentia Iuris*, Nro. 1, agosto 1980, pág. 3).

Su cobertura temática comprende: Filosofía del Derecho (Derecho Natural, Teoría del Derecho, Principios e Instituciones Jurídicas); Derecho Público (Constitucional, Administrativo, Penal, Laboral y Previsión Social, Tributario, Político, Internacional); Derecho Privado (Civil y Comercial); Historia del Derecho; Derecho Canónico y Eclesiástico; Derecho Comparado.

Entre nuestros destinatarios se encuentran profesores, investigadores, legisladores, jueces, abogados y estudiantes de las Ciencias Jurídicas como así también bibliotecas de Universidades, Centros de Investigación y otros organismos. La publicación mantiene intercambio con aproximadamente 350 publicaciones tanto nacionales como extranjeras.

En las últimas páginas del ejemplar se incluyen las Normas de Publicación para los autores junto con el sistema de evaluación empleado para la selección de las colaboraciones por publicar. Los autores de los artículos publicados además cederán sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que incorpore la versión digital de los mismos al Repositorio Institucional de la Universidad Católica Argentina como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica.

Prudentia Iuris se encuentra incluida en la base de datos EBSCO, Catálogo Latindex, Dialnet, y REBIUN. Todos los contenidos también pueden ser encontrados en la Biblioteca Digital de la Universidad.

Datos de contacto para suscripciones, canjes, envíos de trabajos y correspondencia:

Revista *Prudentia Iuris*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina, Avda. Alicia Moreau de Justo 1400, CP 1107, Buenos Aires, Argentina, prudentia_iuris@uca.edu.ar; www.uca.edu.ar/derecho.

ISSN: 0326-2774 (impresa)

ISSN: 2524-9525 (en línea)

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Prudentia Iuris is a biannual Journal of the Faculty of Law of the Pontifical Catholic University of Argentina “Santa Maria de los Buenos Aires” which aims at developing a legal thinking coherent with the fundamental principles of justice and natural order, illuminated by Faith (*Prudentia Iuris*, no. 1 August 1980, p. 3).

The Journal covers the following issues: Philosophy of Law (Natural Law, Legal Theory, Principles and Juridical Institutions); Public Law (Constitutional, Administrative, Labor, Social Security), Private Law (Civil and Commercial Law); History of Law; Canon Law; Comparative Law.

Among its recipients are Professors, Researchers, Legislators, Judges, Lawyers and Students of Legal Science as well as Libraries of Universities, Research Centers and other Agencies. The publication maintains exchange with approximately 350 National and Foreign Publications.

In the last pages we include the Publication Standards for authors with the evaluation system used for the selection of the articles that are included for publishing. The authors of published articles also transfer their rights to the publisher, in non-exclusive basis, to incorporate the digital version of the same to the Institutional Repository of the Catholic University of Argentina as well as other databases that the University considers of academic relevance.

Prudentia Iuris is included in the database EBSCO, Catálogo Latindex, Dialnet, and REBIUN. All content can also be found in the Digital Library of the University.

For subscriptions, swaps, paper submissions and correspondence:

Revista *Prudentia Iuris*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina, Avda. Alicia Moreau de Justo 1400, CP 1107, Buenos Aires, Argentina, prudentia_iuris@uca.edu.ar, www.uca.edu.ar/derecho

PRUDENTIA IURIS

SUMARIO

JUNIO 2016 – N° 81

Presentación 13

PARTE I. Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana

LIMODIO, Gabriel

El Título Preliminar del Código Civil y Comercial como núcleo de significaciones (*The Preliminary Title of the Civil and Commercial Code as Core Meanings*)..... 19

MAINO, Carlos Alberto Gabriel

El control de convencionalidad y las dificultades que ofrecen las interpretaciones de CIDH (*Conventionality Control and the Difficulties generated by the ICHR interpretations*)..... 31

PARTE II. Estudios Doctrinales

VALDIVIA AGUILAR, Trilce

La dimensión colectiva del derecho a la libertad religiosa. Comentario a la sentencia del caso “*Burwell Secretary of Health and Human Services, et al. v. Hobby Lobby Stores, Inc.*”, de la Corte Suprema norteamericana desde la perspectiva de los Derechos Humanos (*The Religions Liberty Collective Dimension. Comments on the Scotus Ruling “Burwell Secretary of Health and Human Services, et al. v. Hobby Lobby Stores, Inc.”, from a Human Rights Perspective*)..... 55

MARCOS, Fernando Javier

Los principios jurídicos, la dialéctica y la retórica (*Legal Principles, Dialectic and Rhetoric*)..... 81

SPANGENBERG BOLÍVAR, Mario

La garantía de seguridad jurídica y el principio de legalidad penal en el período bajomedieval español. Análisis de las Cortes de León de 1188 de Alfonso IX (*The Guarantees and Safeguards of Legal Certainty and The Principle of Legality in the Decreta of the Courts of Leon of 1188, during the Kingdom of Alfonso IX*)..... 105

SUMARIO

TANNUS WRIGHT, Anthony Traditional and Modern Constitutionalism: a Study based on The Thought of José Pedro Galvão de Sousa (Constitucionalismo tradicio- nal y moderno: un estudio basado en el pensamiento de José Pedro Gal- vão de Sousa)	125
---	-----

PARTE III. Notas y comentarios

“Hobby Lobby” and beyond: Considering Moral Responses to the HHS Mandate Litigation (“Hobby Lobby” y más: considerando respuestas morales al mandato contraceptivo) <i>por Eugene R. Milhizer</i>	149
---	-----

Libertad religiosa: nuevos matices en la jurisprudencia norteamerica- na (<i>Religious Liberty: New Nuances in American Jurisprudence</i>) <i>por</i> <i>María Delfina Orpelli</i>	163
--	-----

La filosofía emergente dal diritto di famiglia nel nuovo Codice Civile e Commerciale Argentino (<i>The Emerging Philosophy of Family Law in the</i> <i>New Argentine Civil and Commercial Code</i>) <i>por Gabriella Gambino</i>	179
--	-----

Crisis financieras y usura en el siglo XVI y en el presente (<i>Financial</i> <i>Crises and Usury in the Sixteenth Century and in The Present</i>) <i>por Pa-</i> <i>blo E. Czornenki</i>	191
---	-----

La judicialización de la salud en Francia. Sus alcances y consecuencias (<i>The Judicialization of Health in France. Its Scope and Consequences</i>) <i>por Guillaume Rousset</i>	205
---	-----

Medio ambiente y bien común: entre un derecho y un deber fundamen- tal (<i>Environment and Common Good: Between a Right and a Funda-</i> <i>mental duty</i>) <i>por Wambert Gomes Di Lorenzo</i>	213
--	-----

IN MEMORIAM: Dr. Jorge Adolfo Mazzinghi <i>por Florencio Hubeňátk</i> ..	221
--	-----

PARTE IV. Documentos

Mensaje del Santo Padre Francisco para la celebración de la XLIX Jor- nada Mundial de la Paz: Vence la indiferencia y conquista la paz, 1º de enero de 2016	225
---	-----

SUMARIO

Discurso del Santo Padre Francisco al Cuerpo Diplomático acreditado ante la Santa Sede, Sala Regia, lunes 11 de enero de 2016.....	239
De Martini, Siro, “Paz y Justicia”. Academia del Plata. 6 de abril de 2016	249
Las funciones que cumple un director de tesis: qué se puede esperar y qué no (<i>The Functions Performed by a Thesis Director: What you can expect and what not</i>) por Luis María Bandieri	265

RECENSIONES

UBIRÍA, Fernando, <i>Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación</i> (por María Zúñiga)	275
AA.VV., <i>Aborto, Perspectivas Filosófica, Jurídica y Médica</i> (por Ludmila A. Viar)	277
SANTOS, José Antonio, <i>Los olvidados del Nacionalsocialismo. Repensar la memoria</i> , Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014 (por Patricio A. López Díaz-Valentín)	281
Normas de publicación	285

PRESENTACIÓN

El debate jurídico contemporáneo está atravesado por algunos temas comunes que surgen a partir de lo que se ha denominado el paso del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional, como suele explicar nuestro Decano, Daniel Herrera. Entre esos temas se encuentran la mayor relevancia otorgada a los principios jurídicos, las tensiones en la relación entre Derecho Constitucional y Derecho Convencional, con el nuevo control de convencionalidad y las interpretaciones de las cortes internacionales. En nuestro país, la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial continúa generando un intenso intercambio académico, que se enmarca en esas coordenadas más amplias. El número 81 de la Revista *Prudentia Iuris* que presentamos trata estas cuestiones, junto con otras de pertinencia para la ciencia jurídica.

En la sección de la *Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana*, el Vicerrector de Asuntos Académicos e Institucionales de la Universidad Católica Argentina, Dr. Gabriel Limodio, analiza la importancia del Título Preliminar del nuevo Código Civil y Comercial como un “núcleo de significaciones” y enmarca su análisis en los debates antes mencionados en torno a la relevancia de los principios jurídicos en el Derecho actual. El Dr. Limodio, Profesor Titular Ordinario de Principios de Derecho Privado, tuvo a su cargo este tema en la *Lectio Brevis* con la que se inauguró el año académico 2016 de nuestra Facultad. Por su parte, completa la sección un trabajo del Dr. Carlos Alberto Gabriel Maino sobre el control de convencionalidad y las dificultades que ofrecen las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de la ponencia presentada en las *XI Jornadas Internacionales de Derecho Natural* realizadas en la Universidad Católica Toribio de Mogrovejo (Perú) en 2015, con la organización de nuestra Facultad, la Pontificia Universidad Católica de Chile y la Universidad Católica San Pablo.

En la sección de *Estudios Doctrinales*, la joven jurista peruana Trilce Valdivia Aguilar analiza la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos “*Burwell v. Hobby Lobby*” y se enfoca en el tema de la dimensión colectiva de la libertad religiosa, con una perspectiva de Derechos Huma-

nos. Recordemos que esa importante sentencia reconoció el derecho a la libertad religiosa de las empresas que tienen propietarios de inspiración religiosa ante el mandato gubernamental que pretendía obligarlas a financiar contraceptivos de carácter abortivo. La temática de los principios es abordada por Fernando Javier Marcos, procurando establecer la relación entre los principios jurídicos, la dialéctica y la retórica, en continuidad con la reflexión iusfilosófica que anima a la Facultad de Derecho. Por su parte, Mario Spangenberg Bolívar aporta una perspectiva histórica sobre el principio de legalidad penal y la garantía de seguridad jurídica, al indagar sobre los orígenes de estos principios en las Cortes de León de 1188 de Alfonso IX. Finalmente, desde Brasil, Anthony Tannus Wright, desde el pensamiento de José Pedro Galvão de Sousa, aborda la cuestión del constitucionalismo tradicional y moderno.

El caso “Hobby Lobby” también es motivo de análisis en la primera contribución que abre la sección de *Notas y comentarios*. El ex-Decano de Ave Maria Law School en Estados Unidos, profesor Eugene R. Milhizer, analiza en detalle la situación planteada por los casos que involucran a personas jurídicas sin fines de lucro y de inspiración religiosa. Estos casos –al momento de cierre de la edición de nuestra revista– aguardan una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y marcan la relevancia que el tópico de la libertad religiosa conserva en el mundo. Continuando con ese tema, María Delfina Orpelli profundiza la jurisprudencia de los Estados Unidos sobre libertad religiosa y señala algunos nuevos matices que permiten actualizar los enfoques y análisis. Desde el continente europeo recibimos dos importantes contribuciones. Por una parte, la profesora Gabriella Gambino estudia la filosofía del derecho de familia que subyace en el nuevo Código Civil y Comercial. En cambio, el profesor Guillaume Rousset, de la Universidad Jean Moulin Lyon III, ofrece una rigurosa aproximación al fenómeno denominado “judicialización” de la salud en Francia, con importantes distinciones y datos estadísticos que permiten tener mejor dimensión de esta tendencia.

Desde nuestra Universidad contamos con la contribución del profesor Pablo E. Czornenki, sobre las crisis financieras y la usura en el siglo XVI y en el presente. La sección se cierra con el artículo del profesor brasileño Wambert Gomes Di Lorenzo sobre la relación entre Medio ambiente y Bien Común y el merecido homenaje del profesor Florencio Hubeñak a quien fuera Decano de la Facultad y Vicerrector de la Universidad y maestro de generaciones de juristas, el recordado y recientemente fallecido Dr. Jorge Adolfo Mazzinghi.

En la sección *Documentos*, publicamos el discurso del Santo Padre, Francisco, dirigido al Cuerpo Diplomático acreditado ante la Santa Sede el 11 de enero de 2016. En el Año de la Misericordia, este Discurso cons-

tituye un repaso de la situación social mundial desde la siempre aguda e incisiva mirada del Papa. También incluimos el mensaje del Santo Padre para la XLIX Jornada Mundial de la Paz y que, en relación al mismo tema de la misericordia, llama a vencer la indiferencia y conquistar la paz. En continuidad con la necesidad de profundizar la relación entre justicia y paz, compartimos el documento del profesor Siro De Martini con motivo de su incorporación a la Academia del Plata el pasado 6 de abril de 2016. El profesor Luis María Bandieri publica una breve nota sobre las funciones que cumple un director de tesis y qué se puede esperar y qué no, que recoge su presentación en el Ateneo de Doctorado realizado el 21 de marzo de 2016 en la Facultad.

Las *Recensiones* nos permiten aproximarnos a tres obras: el libro del profesor de nuestra Facultad, Fernando Ubiría, titulado *Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, que es reseñado por la joven María Zúñiga. Por su parte, Ludmila A. Viar brinda una síntesis del libro publicado en Chile por la Universidad de los Andes con motivo del debate sobre aborto en ese país. Y finalmente, el jurista mendocino Patricio A. López Díaz-Valentín analiza en profundidad el libro del profesor español José Antonio Santos, titulado *Los olvidados del Nacionalsocialismo. Repensar la memoria*, un documentado trabajo sobre un aspecto específico de ese régimen en Alemania: las políticas eugenésicas que oprimieron a las personas con discapacidad, entre otros grupos vulnerables.

Al terminar esta presentación corresponde agradecer a quienes hacen posible que la Revista *Prudentia Iuris* pueda seguir siendo un espacio de reflexión jurídica y de aporte al pensamiento luego de 35 años de existencia. Desde las autoridades de la Universidad y la Facultad, pasando por los miembros del Comité Editorial y el Consejo Académico, hasta los árbitros que cumplen su tarea con rigor y gran espíritu de colaboración. El agradecimiento abarca al personal de EDUCA, que facilita la corrección, diagramación e impresión de la Revista, y de la Facultad, que colabora en las tramitaciones internas y la distribución. La Revista no sería posible sin los artículos de los autores que confían en nosotros su tarea intelectual. Y especialmente agradecemos a la Secretaria de Redacción, profesora Débora Ranieri de Cechini, que incansablemente revisa y sistematiza todos los trabajos y procura un seguimiento constante para dar a luz el mejor resultado editorial.

Finalmente, queremos compartir una alegría que jalona esta celebración de los 35 años de nuestra revista: luego de un proceso de autoevaluación y mejora, *Prudentia Iuris* ha sido incorporada al catálogo Latindex, el Sistema Regional de información en línea para Revistas de América Latina, el Caribe, España y Portugal. “Catálogo” incluye únicamente las Revistas –impresas o electrónicas– que cumplen los criterios de calidad editorial di-

PRESENTACIÓN

señados por Latindex y certifica el nivel científico de nuestra publicación. Nos alienta esta noticia y nos compromete a seguir mejorando para ser una Revista líder en la generación de pensamiento jurídico en la región.

Con la esperanza de que este número sea de interés para todos sus lectores, confiamos a Dios la tarea hecha y sus frutos, especialmente en el Año de la Misericordia.

JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE
Director

PARTE I

**CÁTEDRA INTERNACIONAL
LEY NATURAL Y PERSONA HUMANA**

**EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL
COMO NÚCLEO DE SIGNIFICACIONES**
*The Preliminary Title on the Civil and Commercial Code
as Core Meanings*

Gabriel Limodio*

Recibido: 8 de abril de 2016.
Aprobado: 15 de abril de 2016.

Resumen: El autor analiza en el Título Preliminar del reciente Código Civil y Comercial argentino el capítulo denominado “del ejercicio de los derechos” donde se dan las mayores novedades comparándolo con el Código Civil de Vélez Sarsfield, tales como la pluralidad de fuentes y la aparición de dos principios, el abuso del derecho y el de buena fe. También entiende que si consideramos que tal Título Preliminar comporta un verdadero núcleo de significaciones, nos encontramos con el problema de su interpretación, que –conforme a la tendencia del neoconstitucionalismo adoptada– no admite univocidad.

Palabras clave: Código Civil – Título preliminar – Principios jurídicos– Valores – Abuso del derecho – Buena fe – Neoconstitucionalismo.

Abstract: The author analyzes in the Preliminary Title of the recent Argentine Civil and Commercial Code chapter called “exercise of Rights” where there are the biggest news in comparison with the Civil Code of Velez Sarsfield, such as the plurality of sources and the appearance of two principles,

* Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Vicerrector de Asuntos Académicos e Institucionales de la Pontificia Universidad Católica Argentina y Profesor Titular Ordinario de Principios de Derecho Privado e Instituciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho (UCA). *Lectio Brevis* dictada el 6 de abril de 2016 en el auditorio Mons. Derisi (Buenos Aires, Argentina), con motivo de la reunión de claustro docente de la Facultad de Derecho (Pontificia Universidad Católica Argentina). Correo electrónico: gabriel_limodio@uca.edu.ar.

abuse of law and good faith. Also it believes that if we consider that such Preliminary Title implies a real core of meaning, we find the problem of interpretation, which –according to the tendency of adopted-neoconstitutionalism not support a unique interpretation.

Key words: Civil Code – Preliminary Title – Legal Principles- Values – Abuse of Rights – Good Faith – Neoconstitutionalism.

La frase que nos sirve de título la encontramos en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación cuando se explica: “Una de las funciones que puede cumplir un título preliminar es la de aportar algunas reglas que confieren una significación general a todo el Código. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas. No se trata de una parte general al modo en que fuera pensado en la pandectística alemana, sino del diseño de una líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y valores”¹.

En verdad, también encontramos en dos libros del Dr. Lorenzetti apreciaciones similares donde pueden leerse, entre otros razonamientos, las consecuencias del fenómeno de la descodificación y el surgimiento de los microsistemas, como así también la desaparición de parte general del Derecho Civil como un sistema hermético².

Dicho así queda planteado cuál es el razonamiento de esta particular manera de entender un título preliminar, y cuáles fueron las razones que condujeron a formalizarlo.

1. Existencia y significado

No es nuevo en el derecho codificado argentino la existencia del título preliminar; Vélez Sarsfield había dispuesto dos de distinto calibre, aquel que se denomina de las leyes y el de modo de contar los intervalos en derecho.

De acuerdo a lo que refiere Llambías, la fuente para incorporarlo se toma de Freitas.

1 *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. III. 3

2 Lorenzetti, R. L. (1995). *Normas Fundamentales de Derecho Privado*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni y Lorenzetti, R. L. (2006). *Razonamiento Judicial – Fundamentos de Derecho Privado*. Lima. Grijley.

En verdad el Código Civil Francés ya contenía un título preliminar y se encuentra citado en las notas de los artículos 6º, 7º, 8º, 15 y 21 del texto original de nuestro Código, sin perjuicio de encontrar rastros del mismo en el articulado.

A partir de allí, todos los anteproyectos lo contemplaron; Bibiloni, en el año 1926, los dispone de manera similar, modificando los artículos 2º y 12³.

En el Anteproyecto de 1936, se opta por el lineamiento general, si bien existió un debate en el seno de la comisión preparatoria, en la cual Rébora plantea si la cuestión del Derecho Internacional Privado no permitía pensar en todo un primer libro dedicado a estos asuntos. Finalmente en los debates posteriores se optó por continuar con un articulado muy similar al Código de Vélez y a lo propuesto por Bibiloni, pero en un solo título preliminar, incluso en la nota de elevación al Poder Ejecutivo no se hace alusión a que se haya dispuesto modificación sustancial alguna, es más, ni se lo menciona⁴.

El Anteproyecto de 1954 dispone de un título preliminar que se compone de tres capítulos. Tal como explica Llambías, “El primero, de Disposiciones Generales, que importan por su trascendencia la portada de un Código. El segundo centraliza en esta situación a través de 15 artículos todas las normas de Derecho Internacional Privado que están (estaban) en el Código vigente y los dos proyectos anteriores. El tercero, reducido a un solo artículo, se refiere a la computación de los plazos”⁵.

En el año 1968, como es sabido, se modifican los artículos 3º y 17 y se derogan el 4º y 5º. No hay mayores modificaciones en cuanto a la estructura y el sentido de dichos títulos.

Hay un matiz importante en el Anteproyecto de 1998, que consiste en separar el concepto de ley del concepto de Derecho que finalmente servirá de fuente al Título Preliminar que hoy nos rige. Es del caso destacar que en el año 1998 se nomina como Libro Primero, cuyo Título General es “Del derecho” y se explica en los fundamentos que “contiene las disposiciones que en el Código Civil vigente aparecen en los títulos preliminares [...] con exclusión de las normas de Derecho Internacional Privado que constituyen materia de una ley especial”⁶.

3 Bibiloni, J. A. (1929). *Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino*. Buenos Aires. Valerio Abeledo, 5-10.

4 *Reforma del Código Civil* (1936). Buenos Aires. Kraft.

5 Llambías, J. J. (2007). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires. Abeledo Perrot. Lexis Nexis (21ª ed.). T. I, 210. Es del caso anotar aquí que la doctrina ha considerado el Anteproyecto de 1954 como uno de los más destacados desde el punto de vista metodológico. Cf. Rivera, J. C. (2004). *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires. Lexis Nexis - Abeledo Perrot (3ª ed.), 259.

6 *Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio* (1999). Buenos Aires. Centro Norte, en especial *Fundamento del Proyecto*, 35.

Cabe entonces ponderar que si bien puede decirse que en cuanto a la presencia se ha mantenido de manera inalterable la existencia de uno o dos títulos, a partir del año 1998, y, sobre todo, ahora, adquiere una significación digna de resaltar.

La doctrina no encuentra crítica, sino que por el contrario entiende que hay una necesaria continuidad, así por ejemplo el comentario de Alterini: “[...] nada cabe observar (por el contrario) a la existencia de un título preliminar, lo contemplan numerosos códigos y sus disposiciones alcanzan más allá de la materia civil, proyectándose a otras ramas del Derecho, incluyendo al Derecho Público”⁷.

Se ha hecho esta referencia porque en los Fundamentos del Anteproyecto se ha insistido mucho en que el Código es un proyecto académico que ha tenido en cuenta todo el proceso de reformas propuesto por más de un siglo y puntualmente se dice que es “un producto académico basado en nuestra doctrina y jurisprudencia”⁸.

2. El contenido en el Código

Quizá esté de más recordar cómo está compuesto el actual Título Preliminar: consta de 18 artículos, divididos en cuatro capítulos, que son 1) El derecho. 2) Las Leyes. 3) Ejercicio de los derechos. 4) Derechos y bienes.

Cabe apuntar sobre todo al capítulo del derecho como al denominado “del ejercicio de los mismos” donde se dan las mayores novedades, sobre todo queda demostrada la cuestión de pluralidad de fuentes, y lo que resulta importante es la aparición de dos principios, que son: el abuso del derecho y el principio de buena fe.

La importancia del encuadre como principio general supone que su influencia se proyecta a todas las relaciones jurídicas del Derecho Privado: no resulta necesaria la existencia de una norma particular, entonces, que encuadre un supuesto de hecho en la buena fe, o el abuso del derecho, lo cual no impide que se replique en otros artículos del Código⁹.

En lo que hace a la buena fe, la jurisprudencia de la Corte Suprema la había acogido al interpretar que tal principio cardinal informa y es fundante de todo el ordenamiento jurídico, tanto público como privado, enraizado en las más sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura¹⁰.

7 Alterini, J. (Director General) (2015). *Código Civil y Comercial Comentado*. Buenos Aires. Reuters - La Ley. T. I, 1-2.

8 Lorenzetti, R. (2015, 10 de agosto). El Código, producto académico. *La Nación*.

9 Lorenzetti, R. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado*. Buenos Aires. Santa Fe- Rubinzal, 55-57 y 61-62.

10 CSJN *Fallos*: 330:1649.

Lo mismo puede opinarse respecto del orden público y el fraude a la ley, ya que como sostiene Lorenzetti: “[...] Tienen una extensa tradición en la doctrina argentina, que se ha receptado. La novedad de este Código consiste, al igual que en los otros supuestos mencionados, en su ubicación metodológica. Al incluirlos en el título introductorio tienen un rango general que influye en todo el ordenamiento”¹¹.

No es ocioso recordar que sigue teniendo el orden público un lugar en el Título Preliminar, ya que el actual artículo 12 se inspira en el artículo 21 del anterior, pero sorprende más una de las tareas que tiene el mismo; al decir del propio Lorenzetti, el orden público de coordinación “es un conjunto de normas imperativas que controla la licitud en el ejercicio de los derechos, principalmente su adecuación a los valores esenciales del ordenamiento jurídico”¹².

3. Posibles interpretaciones

Sin duda se impone aquí el tema de las posibles interpretaciones, que por una parte son las que se buscan en el texto del Código y en la opinión de aquellos que prepararon el Anteproyecto, con todo lo subjetivo que esto tiene. Quizá el único elemento fehaciente sea precisamente el texto de los Fundamentos, ya que no existen notas en el Código siguiendo el criterio que se había impuesto en los anteriores Anteproyectos.

Si se parte de aquello que se explica en los Fundamentos, no cabe duda de que el Título Preliminar es un salto cualitativo respecto a las formulaciones anteriores, ya que se presume que es aquí donde se consignan las reglas de todo el sistema de Derecho Privado. Así, se dice: “[...] es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores”¹³.

La duda que inmediatamente se presenta es acerca del contenido que ha querido darse a este núcleo de significaciones.

Si se lee en el contexto surgen luces y sombras o, por lo menos, cuestiones que aparecen a primera vista como contradictorias.

Es importante acotar que, en verdad, las dudas o contradicciones surgen de la lectura o de los Fundamentos, pero no del texto puntual del Título Preliminar.

11 Lorenzetti, R. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado*. Ob. cit. T. I, 71.

12 *Ibidem*, T. I, 62 y sigs.

13 *Fundamentos...* citado, III) Título Preliminar 1. Razones de la existencia de un Título Preliminar.

Así, en los Fundamentos se pueden enumerar doce puntos principales que se destacan: a) propuesta de paradigmas y principios jurídicos; b) diálogo de fuentes; c) constitucionalización del Derecho Privado; d) regulación de los derechos individuales y de incidencia colectiva; e) tutela de la persona humana; f) regulación de la familia en una sociedad multicultural; g) sociabilidad en el ejercicio de los derechos; h) paradigma protectorio; i) paradigma no discriminatorio; j) nuevo paradigma en materia de bienes; k) seguridad jurídica en la actividad económica; l) aparición de sistemas de protecciones al derecho de consumidor y contrato de consumo¹⁴.

En consonancia se ha dicho que se trata de un Código diseñado para asegurar derechos, y la mirada está puesta en el ciudadano.

Cabe detenerse en un párrafo completo que hace el presidente de la Comisión, Lorenzetti, en la Introducción al Código Civil y Comercial; así, en el capítulo Paradigmas y principios se dice: “[...] un Código del siglo XXI se inserta en un sistema caracterizado por el dictado incesante de leyes especiales, jurisprudencia pretoriana y pluralidad de fuentes. La relación entre un Código y los microsistemas jurídicos es la del sol que ilumina cada uno de ellos y que los mantiene dentro del sistema. Lo importante es entonces que el Código defina los grandes paradigmas del Derecho Privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento, y esa es la proposición metodológica central de este proyecto [...] sin embargo, la potencialidad de los principios irá reformulando el sentido de cada uno de los microsistemas, tarea que incumbe a la doctrina y jurisprudencia. Sin perjuicio de ello, se mantuvieron una serie de reglas de extensa tradición en el Derecho Privado porque constituyen una plataforma conocida, a partir de la cual se producen las mudanzas hacia los nuevos tiempos. Se ha pensado en el ciudadano y por eso los paradigmas y principios responden a las prácticas sociales y culturales vigentes, todo lo cual se expresa en el lenguaje más claro posible”¹⁵.

Por lo menos de esta cita, si bien no es posible determinar definitivamente la filiación ideológica, la misma se presume. Un camino posible es ahondar un poco más en aquello que se refiere a la frase “constitucionalización del Derecho Privado”, una vez más si se leen los Fundamentos la explicación es que ha buscado separarse de la división tajante entre el Derecho Público y el Derecho Privado, y “El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad. En este aspecto

14 *Fundamentos...* citado, Acápito I) Aspectos valorativos.

15 Lorenzetti, R. (2015). Introducción al Código Civil y Comercial de la Nación. Texto aprobado por Ley 26.994. *El Derecho*, II.

innova profundamente al receptar la constitucionalización del Derecho Privado y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el Derecho Público y el Derecho Privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina”¹⁶.

Pero quizá haya una suerte de licencia terminológica, no es que no exista una internacionalización, o una constitucionalización del Derecho Privado, lo que existe es una suerte de extrapolación de la noción de Estado de Derecho Constitucional.

Es decir, se ha abandonado la figura del Estado de Derecho Legal claramente decimonónico, basado en las declaraciones de derecho posteriores a la Revolución Francesa, que en materia de Derecho Privado dio sustento al proceso de codificación. Se ha pasado al Estado de Derecho Constitucional, que implica sin duda una mirada social, pero quizá el riesgo esté en confundir sin más el constitucionalismo social con el neoconstitucionalismo; cabe acotar que este término también resulta equívoco.

La paradoja radica en la modalidad de la construcción de derechos a partir de una determinada visión de la dignidad de la persona humana, podría decirse que se trata de un resguardo de conductas autorreferentes o una particular tensión entre autonomía de la voluntad y orden público.

4. Conclusiones

Es probable que mucho de lo que se ha dicho en el punto anterior quede superado por una misma interpretación que hace la Comisión Reformadora cuando, al comentar el tema del abuso del derecho, se aparta del texto del artículo 1071 del antiguo Código y dice: “[...] se evita la referencia a fines pretéritos con la expresión ‘que se tuvo en mira’, pues el texto de la norma no puede quedar indefinidamente vinculado a su sentido histórico. En su reemplazo, se emplea la noción de fines del ordenamiento que evita la contextualización histórica, posibilitando la interpretación evolutiva para juzgar si se ha hecho un uso irregular o abusivo”¹⁷.

Lo dicho permite, en la interpretación, apartarse de aquello que tuvo en mira el propio legislador, por lo menos el párrafo que acabamos de citar autoriza a ello.

A pesar de lo dicho, no es ocioso recordar la explicación de Lorenzetti en su Código Comentado: “El Título Preliminar es concebido como la puerta de entrada al Código Civil y al resto del sistema, y por ello contiene una se-

¹⁶ *Fundamentos...* citado, Aspectos valorativos.

¹⁷ *Fundamentos...*, 6.3.c.

rie de artículos de gran valor significativo para todos los casos que se regulan. Su utilidad es manifiesta en el campo de la aplicación e interpretación del Derecho, ya que provee unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema basado en principios y reglas. Todo ello le confiere un efecto expansivo indudable, pudiendo ser referencia en otros ámbitos normativos”. Más adelante dice: “[...] éste es un cambio fundamental respecto de toda una tradición anterior, que sólo se refería a la ley, y a la función del juez, que era aplicarla exegéticamente. En cambio, ahora el panorama se amplía sobremanera, ya que no solamente se trata de la ley, sino de todas las demás fuentes [...] ello permite que el Código sea el eje articulador de todo el sistema, brindando coherencia mediante reglas y principios generales [...] El Código está diseñado para resolver conflictos y en este artículo (el 1º) se establecen las fuentes donde se encuentran los criterios de autoridad para esa tarea”¹⁸.

Es del caso resaltar, aquí, que muchas de las consideraciones que se pueden hacer sobre la cuestión que estamos analizando surgen porque se conoce la opinión de la Comisión Reformadora, por lo menos en los tres integrantes responsables, que permiten hacer interpretaciones¹⁹. Sin embargo, el texto como tal puede conducir a soluciones jurídicas muy distintas a la que se entiende proponen los constructores²⁰.

Un ejemplo de lo dicho es que el texto del Título Preliminar habilita a autores que siguen una línea “iusnaturalista”, como el caso de Rabbi Baldi, a decir que “el Título Preliminar se ubica bajo un paradigma teórico-metodológico alejado del positivismo legalista imperante en el siglo XIX, el que se reemplaza por un planteamiento conocido como principalista o de la razón práctica prudencial”²¹.

Como puede advertirse, el autor citado escribe desde una perspectiva realista, y lo que propone es una lectura de este núcleo de significaciones,

18 Lorenzetti, R. *Código...* Ob. cit., 25.

Asimismo, es interesante destacar que el Título Preliminar se corresponde con los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 15, 16, 17, 18, 19, 21 y 22 del Código derogado. Los artículos 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13 y 14 derogados se refieren al Derecho Internacional Privado y se correlacionan con los artículos 2594 y concordantes del Código actual. No resulta ocioso recordar que a pesar de ciertos adelantos aparecen alguna cuestiones entre el término Derecho y el de ley que quedan confundidas, tal como lo señala Budano Roig, A. (2016). *Lecciones de Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires. Hammurabi –José Luis de Palma Editor, 156.

19 Como ejemplo puede citarse el reportaje a la Dra. Alicia Kemelmajer en *La Nación*, diario del 12 de octubre de 2014, 1-3, Sección Enfoques.

20 Se utiliza la palabra “constructor”, ya que una de las hipótesis a analizar es el constructivismo social.

21 Rabbi Baldi Cabanillas, R. (2014). “Título Preliminar”. En Rivera, J. y Medina, G. (dir). *Código Civil y Comercial Comentado*. Buenos Aires. La Ley, 51.

a partir de una noción de principios que no son de aplicación supletoria, sino que se presentan en el nuevo Código con una función de integración y control axiológico²².

Por otra parte, no puede dejarse de lado la influencia de la jurisprudencia, sin olvidar que el Anteproyecto la había ubicado como una fuente formal, lo cual fue modificado en la redacción final del Código.

Cabe resaltar también el aporte que se hace desde la jurisprudencia; en este sentido, puntualmente en lo que hace al Título Preliminar, ya comienzan a reiterarse algunos fallos, sobre todo que interpretan el artículo 7º, que casi sin modificaciones repite el artículo 3º del Código, a su vez reformado en el año 1968. Allí se advierte cómo los magistrados apelan a la doctrina del antiguo Código, incluso citando las opiniones de la doctrina que condujo a la reforma del artículo 3º originario. Sólo para poner un ejemplo vuelven a aparecer reflexiones sobre la relación jurídica, la diferencia con la situación, y aquello que nutrió los momentos posteriores a aquella reforma²³.

Es del caso pensar que, respecto de figuras como el abuso del derecho, la buena fe, el orden público, el fraude a la ley, aparecerán también en este recorrido fallos que continúen esa doctrina.

Quizá uno de los mayores aciertos sea no considerar el Título Preliminar y la Parte General como algo dogmático, tal como queda dicho en la frase que se ha transcripto en la primera parte de este trabajo, es decir, como un sistema cerrado; cabe apresurarse a decir que tampoco como una mera herramienta técnica, sino que se trata de un verdadero núcleo de significaciones, según es importante distinguir²⁴.

22 Lorenzetti, R. *Código...* Ob. cit., 37. Cabe destacar que en la nota a este comentario se citan autores de distintas concepciones de Filosofía del Derecho, como Norberto Bobbio y Rodolfo Vigo.

23 Sólo por hacer referencia a alguna de las cuestiones tratadas se recuerda que se deberá considerar que la situación jurídica es la posición que ocupa un individuo frente a una norma de derecho o a una institución jurídica determinada. Este concepto es claramente superior al de derecho adquirido, por cuanto está desprovisto de todo subjetivismo y carácter patrimonial. La situación jurídica se puede encontrar: 1) constituida; 2) extinguida; 3) en curso, o sea, en el momento de producir sus efectos que reconocen como causa una situación o relación jurídica existente.

24 Es interesante recordar aquí un trabajo de Genaro Carrió originalmente publicado en 1957, donde alertaba sobre esta cuestión, sin alcanzar una respuesta definitiva. Así dice: “[...] esa ciencia dogmática edifica su rigor, es decir, lo que la presenta con ropaje científico, sobre la base de un conjunto de creencias acerca de la naturaleza de lo jurídico y del papel del jurista, en las que el Derecho es visto como una idealidad abstracta, y los juristas como cultivadores de una disciplina de tipo formal. La ciencia dogmática del Derecho no es una ciencia de experiencia, porque el objeto que estudia –el derecho de los juristas dogmáticos– no es un objeto de experiencia [...] pero ¿estamos sugiriendo aquí que el Derecho debe enseñarse como una mera técnica? Dicha pregunta es legítima frente a alguna de nuestras conclusiones.

Aquello que queda por dilucidar es si efectivamente este núcleo de significaciones tiene una lectura unívoca. Pareciera que no, o mejor dicho, es mejor que no, si se lo ve desde una perspectiva realista, porque necesariamente la lectura debiera hacerse desde los Fundamentos del Proyecto y es muy difícil que un código llamado a regir la vida de los ciudadanos en sus relaciones civiles y comerciales no influya tarde o temprano en la manera de pensar y actuar de la sociedad, y allí el denominado pluralismo neutral suele convertirse en una inevitable toma de posición.

Más allá de que los autores del Proyecto manifiesten que una regulación no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas²⁵, se proponen modelos que terminan influyendo traspasando el parecer de la comunidad. Esto es precisamente a aquello que corresponde llamar orden público, identificándolo con un verdadero *ethos* que trasciende el pensar corriente de un momento determinado.

En tal sentido, se llama *ethos* a un núcleo de valores compartidos que configuran un estilo común de vida y se expresan en instituciones y estructuras de vida y convivencia.

Quizá un tema que deba resaltarse es cierta confusión en llamar constitucionalización del Derecho Privado a lo que verdaderamente es ingresar en una versión de neoconstitucionalismo, la cual propone una filosofía jurídica que utiliza en buena medida como banco de prueba o respaldo de sus tesis la misma realidad del Estado de Derecho Constitucional, de modo que termina explicando, avalando y auspiciándolo.

Puede pensarse en un neoconstitucionalismo descriptivo y uno normativo entre el cual está el positivista y el no positivista y dentro de éste, el

Hemos dicho que la dogmática está basada en una radical actitud formalizante que transforma el Derecho –fenómeno social– en una entidad ideal. Hemos dicho, también, que en órbitas como la del Common Law, donde el Derecho no es visto como una entidad de tipo ideal sino como un agregado de elementos reales heterogéneos, y básicamente como un medio para la consecución de fines sociales, no se cree que pueda hacerse ciencia acerca de él, y se cree, en cambio, que sólo cabe enseñarlo como una técnica. ¿Debemos concluir de aquí que sólo cabe una ciencia del Derecho de tipo dogmática? La respuesta a esta pregunta tendría que hablarnos de una disciplina científica que se ocupara del Derecho como fenómeno social, en toda su riqueza, y que no fuera un simple capítulo de la sociología. Tal disciplina no está constituida, no podemos señalarla como un hecho en nuestro entorno cultural. Indagar sobre su posibilidad es tarea mayúscula, en cuya dirección se han hecho, entre nosotros, muy valiosos esfuerzos”. Co. Carrió, G. (2004). *Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del Derecho*. Originalmente publicado en la revista *Lecciones y Ensayos*, año 1957, vol. VI, 27-37, reeditado en Academia –Revista sobre la enseñanza del Derecho de Buenos Aires–, Departamento de Publicaciones – Facultad de Derecho –UBA.

25 Lorenzetti, R. (2012). “Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación”, IV. Disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/1-Presentacion-del-Dr.-Ricardo-Lorenzetti.pdf>.

constructivista y el cognitivista ético²⁶. Este último es el que se acerca a una visión que podríamos considerar iusnaturalista.

Hay autores que sin más consideran el neoconstitucionalismo como un proceso histórico, como una teoría o concepción acerca de la realidad jurídica y como una postura doctrinaria e institucional, se podría decir también ideológica, acerca de la función que los jueces están llamados a realizar en una democracia constitucional²⁷.

Desde esta perspectiva puede pensarse que en los Fundamentos del Anteproyecto están previstas esas teorías o, por lo menos, sin una explicación puntual esto ha estado presente en la formulación del Código.

Sin embargo, el hecho de que en el tránsito del Anteproyecto al texto final de Código se haya modificado la inclusión de la jurisprudencia como fuente formal, y todos los tratados internacionales, para que solamente se mencionen los tratados sobre Derechos Humanos, más allá de un aparente retroceso, puede significar un límite al llamado “activismo judicial”.

Es por lo dicho que solamente puede hablarse de una conclusión provisoria, quizá la labor de los jueces sea la que finalmente fije la dimensión de este título preliminar, más allá de las interpretaciones que pueden hacerse desde una moda intelectual o cultural, que no deja de ser una dictadura de lo efímero que se ejerce sobre aquellos que desertan del desafío de conocer el verdadero sentido de las cosas.

26 Vigo, R. (2015). *Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo. Coincidencias y Diferencias*. Buenos Aires. Educa, 449 y sigs.

27 Para acceder a un panorama amplio de estas cuestiones, cf. Santiago, A. (2010). *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*. Con Prólogo de Rodolfo Vigo. Buenos Aires-Madrid-Barcelona. Marcial Pons; Ranieri de Cechini, D. (2013). “El neoconstitucionalismo en la reforma del CC y Com.: el protagonismo del juez en el Estado de Derecho y el problema del método de ponderación” [en línea], Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional, 1. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/neoconstitucionalismo-reforma-protagonismo.pdf> [Fecha de consulta: 4-4-2016].

**EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LAS DIFICULTADES
QUE OFRECEN LAS INTERPRETACIONES DE LA CIDH**
Conventionality Control and the Difficulties
Generated by the ICHR interpretations

Carlos Alberto Gabriel Maino*

Recibido: 10 de abril de 2016.
Aprobado: 25 de abril de 2016.

Resumen: El autor analiza el control de convencionalidad que ofrecen las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deteniéndose en su contenido, naturaleza jurídica y obligatoriedad o efecto vinculante para los Estados parte. Señala las problemáticas que algunas interpretaciones acarrearán, especialmente en la cuestión de la pluralidad de fuentes del Derecho y la soberanía estatal. Al final, se enumeran algunas líneas de acción que intentan sortear las dificultades que plantea el control de convencionalidad.

Palabras clave: Control de convencionalidad – Corte Interamericana de Derechos Humanos – Soberanía estatal – Activismo judicial.

Abstract: The author analyzes the conventionality control offering interpretations of the Inter-American Court of Human Rights stopping in content, obligation or legal nature and binding on States parties. He points out the problems that some interpretations entail, especially on the question of the plurality of sources of law and state sovereignty. In the end, some lines of action to try to overcome the difficulties posed by the conventionality control lists.

* Doctor en Derecho - Universidad de Santiago de Compostela. Profesor con Dedicación Especial - Facultad de Derecho (UCA). Profesor Adjunto Regular Departamento de Filosofía del Derecho (UBA). Ponencia presentada en las XI Jornadas Internacionales de Derecho Natural, “El fundamento de las sentencias de la CIDH. Un análisis iusfilosófico”, en Universidad Católica Toribio de Mogrovejo (Perú), 2015.

Keywords: Control of Conventionality - Inter-American Court of Human Rights - State Sovereignty - Judicial Activism.

I. El sistema interamericano de Derechos Humanos. La normatividad subsidiaria de la Convención

Los Derechos Humanos constituyen una serie de facultades y prerrogativas que han sido reconocidas a la persona humana sin carga ni cortapisa alguna a través de distintos instrumentos de Derecho Internacional Público a nivel universal y regional. Es decir que conforman la positividad de derechos que se consideran inherentes a la condición de persona humana y que afincan en el concepto jurídico *Derecho Natural*, que es probablemente la noción jurídica occidental más estudiada y alegada a lo largo de los siglos, con muchos efluentes y serpenteos.

En efecto, la estructuración de un ordenamiento jurídico con la presencia del reconocimiento de Derechos Humanos a través del Derecho Internacional implica necesariamente una juridicidad fundada exclusivamente o bien sobre la corrección moral de su contenido, que sin más las proyecta al derecho, o bien sobre una *corrección jurídica natural y dada*, pero no sobre la imposición por la fuerza de una positividad. Por lo tanto, estos Derechos Humanos esenciales *valen con independencia de su reconocimiento* por parte de una asamblea constituyente que los ha sancionado como Derechos Fundamentales, o de si algunos Estados los han consagrado en un tratado, y su reconocimiento y observancia efectiva condicionan la propia validez del sistema¹.

Los tratados internacionales constituyen uno de los modos en que adquiere carácter positivo y aflora este *inviolable núcleo esencial del Derecho*, expresado en forma de *principia iuris gentium*, que remite al *ius gentium* romano de inspiración estoica *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*², luego recogido por Francisco De Vitoria en el *ius inter gentes* o derecho entre los pueblos, que hoy llamamos *Derecho Internacional Público*, *Völkerrecht*, *Law of Nations*³.

A través de estos tratados internacionales los Estados han iniciado, el 10 de diciembre de 1948, un proceso de creación de instituciones supranacio-

1 Cf. Sodero, E. "Precedente e internacionalización del Derecho Constitucional". En Capaldo, G.; Sieckmann, J. y Clérico, L. (2012). *Internacionalización del Derecho Constitucional y constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires. EUDEBA, 453.

2 Cf. Gayo. *Digesto* I, 1, 8; *Instituta* I, 2, 1.

3 Cf. Sodero, E. "Precedente e internacionalización del Derecho Constitucional". Ob. cit., 454.

nales y un verdadero *corpus iuris* donde han asumido obligaciones internacionales en diversas materias. Estas instituciones y esta codificación tienen o buscan alcanzar las características de un *sistema*, que hacia adentro de los Estados nacionales pretende constituir lo que en términos schmittianos se denominaría la *regulación legal fundamental del Estado*⁴, al punto tal de que Sodero habla de un *Estado de Derecho Convencional*.

En el plano regional se ha constituido un sistema interamericano a través de la suscripción de distintos pactos y convenciones⁵, de los cuales la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada también *Pacto de San José de Costa Rica* (en adelante, *la Convención*), es la reina y constituye un subsistema vasto y pormenorizado. A resultas del mismo existen la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, *la Comisión*) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, *la Corte*). Este sistema tiene un carácter subsidiario a los ordenamientos jurídicos nacionales y a sus propios sistemas de salvaguarda de derechos, razón por la cual es

4 Cf. Schmitt, C. (1989). *Teoría de la Constitución*. Madrid. Alianza Editorial, 33.

5 Instrumentos Regionales de Protección y Promoción de Derechos Humanos: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada el 2 de mayo de 1948 (tanto la Comisión como la Corte han establecido que a pesar de haber sido adoptada como una declaración y no como un tratado, en la actualidad la Declaración Americana constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA); la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica") adoptada el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978 (en su primera parte, la Convención Americana establece los deberes de los Estados y los derechos protegidos por dicho tratado. En su segunda parte, la Convención Americana establece los medios de protección: la CIDH y la Corte IDH, a los que declara órganos competentes "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención". Al 30 de junio de 2010, 24 Estados Miembros de la OEA son parte de la Convención Americana); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada el 9 de diciembre de 1985, entrada en vigor el 28 de febrero de 1987; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), adoptado el 17 de noviembre de 1988, entrado en vigor el 16 de noviembre de 1999; el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, adoptado el 8 de junio de 1990, entrado en vigor el 28 de agosto de 1991; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención de Belém do Pará"), adoptada el 9 de junio de 1994, entrada en vigor el 5 de marzo de 1995; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada el 9 de junio de 1994, entrada en vigor el 28 de marzo de 1996; la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada el 7 de junio de 1999, entrada en vigor el 14 de septiembre de 2001; la Carta Democrática Interamericana, adoptada el 11 de septiembre de 2001; Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada por la CIDH en su 108° Período Ordinario de Sesiones celebrado del 2 al 20 de octubre de 2000; Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, adoptados por la CIDH en su 131° Período Ordinario de Sesiones celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

requisito el agotamiento de todas las instancias internas disponibles para los justiciables antes de petitionar en el sistema interamericano⁶.

Los Estados se comprometen en el uso de su soberanía, pero este mismo ejercicio soberano implica la delimitación del accionar del Estado, o sea, que limitan su soberanía mediante una acción de soberanía, lo que ocasiona una primera perplejidad jurídica. Ello se pone de manifiesto en que ha habido casos de incumplimientos sin consecuencias, e incluso de denuncias de la Convención. Un ejemplo paradigmático del primer tipo tuvo como protagonista al Perú, en el caso “Castillo Petruzzi vs. Perú”, de sentencia del 30 de mayo de 1999; también el caso “Apitez Barbera vs. Venezuela”, de sentencia del 5 de agosto de 2008, el cual la Sala Constitucional de Tribunal Superior de Venezuela declaró *inejecutable*⁷. A veces hay cumplimientos parciales, de hecho se ha sostenido que sobre más de 200 sentencias de la Corte, solo un 20 % de ellas han recibido un acatamiento leal en el orden interno por parte de los Estados⁸. Entre los casos de denuncia de la Convención resaltan los de Trinidad y Tobago, en 1999, y de Venezuela, en 2012⁹.

Aunque algunas de estas delimitaciones a la soberanía estatal se las intenta incluir dentro del *ius cogens* propio del Derecho Internacional Público, no se debe perder de vista la pervivencia de la soberanía de los Estados, pues son estos los que determinan de qué modo incorporan estos derechos a su propio derecho interno y con qué alcance. Naturalmente que una vez tomada la decisión de incorporarse quedan obligados a ello¹⁰, extremo que la misma Corte se ha encargado de puntualizar¹¹, pero el modo de realizarlos se deja librado a su ejercicio soberano¹².

Esta autolimitación del poder soberano de los Estados está dada en la lógica democrática en la que el poder es otorgado o concedido institucional-

6 Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 61; caso “Godínez Cruz vs. Honduras”, sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 64; caso “Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras”, sentencia del 15 de marzo de 1989, párr. 85.

7 La sentencia condenaba al país a reparar las consecuencias de la destitución de magistrados judiciales a través de un procedimiento de juicio político violatorio de las garantías de independencia judicial y del derecho de defensa.

8 Cf. Gelli, M. A. “Cooperación, conflictos y tensiones entre la jurisdicción constitucional y la convencional”. En Capaldo, G.; Sieckmann, J. y Clérico, L. Ob. cit., 422.

9 Cf. Márquez Luzardo, C. M. (2014). La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros casos paradigmáticos. Los precedentes de Trinidad y Tobago; Perú y Venezuela. *Cuestiones Jurídicas*, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdeneta, Vol. VIII, N° 1.

10 Convención IDH, art. 2°; Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, art. 27.

11 Corte IDH, caso “Genie Lacayo vs. Nicaragua”, sentencia del 29 de enero de 1997; caso “Chocrón Chocrón vs. Venezuela”, sentencia del 1° de julio de 2011.

12 Cf. Steiner, C. y Uribe, P. (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario*. Buenos Aires. Eudeba, 8.

mente. Este extremo reviste la mayor importancia, porque la autoatribución de poder no delegado constituye un acto antidemocrático, propio de sistemas colonialistas u otras situaciones arcaicas incompatibles con la democracia y el Estado de Derecho.

En el caso de Argentina se ha dado a la Convención y demás tratados rango constitucional¹³, otros han incorporado a sus Constituciones los derechos reconocidos en la Convención y en el resto de los tratados, como es el caso de Brasil¹⁴. Lo que es un hecho incontestable es que en materia de Derechos Humanos las fuentes de derecho de casi todos los Estados de Latinoamérica se han ampliado y diversificado sustancialmente. En segundo lugar, es pacífica la doctrina en sostener que esta ampliación se ha realizado merced a la decisión soberana de los mismos de hacerlo. Y en tercer lugar, el sistema interamericano, de acuerdo a sus propias reglas, se constituye como un sistema subsidiario al interno de cada Estado.

Cuando el Estado no respeta los derechos reconocidos –prohibiendo o no disponiendo lo necesario para que estos puedan ejercerse–, estamos en presencia de una *conducta anti-jurídica estatal*. Los ordenamientos internos otorgan a los ciudadanos distintos recursos para neutralizar esta anti-juridicidad, a través de acciones de tutela y otros recursos jurídicos para que el Poder Judicial del Estado conozca y asegure la efectividad de estos derechos.

Pero la salvaguarda de los Derechos Humanos no puede dejarse solo en manos de uno de los poderes del mismo Estado que los conculcó. En definitiva, el Poder Judicial forma parte del Estado, y el poder político puede extender su influencia decisivamente sobre él. Por ello, subsidiariamente, cada ciudadano tiene frente al Estado abierto el recurso de petición ante la Comisión y eventualmente ante la Corte, una vez agotados sus recursos nacionales. Hasta aquí no hay mayores dificultades en doctrina ni en jurisprudencia.

En efecto, no hay obstáculos significativos en la recepción de la normativa interamericana por parte de los ordenamientos nacionales, y en la mayoría de los Estados dicha normativa es aplicada por los tribunales. De hecho, me atrevería a decir que el clásico debate monismo-dualismo se encuentra superado en el plano normativo, y aunque en no todos los países se ha hecho del mismo modo, como quedó señalado arriba, en la práctica podríamos hablar, junto a Armin Von Bogdandy, de un *pluralismo normativo* en el que existe interacción entre los distintos ordenamientos internacional y nacional. Esa interacción debe ubicarse entre la teoría del efecto directo o *self-executing* y la interpretación conforme la doctrina de *Charming Betsy*¹⁵. En este mismo

13 Art. 75, inc. 22.

14 Cf. Steiner, C.; Uribe, P. Ob. cit., 9.

15 En “Murray vs. The Schooner Charming Betsy”, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que el alcance de los actos del Congreso no debe establecerse en contravención

sentido, César Landa ha llegado a hablar de un *ius publicum americanum* alumbrado a partir de la integración superadora del monismo y dualismo mencionados¹⁶. Y el juez Figueiredo Caldas, en “Gomes Lund vs. Brasil”, señaló: “[...] para los Estados que libremente adoptaron la Convención, equivale a una constitución supranacional atinente a los Derechos Humanos”.

II. ¿Cuál es el contenido del control de convencionalidad?

Ahora bien, si aceptáramos esta tesis en relación con las normas de Derecho Internacional, *a fortiori* deberíamos aceptarla en relación con las decisiones de los tribunales internacionales. Y hete aquí el problema: ¿cuál es el alcance de las decisiones de la Corte?

En efecto, cuando un tribunal constitucional o corte suprema de un Estado aplica la Convención y el resto de la normativa internacional, lo hace armonizando la misma con los Derechos Constitucionales y el resto del ordenamiento jurídico, producto de su propia tradición jurídica, y en la medida y con los contornos propios de esa tradición y de las circunstancias del caso concreto. Luego, si esta decisión del Poder Judicial interno no responde a los estándares internacionales de Derechos Humanos, se pondrá en acción el mecanismo de la Comisión y la Corte, y el Estado en cuestión será responsable de lo que haya hecho o permitido, incluso legislativa o judicialmente, en relación con ese caso.

Una primera aproximación a la *labor interpretativa* de estas fuentes de derecho plurales –y la lógica jurídica con la que fueron establecidas– nos indica que esta debería ser también subsidiaria. Es decir, que los jueces nacionales deben aplicar el derecho interno y el convencional, y que serán ellos los que interpreten las fuentes y las apliquen, y solo subsidiariamente intervendrán la Comisión y la Corte.

Pero la Corte ha elaborado la *doctrina del control de convencionalidad*, que altera sustancialmente esta lógica jurídica y, en los hechos, abandona el carácter subsidiario del sistema interamericano y de su aplicación. En el

del Derecho Internacional cuando existen otras posibles alternativas. Es decir, la ley estadounidense no debe ser interpretada de manera que colisione con el Derecho Internacional cuando es posible evitar el conflicto normativo. Cf. Von Bogdandy, A. “Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una perspectiva (mirada) de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales”. En Capaldo, G.; Sieckmann, J. y Clérico, L. Ob. cit., 23.

16 Cf. Landa, C. (2009). “Implementación de las decisiones del sistema interamericano de Derechos Humanos en el ordenamiento constitucional peruano”. En Von Bogdandy, A.; Morales, M. y Landa, C. (Coords.), *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*. Madrid. CEPC-MPI, 315.

año 2006, en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile”, la Corte ha establecido: “[...] cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”¹⁷. Al mes siguiente, la Corte estableció que este control de convencionalidad debe realizarse *ex-officio*¹⁸. Finalmente, en el año 2010 la Corte amplió el espectro de sujetos llamados a ejercer el control de convencionalidad a *todos los funcionarios y órganos vinculados a la administración de justicia* en todos los niveles¹⁹, para luego extenderlo a las *autoridades administrativas*²⁰. Es decir, todos-todos.

Para llegar a esta doctrina, la Corte –no olvidemos que es el órgano facultado para interpretar la Convención²¹– se valió, entre otros argumentos, del *principio de buena fe* que impone la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 26: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe”; el artículo 27: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, y el artículo 31, sobre las reglas generales de interpretación: “1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. El razonamiento que se sigue es que un Estado solo actúa con *buena fe* en el cumplimiento de la Convención si realiza una alternación de su sistema de fuentes interno ejerciendo el control de convencionalidad *con arreglo a la interpretación de la Corte*, pues de otra manera se vulneraría *el principio de efectividad*.

Por otro lado, la Corte recoge implícitamente el *principio de interpretación evolutiva* que establece que las obligaciones internacionales deben

17 Corte IDH, caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

18 Corte IDH, caso “Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, sentencia del 24 de noviembre de 2006.

19 Corte IDH, caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, sentencia del 26 de noviembre de 2010; cf. Steiner, C.; Uribe, P. Ob. cit., 14.

20 Corte IDH, caso “Gelman vs. Uruguay”, sentencia del 24 de febrero de 2011.

21 Convención, art. 62.3.

ser interpretadas conforme al paso del tiempo, adaptándose las a los *nuevos contextos sociales*²². Finalmente, la Corte acude a los artículos 1° y 2° de la misma Convención, en cuanto obligan a los Estados a “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella” y a “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

En realidad, el *nomen iuris* de *control de convencionalidad* fue utilizado por primera vez por el juez Sergio García Ramírez para designar la facultad de la Corte de revisar la conducta del Estado a la luz de la Convención²³. Es decir, que la Corte se constituía como último intérprete de un *control difuso* de convencionalidad y además subsidiario –en los términos arriba expuestos–, pero en “Almonacid Arellano” (que era además un caso muy complejo porque podría considerárselo de justicia transicional), la Corte pasa a establecer un control *concentrado de convencionalidad*²⁴ que no comprende sólo la Convención sino también la interpretación que de ella ha hecho en casos pretéritos, y que se pretende obligatorio para todos los jueces latinoamericanos²⁵.

En Argentina –por ejemplo– la Corte Suprema ha tenido en los últimos veinte años la tendencia a acoger este modo de entender el sistema interamericano en su relación con el orden interno. La Constitución replica en su artículo 31 el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos de América, y constituye lo que llamamos *bloque federal*, dentro del cual se encuentran los tratados internacionales. Desde la misma entrada en vigencia de la Constitución en el año 1853, la Corte Suprema ha realizado frecuentes apelaciones al *derecho de gentes*, reconociendo expresamente la existencia de *principios de Derecho Internacional*. A partir de la segunda mitad del siglo XX, este derecho de gentes fue considerado por la Corte Suprema argentina el marco adecuado para el castigo de *crímenes contra la humanidad*, en casos como “Bohne”, “Schwammberger”, “Priebke”, “Arancibia Clavel”, “Lariz Iriondo”, “Simón”, “Mazzeo” y “Videla y Massera”²⁶.

22 El principio de interpretación evolutiva ha sido reconocido y aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso “Christine Goodwin vs. The United Kingdom”, Gran Chamber, sentencia del 11 de julio de 2002. Cf. Steiner, C.; Uribe, P. Ob. cit., 11.

23 Corte IDH, caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, sentencia del 25 de noviembre de 2003.

24 En contra de esta interpretación, cf. Ferrer Mac-Gregor, E. y Pelayo Möller, C. M., en su comentario al artículo 1° de la Convención. En Steiner, C. y Uribe, P. Ob. cit., 65.

25 Cf. García Sayan, D. (2005). “Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”. En *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*. Corte IDH. San José de Costa Rica, 323-384.

26 Cf. Sodero, E. “Precedente e internacionalización del Derecho Constitucional”. Ob. cit., 457.

Ya en 1992, en el caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”, la Corte Suprema estableció: 1. Que el derecho convencional prevalece sobre el local (según el art. 27 de la Convención de Viena); 2. La violación de la Convención puede provenir tanto de una acción normativa como de una omisión; 3. Que los órganos administrativos y jurisdiccionales están vinculados por la responsabilidad internacional que surge de violar la Convención; 4. Que en la interpretación de la Convención el Poder Judicial debe *guiarse* por la jurisprudencia de la Corte²⁷.

Esta doctrina fue recogida por la reforma de la Constitución realizada dos años después, en la que se otorgó *rango constitucional* a los tratados de Derechos Humanos²⁸. En lo que respecta a la cuestión de la interpretación de la Convención y su aplicación, la Corte Suprema no dejó de citar jurisprudencia de la Corte Interamericana en forma creciente. Finalmente, en el año 2007, en el caso “Mazzeo”, la Corte Suprema citó de modo expreso el precedente “Amonacid Arellano” y, como señala María Angélica Gelli, *lo siguió a la letra*²⁹.

En efecto, allí sostuvo la Corte Suprema argentina: “[...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, *el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana*, intérprete último de la Convención Americana”³⁰.

La Corte Suprema argentina ha hecho suyas las palabras de la Corte Interamericana de un modo notable. Esto entraña una segunda perplejidad jurídica, pues en Argentina el sistema de control de constitucionalidad es difuso. La jurisprudencia de la Corte Suprema no es obligatoria sino para las partes del caso, aún cuando se declare la inconstitucionalidad de una ley. Ahora bien, por imposición externa y reconocimiento propio, no siendo obligatoria la jurisprudencia de la Corte Suprema sí lo sería la de la Corte Interamericana, lo que es exótico a nuestro sistema de *judicial review*.

Además, la doctrina no es pacífica en relación con la preeminencia de la Convención por sobre la Constitución Nacional, especialmente teniendo en cuenta los votos en disidencia del juez Fayt. Cuestión importantísima

27 La interpretación de la Convención debe “guiarse por la jurisprudencia de la Corte”, en el mismo sentido en los casos “Alianza Frente de Unidad s/ oficialización lista de candidatos – Romero Feris”; “Portal de Belén”; “Acerbo”. En “Simón” se sostiene que es una “imprescindible pauta de interpretación” y en “Mazzeo” se afirma que es una “insoslayable pauta de interpretación”.

28 Art. 75, inc. 22.

29 Cf. Gelli, M. A. “Cooperación, conflictos y tensiones entre la jurisprudencia constitucional y la convencional”. En Capaldo, G.; Sieckmann, J. y Clérico, L. Ob. cit., 420.

30 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Mazzeo, Julio Lilo s/ Recurso de Casación e Inconstitucionalidad”, considerando 21.

que no podrá ser abordada en este trabajo. Pero independientemente de ello, continúa siendo polémico qué significa *tener en cuenta* la interpretación que la Corte realiza de la Convención.

III. ¿Qué significa tener en cuenta?

La Corte es la última intérprete de la Convención y ello se desprende pacíficamente de la misma Convención. Naturalmente, esta interpretación es obligatoria, como lo es el fallo mismo, para el Estado que es condenado. Constituye *cosa juzgada internacional* y es directamente vinculante.

Aquí debo introducir un matiz del juez Renato Rabbi-Baldi, quien sostiene que esta obligatoriedad de las sentencias de la Corte emanadas en el marco del artículo 68.1 de la Convención podría no ser inexorable a la luz del mismo texto de la norma, que establece: “[...] los Estados Partes de la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”, lo cual, según el juez argentino, no es exactamente lo mismo que decir que dichas decisiones sean de *cumplimiento obligatorio*. Y abunda que “Resulta indudable que el ‘compromiso’ –en especial a nivel internacional, aunque conceptualmente no es diferente a nivel interno– está señalando que una sentencia de la CIDH no es papel mojado y que los Estados deben honrarla. Pero el ‘compromiso’ no es equivalente a algo inexorable ya que nada excluye que una sentencia, aún internacional, resulte violatoria de ‘normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)’, como lo ha venido a precisar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (art. 53) y, en rigor, lo dice nuestra Constitución desde 1853 (arts. 27 y 102 –actual 118–). Sin perjuicio de volver sobre este aspecto nuclear del tema –que hace a la tesis del ministro Fayt y, acaso, de la jueza Argibay, relativa a este asunto–, dejo sentado aquí una matización acerca de la obligatoriedad no ya de las interpretaciones o de las sentencias de la CIDH en casos en que nuestro país no es parte, sino también en casos en que sí lo es”³¹.

No obstante, es indudable que el deber de cumplimiento por parte del Estado reviste la mayor importancia, pues la falta de cumplimiento genera un desprestigio grande del sistema interamericano, y puede afectar incluso los ordenamientos nacionales³².

31 Cf. Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2013). Eficacia de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación frente a decisiones internacionales. Conferencia leída en el XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Asociación Argentina de Derecho Procesal. Córdoba (Argentina), septiembre 18 al 20.

32 Cf. García Ramírez, S. (2002). *Los Derechos Humanos y la jurisdicción interamericana*. México. UNAM, 156.

La interpretación que de la Convención hace la Corte no es indiferente para el futuro de las decisiones de la misma Corte ni para los tribunales internos que apliquen la Convención. Ahora bien, ¿esta interpretación es *obligatoria o meramente orientativa* para los tribunales internos? Hay varias respuestas posibles al interrogante sobre qué alcance tiene el “tener en cuenta” de la jurisprudencia de la Corte.

Una posibilidad es tomar a la jurisprudencia de la Corte como una orientación en la interpretación de la Convención. Desde esta perspectiva, los tribunales internos tienen la obligación de considerarla y analizarla, deben *tomarla en serio*, pero no seguirla de modo abstracto y lineal. Los tribunales internos deberán interpretar la jurisprudencia de la Corte y aplicarla de acuerdo con las características del caso, sus hechos, su encuadre jurídico en el orden interno y su propia tradición jurídica. Esta es la línea interpretativa que propongo, en virtud de la cual las resoluciones a las que arriba la Corte en los casos contenciosos sometidos a su conocimiento únicamente se extienden a los Estados partes en la controversia de que se trate, y siempre que dicha decisión no violente principios de orden superior del Estado al que se refiere la resolución³³.

La posibilidad alternativa es considerar que la interpretación de la Corte es *obligatoria* para todos los Estados signatarios de la Convención. Esta es la posición de la misma Corte, de la Corte Suprema argentina (aunque no en forma unánime) y de gran parte de la doctrina. Menciono ilustrativamente la opinión de Bazán, para quien la sentencia constituye *cosa interpretada internacional*, causando también una vinculación directa con el resto de los países signatarios, o en palabras de Cançado Trindade, el resolutorio es válido *erga omnes partes*³⁴.

De este modo se busca configurar el sistema interamericano como un *case-law system*, en el que se impone el principio de *stare decisis*³⁵ que es absolutamente ajeno a la Convención, el Estatuto de la Corte y la tradición jurídica latinoamericana. Entender así el sistema implica que

33 Cf. Gelli, M. A. Ob. cit. Rabbi-Baldi Cabanillas, R. y Fleming Cánepa, E. (2015). “El caso ‘Artavia Murillo vs. Costa Rica’ de la CIDH: las técnicas de fertilización asistida; el estatuto del embrión y sus efectos en el derecho interno”. En Palacio de Caeiro, S. *Tratados de Derechos Humanos y su influencia en el Derecho Argentino*. Buenos Aires. La Ley.

34 Cf. Bazán, V. (2014). “Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año 20°. Colombia. Konrad Adenauer Stiftung, 389.

35 Cf. Soderó, E. (2014). “Los desafíos del positivismo de los Derechos Humanos. El sistema internacional de protección de los Derechos Humanos: ¿La pesadilla y el noble sueño?” En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año 20°. Colombia. Konrad Adenauer Stiftung, 489.

la Corte se constituye en un órgano cuasi-legislativo que elabora nuevas normas en solitario y hasta reconoce derechos que no están pactados en la Convención³⁶.

Creo que esta posición es errónea y ofrece muchos puntos débiles y riesgos que quisiera destacar.

- a. En primer lugar, debo mencionar el argumento gramatical, que es un argumento fuerte cuando estamos en presencia de una Convención vigente respecto de veinte Estados nacionales distintos, con diferentes tradiciones y antecedentes. En casos como este, la letra del Pacto es central y debe ser respetada. El artículo 68.1 dispone que “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Como señala Rabbi-Baldi, la expresión no admite margen de duda, resultando aplicable la conocida pauta de interpretación jurisprudencial según la cual no cabe a los tribunales *apartarse del principio primario de sujeción de los jueces a la ley*³⁷.
- b. En segundo lugar, pero desprendiéndose de lo anterior, la Corte parece vulnerar el principio de *buena fe* por ella misma argüido y establecido en los artículos 26 y 31 de la Convención de Viena, al imponer a los Estados signatarios una limitación a su soberanía mayor a la que ellos soberanamente accedieron. En efecto, un órgano institucional no puede arrogarse mayor poder que el que le ha sido concedido. En el plano del Estado de Derecho Democrático el poder es otorgado y es recibido, no es tomado desde arriba ni autoarrogado.
- c. Asimismo, el *principio de interpretación evolutiva*, que no está mencionado en la jurisprudencia pero sí es indudablemente aplicado, va también en contra de la Convención de Viena por aplicación del citado artículo 31 en su interacción con el artículo 62. Este último establece que las circunstancias constituyen una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por un tratado; y que si estas *cambian y el cambio tiene por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado*, es causa para darlo por terminado o retirarse de él.
- d. En cuarto lugar, se echa a un lado la subsidiariedad subyacente, en principio, a todo sistema global y la función meramente *coadyuvante*

³⁶ *Ibidem*, 492.

³⁷ Cf. Rabbi-Baldi Cabanillas, R. y Fleming Cánepa, E. *Ob. cit.*

- o complementaria* de la Corte, que aparece en el preámbulo de la Convención³⁸.
- e. En quinto lugar, pero vinculado a la subsidiariedad, tenemos la ausencia en el ámbito interamericano de la doctrina del *margen de apreciación estatal* que más elásticamente se ha desenvuelto en el ámbito europeo. A su turno, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la sentencia dictada en el caso “Handyside vs. Reino Unido”, del 7 de diciembre de 1976, ha adoptado esta conocida doctrina que busca, por el debido reconocimiento al orden jurídico interno de cada Estado, otorgar deferencia al criterio de protección que en ese ámbito sea acordado a los Derechos Fundamentales³⁹. Es de preguntarse si dicha teoría no puede considerársela dentro del *ius cogens*.
 - f. La solución implica un poder desmesurado en manos de la Corte, lo que iría en contra de los principios democráticos que supone el instituto mismo de los Derechos Humanos. Problema sugerido por Sodero citando a Juvenal: *quis custodiet ipsos custodes?*, dado que la Corte pareciera imponer un nuevo paradigma positivista al detentar un poder mayor del reconocido al Parlamento en los siglos XVIII y XIX. En efecto, aún en el reinado del *positivismo legalista* se reconocía al legislativo estatal los límites de la *rerum natura*. El constitucionalista suizo del siglo XVIII, Jean-Louis de Lolme, refiriéndose al Derecho Inglés, aseguraba que “el parlamento puede hacer cualquier cosa, excepto convertir en mujer a un hombre, o a un hombre en mujer”. Mientras que “En nuestro tiempo, y contra tales límites, los jueces han llegado a reconocer no sólo que un hombre puede ser mujer (reconociendo el cambio de sexo), sino –lo que es más dañoso aún– que directamente han negado el estatus de personas a quienes en realidad lo son, negación que se comprueba en ‘Artavia Murillo’⁴⁰, donde la Corte se atribuye el poder de decir quién es persona y quién no lo es y, sin dejar de recordar que ella misma había ‘señalado que el derecho a la vida presupone que ninguna persona sea privada

38 Cf. Bandieri, L. M. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: rápido repaso de límites y problemas. En *Novenas Jornadas Internacionales de Derecho Natural, Derecho Natural, hermenéutica jurídica y el papel del juez*. Buenos Aires. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho. Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/control-constitucionalidad-convencionalidad.pdf> [Fecha de consulta: 14-8-2015].

39 Cf. Colombo Murúa, I. “Un fallo que invita a reflexionar sobre los alcances de los fallos de la CIDH”. En *LL* 2012-B, 998.

40 He tratado el caso “Artavia Murillo” en Maino, C. A. G. (2014). “La eficacia de las sentencias de la CIDH y el caso Artavia Murillo”. En *Eficacia de los Derechos Humanos en el siglo XXI. Un reto por resolver* (Coords.: Leoba Castañeda y Otero Parga). México. Porrúa, 75-92.

de su vida arbitrariamente’, termina zanjando dogmáticamente un debate científico –y moral– a través de la regla de que el embrión humano no implantado no debe ser considerado persona en el sentido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴¹.

- g. En séptimo lugar, reaparece con fuerza el problema del *judicial review* y la *dificultad contramayoritaria*. El argumento del autogobierno democrático y la insuficiente legitimidad de los tribunales internacionales invitan a una aplicación restrictiva de los fallos de los tribunales internacionales. Este tema, al que los latinoamericanos parecemos hacer caso omiso, ha cobrado un gran interés en los Estados Unidos. En efecto, a partir de los primeros años de este siglo la Corte Suprema de los Estados Unidos ha acudido colateralmente a sentencias internacionales como fundamento de sus fallos (basadas en instrumentos internacionales que no han sido incorporados al ordenamiento jurídico local por decisión soberana del gobierno democrático de esa nación)⁴². Ello ha ocasionado un gran revuelo y las resistencias no sólo de jueces conservadores, como Antonin Scalia, sino también de un liberal, como Richard Posner⁴³.

IV. Prudencia vs. activismo

Frente a este dilema podríamos caer en la tentación de querer dejar el problema librado al entrecuero y las tensiones que se dan en la relación jurisprudencia de la Corte-jurisprudencia interna.

Varios autores lo han propuesto, como Gertrude Lübbe-Wolff, jueza del Tribunal Constitucional de Alemania, quien sostiene: “Un orden internacional al que se integren de tal manera los regímenes jurídicos nacionales sería funcional al deseo de ver inequívocamente localizada la ‘última palabra’ y mantener al mundo en lo posible libre de conflictos que el Derecho no

41 Cf. Sodero, E. “Los desafíos del positivismo de los derechos humanos. El sistema internacional de protección de los derechos humanos: ¿La pesadilla y el noble sueño?” Ob. cit., 493, donde también recuerda el caso “Dred Scott vs. Sandford”, donde el juez Taney pasó a la historia afirmando que las personas de raza negra eran *una clase de seres subordinada e inferior, tan inferior que no tiene derechos que los blancos estén obligados a respetar*, por lo que *puede justa y legalmente ser reducido a la esclavitud en su propio beneficio*, concluyendo que la raza africana esclavizada no estaba incluida entre el *pueblo cuyos derechos inalienables* proclamaba la Declaración de la Independencia.

42 Casos “Atkins vs. Virginia”, de 2002; “Roper vs. Simmons”, de 2005 y “Lawrence vs. Texas”, de 2003.

43 Cf. Santiago, A. (2010). *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires. Marcial Pons, 201.

está en condiciones de resolver o para los que, más exactamente, sólo puede ofrecer soluciones encontradas según las diferentes perspectivas.

No obstante, el mundo real no puede ser redimido de sus conflictos reales con meras construcciones teórico-jurídicas, y existen razones para preguntarse si a largo plazo no podría resultar más útil al Derecho y a la paz soportar una tensión entre el Derecho Nacional y el Derecho Internacional, que postular un sometimiento 'incondicional', y en consecuencia también ilimitado, a 'uno' de estos regímenes jurídicos, el internacional, a partir del cual las partes contratantes de tratados internacionales y los Estados miembros de organizaciones supranacionales, renuncian a toda posibilidad de tener voz y voto a la hora de decidir acerca de cuáles son los 'límites' de su inserción en contextos supranacionales en tratados de Derecho Internacional⁴⁴.

Creo que esta solución no es la adecuada, sino que es necesario elaborar teóricamente el alcance de la jurisprudencia de la Corte en base a la limitación de soberanía realizada al suscribir la Convención. La solución de la no-solución, en la que nadie tiene la *última palabra*, puede ser descripta con la imagen utilizada por el magistrado británico del Tribunal Europeo, Sir Konrad Schiemann, quien señaló que *en su larga vida matrimonial su mujer y él nunca pudieron ponerse de acuerdo sobre cuál de los dos tiene la última palabra, sin que ello haya perjudicado el matrimonio en absoluto*⁴⁵. Justamente esta imagen nos revela la realidad que esconde esta solución de la no-solución: como en el matrimonio, *aunque no se diga, en la práctica alguien tiene la última palabra*.

Resuelto a ofrecer una solución, considero que lo vertido en el acápite precedente ofrece razones suficientes para proponer una mayor cautela en relación con las facultades que se irroga a sí misma la Corte.

Aún concediendo que el sistema interamericano y sus actores tienen la loable aspiración de establecer ellos mismos *la paz perpetua*, con esa bella intensión no sólo no se consigue aquel paraíso terrenal soñado sino que más bien genera la sensación de autoritaria imposición de construcciones y soluciones ajenas a las naciones y a sus ciudadanos. Por ello hay que tener cuidado con nuestras aspiraciones y sueños, pues su realización a veces producen monstruos que luego no harán más que atormentarnos.

Si la globalización de los tribunales traerá los mismos resultados que la globalización de los mercados, deberíamos replantearnos hacia dónde estamos yendo, atraídos por la dulce música de los Derechos Humanos, cual si fuéramos los niños de Hamelín.

44 Cf. Lübbe-Wolff, G. "Justicia constitucional y justicia internacional: cooperaciones, conflictos y tensiones". En Capaldo, G.; Sieckmann, J. y Clérico, L. Ob. cit., 102.

45 *Ibidem*, 105.

Hay un costo de la *internacionalización del Derecho Constitucional* que debemos pensar si estamos dispuestos a pagar, y en qué medida. Principalmente, *la distancia y menor familiaridad* que los justiciables y los operadores jurídicos tienen del sistema genera falta de transparencia en el mismo, y también desigualdades en las posibilidades de acceder al sistema, y la *imposibilidad fáctica de democratizar* estos ámbitos tan lejanos de los ciudadanos, hace que sus decisiones no tengan la representación, meditación y diálogo que precede a una norma internacional como una Convención. Por ello existe el principio de subsidiariedad y las distintas formas de federalismo, que permiten una integración mediatizada y democrática de la politicidad humana.

Esta lejanía de la Corte ha acarreado ya contradicciones graves. Un caso emblemático en este sentido es el de “Gelman *vs.* Uruguay”, en el que en tributo a la salvaguarda de los derechos reconocidos en la Convención, se conculcan otros igualmente reconocidos y elementales para la práctica cotidiana del Derecho Penal occidental. De hecho, en ese caso la misma Corte reseña cómo cada país ha resuelto los problemas de justicia transicional de un modo distinto, adecuado a su historia, tradición jurídica y situación política. Sin embargo, esta evidencia no le ha impedido a la Corte fallar realizando una ponderación arbitraria de derechos⁴⁶.

Esta autoconciencia de la Corte, y el curso que le ha dado a su accionar, puede agravar conflictos en vez de atenuarlos. Tal es el caso de las llamadas reparaciones simbólicas, que por su índole corresponden a la política y no a un Tribunal, y mucho menos internacional⁴⁷. Por ejemplo, en el caso “Castro Castro *vs.* Perú”⁴⁸, sobre el ataque al penal de Castro Castro en el que se encontraban detenidas personas pertenecientes a la organización terrorista *Sendero Luminoso*, y que fue reprimido de un modo que la Corte juzgó *injustificable*. La Corte sostuvo que su fallo constituía por sí mismo una reparación, al sostener que los hechos fueron negados, ocultados, tergiversados o justificados por largo tiempo. Como parte de esta *reparación simbólica* la Corte dispuso que los nombres de los 41 muertos en el ataque al Penal fueran tallados en las piedras que rodean el memorial denominado *El Ojo que Llora*, ubicado en Lima. María Angélica Gelli rememora que cuando se inauguró el memorial, el espíritu de paz que lo guiaba ayudó a su aceptación por la sociedad peruana. Sin embargo, cuando la sentencia en

46 En el mismo sentido, el caso “Bulacio *vs.* Argentina”, sentencia del 18 de septiembre de 2003.

47 Sobre el tema de las reparaciones simbólicas ver Gelli, M. A. (2007). “Las reparaciones simbólicas por la violación estatal de los Derechos Humanos”. En *La Ley*, suplemento constitucional. Buenos Aires.

48 Corte IDH, fallo “Castro Castro *vs.* Perú”, sentencia del 25 de noviembre de 2006.

“Castro Castro” se emitió, ordenando la incorporación de los nombres de los muertos tallados en las piedras del monumento, se desató una reacción de parte de la sociedad peruana, con críticas al memorial, que llegaron a pedir su demolición. Algunos llegaron incluso a considerarlo un *Monumento al Terrorismo*. Ello trajo aparejado un rechazo de muchos hacia la sentencia y hacia misma Corte. Las críticas estaban centradas no en las reparaciones materiales sino en esta reparación simbólica⁴⁹.

La Corte parece olvidar que cada pueblo, al igual que cada persona, procesa y resuelve sus contradicciones y desgracias como puede, con sus propios tiempos y modos. Tales procesos deben ser llevados adelante en y por la vida política de ese pueblo, y no pueden ser impuestos voluntariamente desde San José de Costa Rica.

V. Algunas líneas de acción a modo de conclusión

Es indudable que la interpretación de la Convención que realice la Corte debe ser *tenida en cuenta* por los tribunales que la apliquen, del mismo modo que cualquier otro tribunal inferior respecto de las interpretaciones no vinculantes de su tribunal jerárquico.

Ello no quiere decir que sean *obligatorias*, sino que deben ser sopesadas y consideradas al momento de realizar la propia interpretación en el marco de la aplicación local y directa de la Convención⁵⁰. La Corte no tiene autoridad política ni facultad jurídica para exigir más. Los tribunales internos no deberían ir más allá, ni reconocer más de lo que en justicia deben. A veces pareciera que los tribunales superiores de Latinoamérica encuentran en la aceptación de la interpretación de la Corte una *zona de confort* en la que, so pretexto de prevenir al Estado de responsabilidad internacional, prevalece un argumento de fundamentación que los releva de cualquier esfuerzo de adecuación prudencial de la Convención a los ordenamientos internos y a la propia tradición jurídica.

Actuar así no es aplicar la doctrina del *self-executing* de la Convención, sino que más bien estaríamos aplicando las decisiones de la Corte como si fuera una especie de *consejo de caddies* o presuponiendo que la misma tiene

49 Cf. Gelli, M. A. “Cooperación, conflictos y tensiones entre la jurisprudencia constitucional y la convencional”. En Capaldo, G.; Sieckmann, J. y Clérico, L. Ob. cit., 424.

50 Para Gozañi es distinta la solución cuando se trata de una opinión consultiva, porque en ese caso la Corte se aboca exclusivamente a la interpretación de las normas del sistema. Esta interpretación sería obligatoria y los tribunales internos deben cumplir con el deber impuesto en la misma Convención de adaptar el derecho interno a la misma. Cf. Gozañi, O. A. (2008). “El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno”. En Albanese, S. *El control de convencionalidad*. Buenos Aires. EDIAR, 105.

una suerte de inspiración divina que le da infalibilidad. Creo que aceptar esta configuración del sistema interamericano lo volvería muy poco democrático –demasiado poco–, y ello a socavo del Estado de Derecho y del reparto institucional del poder, por parte de un organismo carente de representación política.

En efecto, la obligatoriedad de las interpretaciones de la Corte *erga omnes* la volvería una *conferencia internacional en sesión permanente*, que no ostenta ninguna representación política válida para la tan delicada tarea de reconocer Derechos Humanos. Ya sostenía Rousseau que si tuviéramos un pueblo de dioses no haría falta la representación⁵¹, pero los pueblos de dioses no existen y las cortes de dioses tampoco. La representación política es esencial a la democracia, porque si bien es cierto que una asamblea de representantes puede errar o prevaricar gravemente, los controles mutuos, procesos políticos, deliberaciones públicas y procedimientos formales de toma de decisión constituyen una mejor prevención que la que se cuenta en una Corte. No es para esto para lo que la Corte fue constituida, ninguna corte en realidad. Además, no permitir el disenso respecto de sus interpretaciones representa una contradicción con el proceso iniciado en 1948 en virtud del cual, junto con las declaraciones y los sistemas de salvaguarda de derechos, se promovió el sistema democrático como esencial a los mismos, y, como ya señalara Bobbio, la posibilidad de disenso es esencial a la democracia⁵².

En “Mazzeo”, en el voto disidente de Fayt se lee: “No debe permitirse que los grandes beneficios hagan desaparecer los grandes principios. Precisamente una cultura jurídica se prueba a sí misma a partir de aquellos principios cuya lesión nunca permitirá”. Y el maestro Bidart Campos sostenía que ninguna solución humana, por más justa que fuera, *resiste convertirse en dogma ni verse como la única*. Comparto entonces lo siguiente: “Por eso quizá uno de los medios adecuados para la interpretación armónica del Derecho vigente consista en aplicar los grandes lineamientos doctrinarios donde los consensos se han consagrado y reconocer que aquellas posiciones imbricadas, ausentes de unanimidades, no sólo entre miembros de las cortes internacionales, sino entre estos y los jueces de los máximos tribunales nacionales, merecen la aplicación de la regla de la normal prudencia hasta llegar a develar la existencia de una doctrina perdurable en base al principio de seguridad jurídica tantas veces invocado por los tribunales”⁵³.

51 Rousseau, J. J. *El Contrato Social*, III, 4.

52 Bobbio, N. (1994). *El futuro de la democracia*. Barcelona. Planeta, 77.

53 Albanese, S. “La internacionalización del Derecho Constitucional y la constitucionalización del Derecho Internacional”. En Albanese, S., *El control de convencionalidad*. Ob. cit., 44.

Me gustaría ofrecer el punto de vista según el cual los tribunales internos, sobre todo los superiores, se ubicaran entre la Convención y la jurisprudencia de la Corte, y los ordenamientos internos y su propia tradición jurídica, en un arduo ejercicio prudencial de interpretación tópica, adecuando y sopesando las distintas fuentes y elementos que confluyen en el caso concreto. Porque “para interpretar y aplicar los derechos no sirve la *scientia iuris*, sino que se precisa la *iuris prudentia*, capaz de incorporar la realidad a la norma a través del caso y de utilizar la equidad para buscar la solución normativa a través del principio de proporcionalidad”⁵⁴. El juez se presenta así como un mediador entre la universalidad de la Convención y la Corte, y la particularidad del ordenamiento interno y el caso. Una especie de *pontifex* que pareciera ubicarse fuera de la estatalidad, fomentándose una aproximación al modelo estadounidense de la función del juez, en el que como decía Hamilton, en *El Federalista*, se concibe a los tribunales como un *cuero intermedio entre la sociedad y el Estado*⁵⁵.

A modo de propuestas de acción para rectificar el camino que han tomado tantos tribunales internos, hay algunas pautas que someteré a la consideración del lector.

1. La primera de ellas es que debemos distinguir entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*, es decir, entre aquello que importa un criterio normativo o *línea jurisprudencial* y lo propio del caso concreto no extrapolable a un criterio general⁵⁶.
2. En segundo lugar, haciendo tributo a Heráclito, es necesario recordar que no existen nunca dos casos idénticos, por lo que corresponde corroborar si hay suficiente similitud entre el precedente de la Corte y el que debe juzgar el tribunal interno. Dicha similitud o disparidad puede estar fundada en la diversidad cultural e histórica de los países respecto de los cuales se aplica la misma norma.
3. En tercer lugar, dado que la Corte no es infalible y está sujeta a error e incluso prevaricación, no es imposible que pudiéramos toparnos con una decisión injusta, contraria a la razón, a la misma Convención, a otras normas del Derecho Internacional, o a los principios del Derecho Internacional. En tal caso, estaríamos en presencia de un

54 Aragón Reyes, M. (2004). “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”. En Carbonell, M.; Fix Fierro, H.; Vázquez, R. *Jueces y derecho*. México. UNAM-Porrúa, 156.

55 Gozaíni, O. A., “El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno”. En Albanese, S. Ob. cit., 93.

56 Sodero, E. “Precedente e internacionalización del Derecho Constitucional”. Ob. cit., 470.

precedente manifiestamente injusto que no debería ser seguido por ningún tribunal interno⁵⁷.

4. En cuarto lugar, fomentar la doctrina del *margen de apreciación estatal*, que es una suerte de *selfrestraint* que se orienta a respetar los procesos políticos locales, los modos de los pueblos de resolver cuestiones vinculadas a la justicia transicional o a violaciones de Derechos Humanos ocurridas en el pasado, y –sobre todo– la tradición jurídica de los pueblos.

Bibliografía

- Albanese, S. (2008). “La internacionalización del Derecho Constitucional y la constitucionalización del Derecho Internacional”. En Albanese, S. *El control de convencionalidad*. Buenos Aires. EDIAR.
- Aragón Reyes, M. (2004). “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”. En Carbonell, M.; Fix Fierro, H.; Vázquez, R., *Jueces y derecho*. México. UNAM-Porrúa.
- Bandieri, L. M. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: rápido repaso de límites y problemas”. Presentado en Novenas Jornadas Internacionales de Derecho Natural: *Derecho Natural, hermenéutica jurídica y el papel del juez*. Buenos Aires. Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho.
- Bazán, V. (2014). “Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año 20°. Colombia. Konrad Adenauer Stiftung.
- Bobbio, N. (1994). *El futuro de la democracia*. Barcelona. Planeta.
- Colombo Murúa, I. “Un fallo que invita a reflexionar sobre los alcances de los fallos de la CIDH”. *LL* 2012-B.
- Ferrer Mac-Gregor, E. y Pelayo Möller, C. M., en su comentario al artículo 1º de la Convención. En Steiner, C. y Uribe, P. (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario*. Buenos Aires. Eudeba.
- García Ramírez, S. (2002). *Los Derechos Humanos y la jurisdicción interamericana*. México. UNAM.
- García Sayan, D. (2005). “Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”. En *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*. Corte IDH. San José de Costa Rica.
- Gayo. *Digesto* I, 1, 8; *Instituta* I, 2, 1.
- Gelli, M. A. (2012). “Cooperación, conflictos y tensiones entre la jurisdicción constitucional y la convencional”. En Capaldo, G.; Sieckmann, J. y Clérico, L., *Internacionalización del Derecho Constitucional y constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires. EUDEBA.

57 Ídem.

- Gelli, M. A. (2007). “Las reparaciones simbólicas por la violación estatal de los Derechos Humanos”. En *La Ley*, suplemento constitucional. Buenos Aires.
- Gozaíni, O. A. (2008). “El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el Derecho Interno”. En Albanese, S. *El control de convencionalidad*. Buenos Aires. EDIAR.
- Landa, C. (2009). “Implementación de las decisiones del sistema interamericano de Derechos Humanos en el ordenamiento constitucional peruano”. En Von Bogdandy, A.; Morales, M. y Landa, C. (Coords.), *¿Integración suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*. Madrid. CEPC-MPI.
- Lübbe-Wolff, G. (2012). “Justicia constitucional y justicia internacional: cooperaciones, conflictos y tensiones”. En Capaldo, G.; Sieckmann, J. y Clérico, L., *Internacionalización del Derecho Constitucional y constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires. EUDEBA.
- Maino, C. A. G. (2014). “La eficacia de las sentencias de la CIDH y el caso Artavia Murillo”. En *Eficacia de los Derechos Humanos en el siglo XXI. Un reto por resolver* (Coords.: Leoba Castañeda y Otero Parga). México. Porrúa.
- Márquez Luzardo, C. M. (2014). “La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros casos paradigmáticos. Los precedentes de Trinidad y Tobago; Perú y Venezuela”. En *Cuestiones Jurídicas*, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta, Vol. VIII, N° 1.
- Rabbi-Baldi Cabanillas, R. y Fleming Cánepa, E. (2015). “El caso ‘Artavia Murillo vs. Costa Rica’ de la CIDH: las técnicas de fertilización asistida; el estatuto del embrión y sus efectos en el derecho interno”. En Palacio de Caeiro, S. *Tratados de Derechos Humanos y su influencia en el Derecho Argentino*. Buenos Aires. La Ley.
- Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2013). Eficacia de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación frente a decisiones internacionales. Conferencia leída en el *XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Asociación Argentina de Derecho Procesal. Córdoba (Argentina), septiembre 18 al 20.
- Rousseau, J. J. *El Contrato Social*, III, 4.
- Santiago, A. (2010). *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires. Marcial Pons.
- Schmitt, C. (1989). *Teoría de la Constitución*. Madrid. Alianza Editorial.
- Sodero, E. (2014). “Los desafíos del positivismo de los Derechos Humanos. El sistema internacional de protección de los Derechos Humanos: ¿La pesadilla y el noble sueño?” En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año 20°. Colombia. Konrad Adenauer Stiftung.
- Sodero, E. (2012). “Precedente e internacionalización del Derecho Constitucional”. En Capaldo, G.; Sieckmann, J. y Clérico, L., *Internacionalización del Derecho Constitucional y constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires. EUDEBA.
- Steiner, C. y Uribe, P. (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario*. Buenos Aires. Eudeba.
- Von Bogdandy, A. (2012). “Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una perspectiva (mirada) de la relación entre el Derecho Internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales”. En Capaldo, G.; Sieckmann, J. y Clérico, L. *Internacionalización del Derecho Constitucional y constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires. EUDEBA.

PARTE II

ESTUDIOS DOCTRINALES

**LA DIMENSIÓN COLECTIVA DEL DERECHO A LA LIBERTAD
RELIGIOSA. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL CASO
“BURWELL SECRETARY OF HEALTH AND HUMAN SERVICES,
ET AL. V. HOBBY LOBBY STORES, INC.”, DE LA CORTE
SUPREMA NORTEAMERICANA DESDE LA PERSPECTIVA
DE LOS DERECHOS HUMANOS¹**

*The Religious Liberty Collective Dimension. Comments
on the Scotus Ruling “Burwell Secretary of Health and Human Services,
et al. v. Hobby Lobby Stores, Inc.”, from a Human Rights Perspective*

Trilce Valdivia Aguilar*

Recibido: 10 de marzo de 2016.
Aprobado: 18 de marzo de 2016.

Resumen: En la sentencia del caso “Burwell Secretary of Health and Human Services, et al. v. Hobby Lobby Stores, Inc.”, la Corte Suprema Norteamericana reconoció un supuesto derecho de las corporaciones con fines de lucro al ejercicio de la libertad religiosa. A partir de esta *ratio decidendi*, concluyó que las disposiciones del *Patient Protection and Affordable Care Act* resultaban lesivas al mismo, por imponer a las compañías demandantes la realización de conductas claramente opuestas a sus principios religiosos. En este trabajo, la autora realiza una valoración crítica de dicho razonamiento y sostiene que, aun cuando la decisión de la Corte resulta adecuada

* Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo (UCSP) de Arequipa-Perú. Se desempeña como profesora titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la UCSP y forma parte del Programa de Incorporación Docente de Estudiantes (PIDE) de la misma casa de estudios. Correo electrónico: tvaldivia@ucsp.edu.pe.

¹ Esta investigación se financió con los aportes de la Dirección de Investigación de la Universidad Católica San Pablo y se desarrolló durante la pasantía realizada por la autora en las oficinas de Alliance Defending Freedom International en Washington DC, en el segundo semestre de 2014. La autora agradece a los profesores José Chávez - Fernández Postigo y Armando Romero Muñoz, por sus comentarios a una versión preliminar de este trabajo.

y razonable para el caso concreto, no ofrece una motivación suficiente en vista de la naturaleza y fines del bien jurídico que se pretende tutelar. En ese sentido, la autora sugiere que la Corte habría aportado una fundamentación más sólida de su decisión, de haber recurrido a los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en relación al contenido esencial del derecho a la libertad religiosa, específicamente en lo relativo a su intrínseca dimensión colectiva.

Palabras clave: Hobby Lobby - Mandato contraceptivo - Religión - Libertad religiosa - Dimensión colectiva - Derechos Humanos - Personas jurídicas.

Abstract: In the “Burwell Secretary of Health and Human Services, et al. v. Hobby Lobby Stores, Inc.” decision, the United States Supreme Court recognized the alleged rights of corporations to the exercise of religion, and concluded that the *Patient Protection and Affordable Care Act* imposed a substantial burden to this right, since it would force corporations to pay an enormous sum of money if they insisted on providing insurance coverage in accordance with their religious tenets. In this paper, the author offers a critical approach to the ruling, and affirms that even though the decision is adequate and reasonable to solve the controversy, the reasons the Court holds are not sufficient for the nature and purpose of the right it aims to protect. Hence, the author suggests that a more solid justification would have been achieved if the Court had made use of the International Human Rights Law standards related to freedom of religion, more specifically, to those linked with its intrinsic collective dimension.

Keywords: Hobby Lobby - Religious Freedom Restoration Act - Contraceptive Mandate - Religion - Religious Freedom - Collective Rights - Human Rights - Corporate Persons.

1. Introducción

La sentencia del caso “Burwell Secretary of Health and Human Services, et al. v. Hobby Lobby Stores, Inc.”, de la Corte Suprema Norteamericana, se publicó el 1º de agosto de 2014. El problema resuelto por este alto Tribunal surgió en 2010, tras aprobarse la Ley de Protección al Paciente y Cuidado de Salud Asequible (*Patient Protection and Affordable Care Act*), que impuso a aquellas compañías con cincuenta o más trabajadores la afiliación de sus empleados a este sistema de seguro, el mismo que otorgaba a las trabajadoras la posibilidad de acceder a “medidas preventivas” y revisio-

nes recomendadas por la Administración de Recursos y Servicios de Salud de los Estados Unidos de América. Estas medidas y revisiones comprendían, entre otras, el acceso a veinte tipos de métodos anticonceptivos y de esterilización, cuatro de estos con potenciales efectos abortivos. Las organizaciones religiosas que actuasen como empleadores estaban exentas del llamado “mandato contraceptivo”; así también, otras organizaciones caritativas y sin fines de lucro cuyos principios religiosos fuesen vulnerados por esta obligación fueron eximidas del mandato, en aplicación de lo dispuesto en la Ley de Restauración de Libertad Religiosa, la que prohíbe que el Gobierno limite sustancialmente el ejercicio de la religión de una persona, incluso si tal límite proviene de una regla de aplicación general, a menos que el Gobierno demostrase que dicho límite se impone en aras de la consecución de un interés público imperativo y que constituye la medida menos restrictiva para el cumplimiento de ese fin.

Para el caso que nos ocupa, los dueños de tres corporaciones con fines de lucro² –Hobby Lobby, Conestoga y Mardel– cuestionaron en los Tribunales el llamado “mandato contraceptivo” de la Administración de Salud Norteamericana, afirmando que sus creencias religiosas de afiliación cristiana les impedían proveer a sus trabajadores un servicio de salud que incluyera cuatro métodos anticonceptivos con posibles efectos abortivos, por lo que solicitaron que se les aplicara la excepción concedida a las organizaciones de afiliación religiosa sin fines de lucro. Por su parte, la Administración de Salud contestó la demanda argumentando que las corporaciones con fines de lucro no se encuentran amparadas por la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa, siendo que para estas es imposible “ejercer” una determinada religión.

En el fallo que analizaremos, la Corte Suprema Norteamericana juzgó que el “mandato contraceptivo” de la Autoridad Administrativa de Salud norteamericana violó las regulaciones dispuestas por la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa, en lo que concierne a los derechos de las socie-

2 Hobby Lobby Stores, Inc. nace como persona jurídica en 1960 en Oklahoma, EE UU. La compañía fue fundada por David y Barbara Green, pareja de esposos cristianos evangélicos. David Green y sus tres hijos conforman el Directorio de la corporación; aunque se trata de una empresa familiar, cuenta con 13.000 empleados y cerca de 500 sucursales. Según la revista *Forbes*, sus ingresos anuales bordean los 3 billones de dólares, de los cuales, por lo menos un tercio se destina a obras de caridad. Conestoga and Woods Specialities Corporation fue fundada a principios de 1960 por la familia Hahn, de creencias menonitas. Conforme a sus estatutos, la misión de esta empresa es obtener ganancias razonables, observando los parámetros cristianos. Asimismo, propugna la santidad de la vida humana como valor inspirador de su compañía. Mardel, Inc. es también una compañía de Oklahoma, fundada por uno de los hijos de la familia Green, opera 35 librerías cristianas y emplea aproximadamente a 400 personas. [Cf. Lyman J. & Millon, D. (2014). *Corporate Law after Hobby Lobby. The Business Lawyer*, Nro. 70, 1-31, 5-7].

dades anónimas cerradas, pues de entre todas las medidas posibles, adoptó aquella que restringía en mayor medida su derecho a la libertad religiosa.

En este trabajo pretendemos, de una parte, exponer los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema para llegar a su decisión; centrándonos en uno de los argumentos más controvertidos de la sentencia, el relativo al reconocimiento del llamado “derecho a la libertad religiosa de las corporaciones”. En la segunda parte, profundizaremos en el contenido protegido por este derecho a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Filosofía del Derecho; con lo que, finalmente, evidenciaremos que dicha “controvertida” argumentación encontraría un asidero más sólido, desde la tesis de la “dimensión colectiva” del derecho a la libertad religiosa, reconocida en los principales documentos internacionales de Derechos Humanos y refrendada por la Jurisprudencia y por las recomendaciones de los órganos cometidos a su vigilancia.

2. Iter argumentativo de la sentencia del caso “Burwell Secretary of Health and Human Services, et al. v. Hobby Lobby Stores, Inc.”

Son cuatro las preguntas que a nuestro parecer han guiado el razonamiento de la Corte para resolver el caso³. En primer lugar, ¿puede una corporación con ánimo de lucro ser considerada “persona” con capacidad para ejercer el derecho a la libertad religiosa en los términos de la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa? En segundo lugar, de poder ejercer la corporación dicho derecho, ¿se ve este “sustancialmente” limitado por las disposiciones de la Autoridad Administrativa de Salud en materia de anticoncepción? En tercer lugar, de concretarse tal limitación, ¿persigue esta última un interés preponderante del Estado? Y finalmente, ¿constituye el llamado “mandato contraceptivo”, el medio más idóneo, es decir, aquel que limita en menor proporción el ejercicio del derecho a la libertad religiosa de las corporaciones demandantes si así lo tuvieren?

La Corte Suprema responde afirmativamente a la primera pregunta. A su criterio, las regulaciones de la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa sí se aplican a corporaciones con ánimo de lucro. El razonamiento de la Corte resulta sencillo: siendo que dicha ley protege el derecho de las “personas” a la libertad religiosa y que conforme al *Dictionary Act*, el término “personas” incluye tanto a sujetos individuales como a corporaciones, entonces las corporaciones tienen también derecho al ejercicio de la libertad

3 El Magistrado ponente del voto de la mayoría fue el Juez Alito, con su opinión coincidieron los Jueces Roberts, Scalia, Kennedy y Thomas. Vertieron la opinión disidente las Juezas Ginsburg y Sotomayor, apoyadas por el Magistrado Breyer y la Jueza Kagan.

religiosa. Si bien la interpretación de la Corte puede calificarse de literalista, líneas abajo se encontraría la razón de fondo de opción: “[...] el propósito de extender derechos a las corporaciones es el de proteger la libertad religiosa de las personas humanas que las poseen y controlan”⁴. Asimismo, el Colegiado sostiene que “[...] aquellas prácticas empresariales compelidas por los principios de una doctrina religiosa caben fácilmente en el contenido de aquello que se entiende como ejercicio de la religión”⁵. Para la Corte, una corporación, sea cual fuere su dimensión, no está obligada a buscar fines de carácter exclusivamente económico, ello se reflejaría por ejemplo en el hecho de que muchas compañías apoyan una gran variedad de causas filantrópicas, mientras que otras alinean sus fines lucrativos a los principios religiosos de sus dueños (los que se determinarían conforme los requisitos que la ley establezca para la manifestación de voluntad válida de una persona jurídica); en ese sentido, se armoniza la finalidad económica de la Corporación con el ejercicio de la libertad religiosa de sus miembros⁶.

Para los jueces de la opinión disidente, el razonamiento de la mayoría no encuentra soporte en ningún precedente anterior del Tribunal y, por el contrario, aseveran que una corporación es un “[...] ente artificial, invisible, intangible, cuya existencia depende de la ley”⁷ y que, por lo tanto, no tiene conciencia, creencias, pensamientos, sentimientos, ni deseos. En esta premisa, niegan que estas instituciones sean titulares del derecho a la libertad religiosa; ello sin perjuicio de que sí consideren acertado su reconocimiento a favor de las organizaciones religiosas sin fines de lucro. ¿Cuál es la razón de este trato diferenciado? Para la posición disidente, la principal razón se encuentra en el hecho de que las organizaciones religiosas –también aquellas que no califican propiamente como “iglesias”– existen para alcanzar los intereses de una comunidad de creyentes, de personas que comparten la misma fe, lo que no sucede en el caso de una gran corporación con fines lucrativos, que comúnmente se encuentra conformada por personas de diferentes bagajes culturales que se unen, precisamente, con una sola finalidad, el ánimo de lucro.

Por nuestra parte, si bien coincidimos con la intención tuitiva de la Corte Suprema en la decisión que analizamos, debemos precisar que la ar-

4 “Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.”, 573 U.S. (2014) (Syllabus), 3. Traducción personal.

5 *Ibidem*, 21.

6 Sobre este argumento, el Juez Kennedy señala en su opinión concurrente que distinguir entre organizaciones con fines lucrativos y aquellas con fines no lucrativos podría resultar discriminatorio, siendo que se establece una acomodación razonable para unos, pero no para los otros. [Cf. “Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.”, 573 U.S. (2014) (Opinión concurrente del Juez Kennedy), 3. Traducción personal].

7 “Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.”, 573 U.S. (2014) (Opinión disidente), 14.

gumentación seguida no parece estar lo suficientemente justificada. En ese sentido, compartimos la perspectiva de Christiansen, quien comentando la sentencia del Décimo Circuito, ratificada por la Corte Suprema en esta decisión, afirma que más allá de la interpretación textual, resultaba necesario examinar el vínculo inextricable entre el derecho a la libertad religiosa y el derecho de sus titulares a ejercerlo de forma comunitaria⁸. De otra parte, desde el Derecho Corporativo Norteamericano, la Doctrina ha llamado la atención sobre la ausencia de temas relevantes para la decisión, como el recurso a los criterios jurisprudenciales anteriores⁹, la doctrina de la personalidad jurídica independiente y la responsabilidad limitada¹⁰; asimismo, se ha criticado el planteamiento de la Corte por centrar su análisis sólo en los derechos de los propietarios de las corporaciones y no así en los de sus *stakeholders*, tales como sus trabajadores, proveedores, entre otros¹¹.

Respecto de la segunda pregunta, en opinión del Tribunal, el “mandato contraceptivo” ordenado por la Autoridad Administrativa de Salud limita sustancialmente el derecho a la libertad religiosa de las Corporaciones demandantes. Ello, pues obliga a las familias propietarias de estos negocios a realizar conductas claramente transgresoras de sus creencias religiosas –como el hecho de colaborar indirectamente con sus trabajadores para la realización de acciones moralmente reprochables para su fe (uso de anti-conceptivos, aborto, entre otras)¹²–, las que sólo podrían ser evitadas a un alto costo en penalidades económicas. Asimismo, al decir de la Corte, no resulta una opción viable que las empresas demandantes cesen la cobertura de servicios de seguro a sus trabajadores, pues los demandantes no sólo se encuentran obligados a ello legalmente, sino que además los impulsan

8 Cf. Christiansen, J. (2013). The word person...includes Corporations. Why the Religious Freedom Restoration Act protects both for - and non profit corporations? *Utah Law Review*, Nro. 2, 623-659.

9 Cf. Garrett, B. (2014). Constitutional standing of Corporations. *University of Pennsylvania Law Review*, Nro. 163, 95-164.

10 Cf. Lyman J. & Millon, D. (2014). Corporate Law after Hobby Lobby. *The Business Lawyer*, Nro. 70, 1-31.

11 En la realidad empresarial norteamericana, es común encontrar corporaciones con fines de lucro que persiguen también una finalidad religiosa. Por lo que desde la normativa vigente, existiría para estas la posibilidad de aplicar mecanismos de participación y decisión más acordes con sus necesidades. [Cf. Meese, A. & Oman, N. (2014). Hobby Lobby, Corporate law, and the theory of the firm: Why for-profit corporations are RFRA persons. *Harvard Law Review Forum*, Nro. 127, 273-301, 299-300].

12 Con respecto a esta afirmación, es necesario señalar que existen razones no sólo estrictamente de fe, por las cuales el aborto y el uso de métodos anticonceptivos suponen conductas moralmente reprochables. Cf. Lee, P. & George, R. P. (2005). The wrong of abortion. En Cohen, A. I. & Wellman, C. (2ª edición), *Contemporary debates in applied Ethics* (37 -50). New York. Blackwell Publishers.

razones religiosas. En esa misma línea, el Tribunal afirma que no forma parte de sus facultades el juzgar sobre la “razonabilidad” de las creencias religiosas de los demandantes, sino sólo cerciorarse de que éstas sean firmes y honestas¹³.

Para la opinión disidente, el mandato contraceptivo de la Administración de Salud no repercute en la violación de las creencias religiosas de las organizaciones demandantes; la sola obligación de estas últimas consistía en el pago de la cobertura del seguro integral de salud para sus trabajadores y no en conocer los servicios de los que estos escogen ser beneficiarios. En ese sentido, ninguno de los demandantes paga directamente por la utilización de un método anticonceptivo o abortivo, lo hacen sus trabajadoras, las que no necesariamente comparten las mismas creencias que sus empleadores¹⁴.

Sobre esto último, coincidimos con Garnett, para quien la discusión del caso no se centra en postergar los derechos de las mujeres y favorecer los derechos de las organizaciones religiosas, sino más bien en preservar la diversidad cultural y religiosa del espacio público, de modo que en él puedan desarrollarse diversas formas del bien humano en un marco de libertad. Por consiguiente, como señala el Juez Kennedy, este caso no sólo exigía velar porque las trabajadoras y trabajadores tengan acceso a un seguro integral de salud, sino también de resguardar la actuación de sus empleadores conforme a sus creencias religiosas, actuación que requería del gobierno no sólo un deber de “ausencia de coerción”, sino también de fomento y promoción de aquellas instituciones en cuyo seno las personas pueden desplegar estas distintas formas de apreciar el bien. Lo que en la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha denominado “acomodamiento razonable”, y lo que, a nuestro juicio, puede entenderse como la aplicación equitativa de una ley de carácter general.

Finalmente, nos queda ocuparnos de las dos últimas preguntas que se planteó la Corte Suprema, ellas son si el “mandato contraceptivo” perseguía un fin imperioso; y en caso de ser así, si este constituía el medio más idóneo para alcanzar el fin perseguido. En opinión de la Corte, la *Ley de Protección*

13 Cf. “Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.”, 573 U.S. (2014) (Opinión de la Corte), 38.

14 La opinión mayoritaria responde a este argumento haciendo alusión a la eventual “cooperación” con actos moralmente reprochables a la que se verían forzados los propietarios de las compañías demandantes. Al respecto, puede consultarse el escrito de *amicus curiae* puesto a consideración de la Corte por 67 teólogos morales y filósofos católicos, en el que evidencian que el mandato contraceptivo habría forzado a los dueños de las compañías demandantes a cooperar con dos actividades moralmente reprochables para la fe cristiana, como son, por un lado, el financiamiento de sistemas de seguro que garantizarían el acceso de sus trabajadores a métodos contraceptivos con posibles consecuencias abortivas y, por otro, a subvencionar la ejecución de talleres y charlas de educación sexual que promovieran dichos métodos. [Cf. Brief of 67 catholic theologians and ethicists as amici curiae in support of Hobby Lobby Stores Inc., and Conestoga Wood Specialties Corp., “Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.”, 573 U.S. (2014)].

al Paciente y Cuidado de Salud Asequible perseguía, para este caso concreto, que las trabajadoras accedieran a métodos anticonceptivos de forma gratuita, más específicamente que accedieran también a los cuatro métodos anticonceptivos con potenciales efectos abortivos. El Tribunal no profundiza en el análisis de los fines de la legislación y asume sin más que el propósito perseguido por ésta es imperioso, quedando pendiente de responder si la medida adoptada es la más idónea para la consecución del fin propuesto. Antes de abordar esta última cuestión, en nuestra opinión, el análisis de los fines propuestos por la legislación no resultaba para nada irrelevante, puesto que no parece razonable que se equipare sin más una medida que se enmarca en la protección integral de la salud de todos los seres humanos a otra que representaría graves riesgos para la vida e integridad de los más débiles de entre ellos.

Respecto de la última cuestión pendiente, cabe apuntar que, para la Corte, la medida asumida por la Administración de Salud no resulta ser la más idónea, al existir medidas que limitan en menor magnitud el ejercicio del derecho a la libertad religiosa de las compañías demandantes, por ejemplo, la posibilidad de que el Gobierno asuma los costos de la provisión de los cuatro anticonceptivos cuestionados. Para el Tribunal, la protección del derecho a la libertad religiosa requiere que la excepción brindada a favor de las organizaciones sin ánimo de lucro se extienda también a las corporaciones con fines de lucro; en esta medida acomodadora, las trabajadoras de las compañías demandantes tendrían acceso a la totalidad de los servicios del seguro de salud y sus empleadores no verían comprometidas sus creencias religiosas. La Corte aclara enfáticamente que su decisión se aplica exclusivamente para aquellos casos que involucren el mandato contraceptivo, es decir, la decisión no se extiende a otros tipos de servicios comprendidos en la *Ley de Protección al Paciente y Cuidado de Salud Asequible*, tales como transfusiones de sangre, vacunas, entre otros.

Para la opinión disidente, más que una medida de acomodamiento razonable, la alternativa propuesta por la Corte supone la concesión de un privilegio hacia las corporaciones con fines de lucro, privilegio que representa un costo para el gobierno norteamericano. En respuesta a este argumento, en su opinión concurrente, el Juez Kennedy afirma: “Hoy, la comunidad americana es un rico mosaico de confesiones religiosas. Entre las razones por las que los Estados Unidos es tan abierto, tolerante y libre se encuentra el hecho de que ninguna persona encuentra restringido o disminuido su ejercicio del derecho de la libertad religiosa por una acción del gobierno”¹⁵.

15 “Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.”, 573 U.S. (2014) (Opinión concurrente), 4. (Traducción nuestra).

En consecuencia, el ejercicio del derecho a la libertad religiosa no podría restringir los derechos de otras personas, pues estos también constituyen fines imperiosos para el gobierno. Por consiguiente, con la intención de reconciliar ambas prioridades, la Corte propone extender la medida acomodadora diseñada por el Gobierno para casos con circunstancias semejantes, como son los de las organizaciones sin fines de lucro. Como señala Garnett: “[...] el acomodamiento propuesto no resultará en todos los casos gratuito o barato, pero es un costo que los gobiernos deben asumir para proteger la libertad religiosa de los ciudadanos, pues independientemente de las tradiciones religiosas o a-religiosas de cada ciudadano, todos se benefician con aquellas medidas que preservan los límites del accionar del Estado”¹⁶.

Expuesta la línea argumentativa de la Corte Suprema Norteamericana, nos concentraremos a continuación en el análisis del “derecho de las corporaciones a la libertad religiosa” propuesto por la Corte, desde el prisma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

3. Contenido material y formal del derecho a la libertad religiosa en el texto de los tratados de Derecho Internacional de los Derechos Humanos

A fin de analizar el concepto “derecho de las corporaciones a la libertad religiosa”, propuesto por la Corte Suprema Norteamericana, en la primera parte de este acápite nos concentraremos en repasar el tenor de los principales instrumentos de protección de los Derechos Humanos y expondremos la posición de la jurisprudencia así como de las opiniones y recomendaciones de los órganos de vigilancia de estos tratados. En la segunda parte, abordaremos el contenido formal del derecho a la libertad religiosa desde una perspectiva iusfilosófica; a partir de ello, propondremos una justificación acaso más sólida del *nomen iuris* “derecho de las corporaciones a la libertad religiosa”.

3.1. Contenido material

Como es sabido, en la mayoría de los documentos internacionales de Derechos Humanos, la libertad religiosa se protege formando parte de la triada “libertad de pensamiento, libertad de conciencia y libertad de religión”. Estos derechos se encuentran reconocidos en la Declaración Univer-

¹⁶ Garnett, R. (2014). Accommodation, Establishment and Freedom of Religion. *Vanderbilt Law Review*, Nro. 67, 39-49, 49. (Traducción nuestra).

sal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Convención Europea de Derechos del Hombre (1950), el Programa de Acción de Viena (1993) y en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1959). Mención aparte merecen, por un lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconoce en su artículo 12 la libertad de conciencia y de religión y en su artículo 13 la libertad de pensamiento y expresión y, por otro lado, el texto de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que coloca esta libertad entre las primeras después de la vida/integridad física y del principio de igualdad, otorgándole así una protección específica bastante acertada¹⁷. Del mismo modo, todos estos documentos reconocen en sus cláusulas generales de igualdad la prohibición de discriminación por religión.

Es relevante apuntar que, aunque en su mayoría estos tratados reconocen la triada de derechos antes mencionada¹⁸, de estos se desprende un tratamiento especial para la libertad religiosa, pues se le describe con cierto detalle, además de ser el único respecto del que se afirma que se ejerce “colectivamente”¹⁹. De acuerdo a dichos tratados, el contenido material del derecho a la libertad religiosa comprendería, entre otras, las siguientes conductas: (1) profesar una religión, es decir, tener una creencia religiosa; (2) manifestar una creencia en público o en privado, de forma individual o colectiva, esto es, dar a conocer o exteriorizar la religión que se profesa; (3) poner en práctica los preceptos de una determinada religión en público o en privado, de manera individual o colectiva, en otras palabras, realizar las convicciones religiosas; (4) conservar una religión o mantener la creencia;

17 Cf. Sarteá, C. (2014). “La libertad religiosa en las democracias liberales”. En Mosqueira, S. *El derecho fundamental de libertad religiosa* (29-47). Lima. Palestra, 36.

18 Por ejemplo, la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam, también conocida como la Declaración de El Cairo (1990), no reconoce el derecho a la libertad religiosa, ni el derecho a la no discriminación por razón de religión.

19 “Artículo 18.-

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

(5) cambiar de religión, lo que significa tener la posibilidad de dejar una religión y tomar otra; (6) difundir una religión, lo que implicaría transmitir las creencias religiosas a otros, y (7) educar a los hijos conforme a la propia fe religiosa y los principios morales acordes a las propias convicciones. En el caso de las conductas (2), (3) y (6), la manifestación, puesta en práctica y difusión de una religión se encuentran limitadas en razón de la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, así como por los derechos y libertades fundamentales de los demás; no obstante, los Estados no pueden suspender la protección de este derecho en ninguna circunstancia, incluso durante un estado de emergencia. Por lo antes expuesto, resulta evidente que la comunidad internacional ha reconocido una dimensión colectiva y pública del derecho a la libertad religiosa.

En el Sistema Universal de Protección, la tutela del derecho a la libertad religiosa estuvo asociada en un principio al Sistema marco de protección de las minorías establecido después de la Primera Guerra Mundial²⁰. Posteriormente, se erigió el sistema moderno de tratados que citáramos en el párrafo anterior; en particular, resulta importante remitirnos al texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el que reconoce en el derecho a la libertad religiosa una dimensión pasiva y otra activa; la primera protege el llamado *forum internum* y la segunda, el *forum externum* o las manifestaciones exteriores del mismo²¹. Más adelante, aunque en el seno de Naciones Unidas se discutió la posibilidad de promulgar una Convención contra toda forma de intolerancia religiosa, esta no prosperó; no obstante, en 1981, los esfuerzos por promulgar un documento de carácter especial para la protección de la libertad religiosa tuvieron éxito y la Asamblea General de Naciones Unidas emitió la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones (1981), que aunque tiene el carácter de *soft law*, brinda criterios orientadores para la interpretación del contenido de este derecho, pues enumera el catálogo más desarrollado de posibles conductas protegidas por el mismo, en particular por lo que se refiere a su dimensión colectiva, entre ellas: la libertad de asamblea y enseñanza, la de fundar instituciones de beneficencia y humanitarias, la de difundir publicaciones, la de recibir ayuda financiera de otras personas e instituciones, así como la facultad de las comunidades religiosas para escoger a sus ministros y crear organizaciones

20 Cf. Walter, C. (2013). "The protection of freedom of religion within the institutional system of the United Nations". En Glendon, M. A. & Zacher, H. F. *Universal Rights in a World of Diversity. The case of Religious Freedom* (588-604). Vaticano. Pontificia Academia de Ciencias Sociales, 590.

21 Cf. Nowak, M. (1993). *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. Germany. N. P. Engel Publisher, 317-318.

sociales para la promoción de sus fines. Asimismo, resulta importante hacer mención de los trabajos que inspiraron el contenido de esta Declaración, entre ellos, los del relator Halpern, quien afirmó que “[...] el derecho a tener una religión es un derecho individual, pero es también colectivo, es decir que debe estar permitida la asociación de todas las personas que compartan una misma creencia, así como asociarse para la propaganda de sus ideas”²². Lamentablemente, ni en los trabajos preparatorios de la Declaración, ni en el texto de la misma se intenta siquiera esbozar una posible definición del vocablo “religión”; la que aunque fue sugerida por los relatores²³, no llegó a alcanzar consenso entre los delegados.

Forma parte también del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos el Comité de Derechos Humanos, cuyos principales criterios interpretativos en relación a este derecho fueron recogidos en el Comentario General No. 22, en el que el Comité afirma:

“El artículo 18 protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos creencias y religión deben entenderse en sentido amplio. El artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas análogas a las de las religiones tradicionales”²⁴.

Además, para este órgano de vigilancia, el hecho de manifestar en forma individual o comunitaria las propias creencias involucra no sólo los actos rituales y ceremoniales, la observancia de fiestas religiosas, la participación en ritos y el uso de prendas de vestir, sino también aquellos actos que son parte integrante de la forma en que los grupos religiosos llevan a cabo sus principales actividades. Asimismo, resalta la protección incondicional de las libertades de pensamiento, conciencia y religión en su fuero interno; no obstante, su manifestación exterior pueda verse limitada con el fin de proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, así como los derechos y libertades fundamentales de los demás, siempre a condición de que tales limitaciones estén prescritas por la ley y sean estrictamente necesarias²⁵.

22 Rhenán, J. (1994). La libertad religiosa en el Sistema de Naciones Unidas. *Revista Interamericana de Derechos Humanos* (10), 113-140, 124.

23 Baste como muestra la definición presentada por el Dr. Krishnaswami, para quien “[...] la expresión religión o creencia comprendía, además de los diversos credos teístas, otras creencias como el agnosticismo, el libre pensamiento, el ateísmo y el racionalismo” (Ibídem, 125).

24 Observación General No. 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, 48º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993), párr. 2.

25 Para profundizar sobre las limitaciones al derecho a la libertad religiosa en el Sistema universal y en el Sistema europeo de protección, puede consultarse: Parker, T. (2006). The

Con respecto a la protección adjetiva de las comunidades religiosas al interior del Sistema Universal, sirve traer a colación el caso “Sister Immaculate Joseph and 80 Teaching Sisters et. Al. v. Sri Lanka”²⁶, en el que la congregación religiosa “Hermanas de la Santa Cruz de la Tercera Orden Franciscana” no pudo actuar en su calidad de tal ante el Comité para denunciar una supuesta violación a su derecho al ejercicio de la libertad religiosa –el no haber sido reconocidas como comunidad religiosa conforme las leyes de Sri Lanka–; por el contrario, accionó ante el Comité presentando un conjunto de peticiones individuales, dado que el Comité no ha reconocido la legitimidad *ratione personae* de los entes colectivos²⁷.

En conclusión, podemos afirmar que el sistema universal ha confirmado y desarrollado con mayor amplitud los contenidos del derecho a la libertad religiosa reconocidos por los principales tratados de Derechos Humanos, en particular, en lo que se refiere a su dimensión colectiva sustantiva. No obstante, este desarrollo se ha llevado a cabo sin una –por lo menos básica– conceptualización del bien protegido por este derecho, lo que conlleva algunas dificultades, pues se hace complicado determinar con claridad la forma en la que las distintas manifestaciones de este derecho deben ser resguardadas.

De los textos internacionales que forman parte del Sistema Interamericano, Fix Zamudio colige que el contenido del derecho a la libertad religiosa puede desglosarse en: (a) el derecho a profesar una creencia religiosa, en el sentido de conservar o cambiar la religión (*forum internum*) y (b) el derecho a manifestar esta creencia religiosa, sea en público o en privado, *individual o colectivamente (forum externum)*²⁸. Así por ejemplo, la Comisión IDH ha desprendido del fuero externo: el derecho a la participación en ceremonias litúrgicas y procesiones públicas que manifiesten una determinada fe²⁹, el derecho a asociarse con fines religiosos, el derecho de las asociaciones

freedom to manifest religious belief: An analysis of the necessity clauses of the ICCPR and the ECHR. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 17 (91), 91-129.

26 Sister Immaculate Joseph and 80 Teaching Sisters of the Holy Cross of the Third Order of Saint Francis in Menzingen of Sri Lanka v. Sri Lanka, Communication No. 1249/2004, U.N. Doc. CCPR/C/85/D/1249/2004 (2005).

27 Un criterio disímil adopta en “Singer v. Canadá”, al declarar improcedente la excepción propuesta por Canadá según la cual el Comité debía rechazar la petición por alegarse la supuesta violación del derecho a la libertad de expresión de un ente corporativo.

28 Fix Zamudio, H. (1998). La libertad religiosa en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. En Martínez-Torrón, J. *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*. Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado (499-510). Granada. Comares, 503-504.

29 Comisión IDH (2000). Informe Anual 2000, Capítulo IV: Cuba, párr. 6.

religiosas a actuar con personalidad jurídica³⁰, el derecho a divulgar las propias creencias³¹ y, más recientemente, se ha vinculado este derecho a la protección de las tierras de las comunidades indígenas³².

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sólo en una ocasión –y de modo bastante escueto– respecto del contenido del artículo 12 de la Convención Americana; ello, en el caso “Olmedo Bustos y otros v. Chile”³³, en el que señaló el carácter fundamental del derecho de libertad religiosa como cimiento de las sociedades democráticas americanas; aunque sin ofrecer ninguna claridad conceptual en torno al término religión ni sobre el bien protegido por éste. Asimismo, la Corte IDH, en sus fallos de los casos “Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay”³⁴ y “Comunidad indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay”³⁵, ha afirmado el deber de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas la conservación de sus propias formas de religiosidad como parte integrante de su identidad cultural.

Conforme a lo señalado, aunque el desarrollo sobre la dimensión colectiva del derecho a la libertad religiosa es aún incipiente en el Sistema Interamericano, es claro que de sus principales documentos normativos, así como de algunos pronunciamientos de sus principales órganos de protección, se desprende un claro propósito tuitivo. Ahora bien, a la pregunta sobre si el sistema brinda amparo adjetivo a las comunidades religiosas, no existe todavía una respuesta acabada, pues en todos los años de existencia del mismo, ninguna organización religiosa ha sido considerada como víctima de una petición ante la Comisión³⁶ y, por consiguiente, tampoco ha actuado como tal en ningún proceso ante la Corte IDH; no obstante, este Alto Tribunal está por resolver una Opinión consultiva solicitada por el Estado de Panamá en relación a la legitimación y titularidad de las personas

30 Comisión IDH (1980). Informe Anual 1979-1980, Capítulo V: Paraguay, párr. 10.

31 Comisión IDH (1983). Informe de país Cuba, Capítulo VII, párr. 26, 32 y 42.

32 Comisión IDH (2010). Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Doc. 56/09, OEA/Ser.L/V/II, párr. 161.

33 Corte IDH (2001). “Olmedo Bustos y otros v. Chile”, serie C No 73.

34 Corte IDH (2005). “Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay”, serie C No 125, párr. 135.

35 Corte IDH (2006). “Comunidad indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay”, serie C No. 146, párr. 118.

36 Sirva precisar que para la CIDH, las personas jurídicas no se encuentran protegidas por la CADH, aunque como señala Rodríguez Pinzón, sí ha aceptado casos en los que éstas han reclamado por violaciones a la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre. Cf. Rodríguez Pinzón, D. (2001). The “victim” requirement, the Fourth Instance Formula and the Notion of Person in the Individual Complaint Procedure of the Inter American Human Rights System. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 7 (1), 1-15, 12-15.

jurídicas para accionar ante el SIDH³⁷. Algunos precedentes del Tribunal de San José³⁸ nos permiten presumir que este se decantaría a favor de la legitimación de las personas jurídicas para accionar ante el Sistema Interamericano.

En el Sistema Europeo, tanto la extinta Comisión Europea como el TEDH sean probablemente quienes mejor han pormenorizado los postulados generales reconocidos por los tratados de Derechos Humanos en relación a la naturaleza colectiva del derecho a la libertad religiosa. En lo respectivo al contenido del derecho a la libertad religiosa, el TEDH (al igual que sus pares) ha evadido otorgar una respuesta a la pregunta por la definición del término “religión”³⁹; a pesar de ello, en la sentencia del caso “Cha’are Shalom Ve Tsedek v. France”⁴⁰ sostuvo que el término no debe interpretarse “restrictivamente”, pues las creencias religiosas no pueden limitarse a las “religiones tradicionales”, sino que extienden también su protección a las

37 El Estado de Panamá busca que la Corte IDH interprete si, conforme a la CADH, las personas jurídicas se encuentran habilitadas para plantear denuncias de violación de Derechos Humanos ante la CIDH, así como el alcance y protección de los derechos de éstas, en particular del derecho a la protección judicial y al debido proceso, a la intimidad y vida privada, a la libertad de expresión, a la propiedad privada, a la igualdad y no discriminación y al derecho a la huelga.

38 La Corte IDH, en su fallo del caso “Cantos v. Argentina”, manifestó: “[...] si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como sí lo hace el Protocolo N° 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, esto no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo puede acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema de derecho. No obstante, vale hacer una distinción para efectos de admitir cuáles situaciones podrían ser analizadas por este Tribunal, bajo el marco de la Convención Americana”. [Corte IDH (2002). “Cantos v. Argentina”, serie C No. 97, párr. 219]. Asimismo, en la sentencia del caso “Granier y otros v. Venezuela”, la Corte ha expresado: “[...] si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como sí lo hace el Protocolo No. 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, esto no restringe la posibilidad de que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema jurídico”. [Corte IDH (2015). “Granier y otros (Radio Caracas) v. Argentina”, serie C No. 293, párr. 214].

39 Señala el TEDH, en el fallo del caso “Manoussakis and others v. Greece”: “The right to freedom as guaranteed under the Convention excludes any discretion on the part of the State to determine whether religious beliefs or the means used to express such beliefs are legitimate”. [ECHR (1996). “Manoussakis and others v. Greece”. Application No. 18748/91, párr. 47].

40 Cf. ECHR (2000). “Cha’are Shalom Ve Tsedek v. France”. Application No. 27417/95, párr. 72-73.

minorías religiosas y nuevos grupos religiosos, comúnmente conocidos como sectas. Tal como expresa en el fallo del caso “Kokkinakis v. Greece”, “[...] el derecho de libertad religiosa es uno de los pilares de toda sociedad democrática, pues la dimensión religiosa resulta un elemento vital para la construcción de la identidad personal y de la concepción de la vida de toda persona, por ello resulta un recurso valioso no sólo para creyentes, sino también para ateos, agnósticos, escépticos y despreocupados. El pluralismo indisociable de toda sociedad democrática depende de ella”⁴¹. Taylor, citando a van Dijk y van Hoof, afirma que para el Tribunal de Estrasburgo, el derecho a la libertad religiosa, en su núcleo básico, comprendería un fuero interno y otro externo de protección; en la esfera interna, la protección resultaría absoluta, pues nadie puede ser obligado a cambiar de religión o negar sus creencias, ni tampoco ser sancionado por afirmar una creencia religiosa. Sin embargo, en su fuero externo, es decir, en la manifestación individual o colectiva de estas creencias, sí resultaría legítimo imponer ciertas restricciones, en razón de la posible afectación que ésta produjese al orden público y a los derechos de terceros⁴². Asimismo, aunque para el TEDH el derecho a la libertad religiosa protege también el testimonio en obras de una convicción religiosa, ello no significa que toda manifestación pública aparentemente vinculada a una creencia religiosa sea susceptible de protección⁴³.

En concordancia con el tenor de la Convención Europea, el TEDH ha identificado en el derecho a la libertad religiosa, una dimensión colectiva o comunitaria. De esta forma, en el caso “Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova” (2001), dispuso: “[...] el artículo 9º del Convenio debe ser interpretado bajo la luz de lo dispuesto por el artículo 11, que protege la libertad de asociación frente a la interferencia injustificada del Estado. Visto en esa perspectiva, el derecho de los creyentes a la libertad religiosa, que incluye

41 ECHR (1993). “Kokkinakis v. Greece”. Application No. 14307/88, párr. 31.

42 Cf. Taylor, P. (2005). *Religious Freedom. UN and European Human Rights Law and Practice*. United Kingdom. Cambridge University Press, 115.

43 Sobre este particular, resulta interesante revisar la doctrina del caso “Arrowsmith v. the United Kingdom”, de la Comisión Europea, en el que esta determinó que debe distinguirse cuidadosamente entre aquellas manifestaciones centrales para la expresión de una creencia religiosa y otras meramente inspiradas o alentadas por estas. [Cf. “Arrowsmith v. the United Kingdom” (1975). Commission’s report of 12 October 1978, Decisions and Reports 19. Application No. 7050/75, párr. 71]. Sobre esta premisa, en la decisión del caso “Van den Dungen v. the Netherlands”, la Comisión decidió que repartir panfletos con mensajes persuasivos en contra del aborto en los exteriores de las clínicas que practican estos procedimientos, no puede calificarse como una expresión del derecho a la libertad religiosa. [Cf. “Van den Dungen v. the Netherlands” (1995). Commission’s report of 22 February 1995, Decisions and Reports, Application No 22838/93, párr. 147]. El TEDH recogió nuevamente estos criterios en la sentencia del caso “Pichon and Sajous v. France”. [ECHR (2001). “Pichon and Sajous v. France”. Application No. 49853/99].

el derecho a manifestar la propia religión en comunión con otros, abarca la libertad de los creyentes para asociarse libremente sin ningún tipo de actuación arbitraria del Estado⁴⁴.

En esta misma premisa, el Estado se encuentra prohibido de entrometarse injustificadamente en las relaciones entre las organizaciones religiosas y sus miembros; incluso, *prima facie* de originarse un aparente conflicto entre las dimensiones individual y colectiva del artículo 9º del Convenio Europeo, prevalecería la dimensión colectiva: una organización religiosa tiene el derecho a manifestar su religión, a organizarse y a realizar actividades de culto, enseñanza, práctica y observancia de los principios que la inspiran, así como a disponer criterios de uniformidad y coherencia al interior de su institución⁴⁵.

Asimismo, es importante mencionar que, conforme lo señalado por el Protocolo No. 1 del Convenio Europeo, tanto las Iglesias como otras asociaciones religiosas –sean estas *for profit* o *non profit*⁴⁶– cuentan con competencia *ratione personae* para actuar en calidad de víctimas ante el Sistema, en representación de sus miembros⁴⁷. Sin embargo, esta posibilidad no se extiende a todos los derechos reconocidos en el Convenio Europeo, así, por ejemplo, se encontrarían fuera de este ámbito el derecho a la libertad de conciencia y el derecho a no ser sujeto a tratos crueles ni inhumanos, susceptibles de ser defendidos en el fuero de Estrasburgo sólo por una persona natural⁴⁸.

44 ECHR (2001). “Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova”. Application No. 45701/99, párr. 118.

45 Cf. “X v. United Kingdom” (1981). Commission’s report of 12 March 1981, Application No. 8160/78, párr. 27.

Si bien el TEDH ha reconocido que las comunidades religiosas tienen el derecho a escoger a sus empleados conforme los criterios específicos de su fe, esta libertad no es absoluta. El criterio del TEDH sobre esta materia es disímil; de una parte, ha fallado a favor de las comunidades religiosas en los casos: “Obst v. Germany” y “Fernández Martínez v. Spain”; de otra parte, concedió la razón al trabajador en la sentencia del caso “Schuth v. Germany”.

46 Así lo expuso la Comisión Europea en su decisión del caso “Kustannus Oy Vapaa Ajattelijat AB and Others v. Finland”, en el que afirmó que *Freethinkers Association*, una compañía editorial con fines de lucro, era titular de los derechos reconocidos en el artículo 9º del Convenio. [Cf. “Kustannus Oy Vapaa Ajattelijat AB and Others v. Finland” (1996). Commission’s report of 16 April 1996. Application No. 20471/92, párr. 29]. En esa misma línea, en la sentencia del caso “Cha’are Shalom Ve Tsedek v. France”, aunque el TEDH falló a favor del Estado al analizar el fondo del caso, en la etapa de admisibilidad, no cuestionó que una institución con fines de lucro –una asociación judía comercializadora de *kosher*– actuara como víctima de una supuesta violación del derecho a la libertad religiosa ante su fuero. [“Cha’are Shalom Ve Tsedek v. France” (2000). Commission’s report of 26 June 2000. Application No. 27417/95].

47 Cf. “X and the Church of Scientology v. Sweden” (1979). Commission’s report of 5 May 1979. Decisions and Reports 16. Application No. 7805/77.

48 Cf. “Verein Kontakt-Information-Therapie v. Austria and Siegfried Hage v. Austria” (1988). Commission’s report of 12 October 1988. Application No. 11921/86, párr. 81.

Así, la mayoría de los tratados internacionales, lo mismo que sus órganos de vigilancia, parecen afines a identificar una dimensión comunitaria y pública del derecho a la libertad religiosa, dimensión que resultaría susceptible de una protección sustantiva consolidada en la totalidad de sistemas y de tutela adjetiva en desarrollo. No obstante, del panorama presentado no es posible aún esclarecer el contenido formal del mismo, es decir, cuáles manifestaciones del derecho a la libertad religiosa encuentran tutela jurídica. Para ello, es necesario realizar un esfuerzo por conocer la naturaleza del bien protegido por este derecho y cómo se distingue de otros que tienen una naturaleza análoga a éste.

3.2. *Contenido formal*

Como hemos podido apreciar, la jurisprudencia no ha determinado con claridad el contenido esencial del derecho a la libertad religiosa. En ese sentido, a fin de completar la perspectiva propuesta por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, resulta pertinente recurrir a los desarrollos doctrinarios en relación con el contenido esencial del derecho a la libertad religiosa y al bien por éste protegido: la religión.

Para Robert P. George, la religión es un bien humano básico, en tanto que constituye una razón última inteligible para la acción: su valor característico residiría en el hecho de que no puede ser realizado o salir fortalecido mediante la imposición coactiva⁴⁹. En su opinión, existe un contenido inteligible valioso en considerar la existencia de cierta fuente última –más que humana– del significado y del valor, de investigar lo mejor que uno pueda la verdad de la materia, y de ordenar la propia vida sobre la base del mejor juicio que uno tenga⁵⁰. En suma, para el profesor de Princeton, la religión es el bien por el que la persona humana está en recta relación con lo divino, entendido como aquella fuente última –trascendente, más que humana– de significado y de valor. El bien religión permitiría al ser humano entender integral y profundamente el conjunto de verdades sobre la realidad, así como ordenar su vida a ello y compartirlo en una comunidad de fe⁵¹. De otra parte, George caracteriza la religión como un bien reflexivo, es decir, se trataría de una comunión libre con esa realidad última, fruto de una elección

49 George, R. P. (2002). Hacia una teoría perfeccionista pluralista de las libertades civiles. En George, R. P. *Para hacer mejores a los hombres. Libertades Civiles y Moralidad Pública* (171-202). Madrid. Ediciones Internacionales Universitarias, 195.

50 Ídem.

51 George, R. P. (2013). *Conscience and its enemies. Confronting the dogmas of Liberal Secularism*, 118.

personal por entrar en un lazo de amistad, mutualidad y reciprocidad con ella; elección que no puede ser coaccionada, pues, de ser así, se obligaría a las personas a elegir un bien completamente distinto al proporcionado por la religión⁵².

Desde una perspectiva semejante, John Finnis cataloga a la religión como el bien humano consistente en la comunión –dependencia y cooperación– de la inteligencia, la voluntad y la libertad humanas, con la Inteligencia, Voluntad y Libertad de un Creador; esta adhesión se presentaría como un horizonte estimable, aunque la inteligencia humana tiene la opción de juzgar responsablemente que dicha inteligencia, voluntad y libertad creadoras la trascienden de tal modo que resulta imposible establecer con ella una relación de comunión⁵³. La religión es, entonces, un bien para el ser humano, pues le permite entrar, por su razón y voluntad, en una relación de armonía con la fuente última del significado y del valor. Como ha señalado Alessi, es precisamente en esta intrínseca relación entre el bien humano religión y la naturaleza humana, donde reside la *causa prima* próxima de la intrínseca dimensión comunitaria de la religión –y por consiguiente del derecho a la libertad religiosa–, pues el ser humano es un ser con los demás, y puede alcanzar sus fines sólo en colaboración con los propios semejantes⁵⁴. Por ejemplo, para el caso de la religión, cada hombre necesita de la fuerza de sugestión de los demás para coronar la propia experiencia religiosa interior, de la comunidad religiosa se recibe el *deposito fidei*, es en la comunidad donde se vive con plenitud el culto litúrgico, sólo la comunidad protege al individuo de los riesgos de la unilateralidad y el subjetivismo, sólo la comunidad promueve un fecundo intercambio de valores de apertura realmente universal⁵⁵.

Desde el terreno de lo jurídico, uno de los esfuerzos actuales más completos por definir el término religión es el intentado por Philpott, Duffy y Toft, quienes siguiendo los planteamientos de Alston en torno a la definición de religión y su caracterización, proponen como piezas esenciales del concepto las siguientes: “(1) una creencia en un ser (o seres) sobrenatural; (2) oraciones o comunicación con ese o esos seres; (3) realidades trascendentes; (4) una distinción entre lo sagrado y lo profano y entre actos rituales y objetos sagrados; (5) una visión que explica tanto el mundo como un todo, como la relación apropiada de la humanidad con respecto a él; (6) un código

52 George, R. P. (2002). Ob. cit., 196.

53 Finnis, J. (2009). Does free exercise of religion deserve constitutional mention? *The American Journal of Jurisprudence* (54), 41-66, 53.

54 Alessi, A. (2004). *Los caminos de lo sagrado. Introducción a la filosofía de la religión*. Roma. Ediciones Cristiandad, 380.

55 *Ibidem*, 381.

de conducta en consonancia con esa visión del mundo, y (7) una comunidad temporal unida por su adhesión a estos elementos”⁵⁶.

Por lo antes expuesto, en nuestra opinión, el bien protegido por el derecho a la libertad religiosa puede ser caracterizado como aquella relación dialógica entre el hombre y una realidad trascendente, que es principio último de la realidad y del significado del Universo⁵⁷. En ese sentido, la libertad religiosa protege el deber de cada persona de buscar las verdades trascendentes –últimas y fundamentales– que den sustento a la realidad toda y resguarda también el derecho de cada persona de entrar en diálogo con esa verdad y de encaminar su propia vida conforme a los criterios por ella proporcionados. Esto último sólo se realizaría si esa verdad se busca de modo auténtico, mas podría verse perjudicado o incluso impedido si se coacciona externamente y se limitan de manera irrazonable sus intrínsecas manifestaciones comunitarias.

Una vez delimitada de una manera básica la naturaleza del bien protegido por el derecho a la libertad religiosa, conviene ahora precisar cuál es *stricto sensu* la protección jurídica brindada a esta realidad humana. Como señalamos en el párrafo anterior, la principal consecuencia jurídica derivada de la naturaleza del bien religión es que el derecho a la libertad religiosa

56 Shah, T. (2013). *Libertad religiosa. Una urgencia global*. Madrid. Rialp, 38. (Traducción nuestra).

57 No obstante, la opinión aquí presentada es debatida por autores como R. Dworkin, para quien el derecho a la libertad religiosa, más que proteger una relación del hombre con lo divino, preserva, en esencia, el derecho a la mera autonomía moral, es decir, la convicción y responsabilidad humanas de encontrar un significado y valor a la propia existencia como a un conjunto de profundas creencias morales y éticas, siendo ambas consideradas por el autor como igualmente “religiosas” (*right to ethical independence*). Señala el autor: “We cannot declare a right to religious freedom and then reject rights to freedom of choice in these other foundational matters without striking self-contradiction. For if we insist that no particular religion be treated special in politics, then we cannot treat religion itself as special in politics, as more central to dignity than sexual identification, for example. So we must not treat religious freedom as sui generis. It is only a consequence of the more general right to ethical independence”. [Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedhehogs*. Cambridge. Harvard University Press, 376]. Para profundizar sobre este aspecto del pensamiento del autor, cf. McLain, L. (May 2015). Corporate conscience and the contraceptive mandate: A dworkinian Reading. *Journal of Law and Religion*, 30 (1), (136-160). Sin embargo, como señala Rafael Domingo, caracterizar a la religión como un fenómeno meramente inmanente, constituye una forma negativa de resguardar la libertad religiosa; pues de este modo se otorgaría protección jurídica solo a una porción del bien religión, mas no a su integralidad. Y aunque la perspectiva dworkiniana parece, *prima facie*, más amplia de miras frente al concepto tradicional de libertad religiosa, resultaría, por el contrario, estrecha e incompleta, pues excluye cualquier apertura hacia la dimensión trascendente de la persona humana. De este modo, terminaría por imponerse un paradigma liberal y ateo, en el que los principios de pluralismo y autodeterminación no son lo suficientemente respetados. [Cf. Domingo, R. (2013). Religion for hedgehogs? An argument against the dworkinian approach to religious freedom. *The Oxford Journal of Law and Religion*, 2 (2), 371-392].

se configura para su titular como una inmunidad de coacción –tanto por parte del Estado como de otros individuos y grupos sociales– para adherirse a las verdades divinas (lo que se llama comúnmente fuero interno, de protección absoluta) y vivir conforme a ellas (lo que se denomina fuero externo, susceptible de limitación en aras del bien común), así como inmunidad para rehusar u omitir tal adhesión. En ese sentido, la libertad religiosa resulta un recurso valioso no sólo para aquellos quienes profesan una religión, sino también para las personas ateas y agnósticas. Esto último se clarifica si profundizamos en el fundamento del derecho a la libertad religiosa, la dignidad humana, pues siendo que el hombre posee una naturaleza racional, éste exige la libertad como única forma de conocer la verdad sobre el sentido de la vida y su destino último⁵⁸. Sólo asegurándose la libertad del acto de fe, se propiciará el espacio social adecuado para que las personas puedan vivir conforme el credo religioso que han adoptado.

Como hemos intentado evidenciar, las creencias religiosas se encuentran en el núcleo de nuestra comprensión última sobre el mundo y sobre nosotros mismos⁵⁹; es por esa razón que la religión constituye un rasgo definitorio de la identidad personal, y como tal es de por sí condicionada por la sociabilidad humana y tiende naturalmente a la formación de comunidades de vivencia y expresión de la fe⁶⁰; en consecuencia, cumple un rol esencial en la vida pública, en especial para el discernimiento del bien común de una comunidad política, pues en muchos casos ofrece una respuesta última a la pregunta por el florecimiento y perfeccionamiento humano. Esta parece ser la razón por la que los principales textos internacionales en materia de Derechos Humanos reconocen el disfrute de este derecho “en comunión con otros”. En definitiva, se trata de un derecho que no puede ejercerse de modo aislado, sino que se realiza integralmente cuando se vive al interior de una

58 Reitera la declaración *Dignitatis Humanae*: “Ahora bien, la verdad debe buscarse de modo apropiado a la dignidad de la persona humana y su naturaleza social, es decir, mediante una libre investigación, sirviéndose del magisterio o de la educación, de la comunicación y del diálogo, por medio de los cuales unos exponen a otros la verdad que han encontrado o creen haber encontrado, para ayudarse mutuamente en la búsqueda de la verdad; y una vez conocida ésta, hay que aceptarla firmemente con asentimiento personal” (Papa Pablo VI. (1965). *Declaración Dignitatis Humanae. Sobre la libertad religiosa*. Recuperado de: http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat_ii_decl_19651207_dignitatis-humanae_sp.html, párr. 3).

59 Cf. Trigg, R. (2011). Freedom of Religion. En Brunsveld, N. & Trigg, R. *Religion in the public sphere, Proceeding of the 2010 Conference of the European Society for Philosophy of Religion* (109-124). Utrecht. Ars Disputandi, 114. Como señala Sarthea: “[...] el acto de fe involucra al hombre íntegro, a su cabeza y a su voluntad, así como a su emotividad, su desarrollo a lo largo de la vida (lo cual implica, por su parte, las características de la fidelidad, elemento tan típico de la semántica de la fe que hasta la manera de nombrar a quien cree como fiel se remonta a él)” [Sarthea, C. (2014). Ob. cit., 40].

60 Cf. Sarthea, C. (2014). Ob. cit., 38.

comunidad de individuos que persiguen esta misma forma de bien. La protección de la dimensión colectiva de este derecho no anula el resguardo de su ejercicio individual, antes bien lo completa, pues el entorno propiciado por las comunidades y asociaciones religiosas hace posible el pleno ejercicio de la libertad de los individuos que las integran⁶¹.

En ese orden de ideas, la libertad religiosa se distingue tanto en su ámbito material, como en el formal, de las libertades con las que juntamente se le reconoce en los principales instrumentos internacionales de Derechos Humanos, como son la libertad de conciencia y la libertad de pensamiento. En el caso de la primera, como señala el profesor Hervada, el bien protegido es el juicio moral respecto de una acción singular y concreta, este juicio puede formarse a partir del bagaje ideológico o religioso de una persona; sin embargo, el bien protegido por la libertad de conciencia es la decisión personalísima de juzgar la bondad o maldad de una conducta y de conformar o no su conducta a dicho juicio; esta libertad protege el fuero interno de la persona, un aspecto básico y esencial de la personalidad humana. De otra parte, la libertad de pensamiento protege la posibilidad del hombre de escoger o elaborar él mismo el conjunto de ideas y juicios sobre las distintas realidades del mundo y de la vida, comporta también la libertad de obrar y conducirse de conformidad con el propio pensamiento, así como la facultad de transmitirlo y compartirlo con otros⁶².

4. La dimensión colectiva del derecho a la libertad religiosa

Corresponde ahora concentrarnos en valorar críticamente la fundamentación jurídica propuesta por la Corte Suprema para el reconocimiento del que ha llamado: “derecho de las corporaciones a la libertad religiosa”; además, intentaremos probar que una mejor justificación del contenido protegido por el mismo se encuentra en lo que desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se conoce como “dimensión colectiva del derecho a la libertad religiosa”.

Como ha quedado evidenciado, el contenido formal del derecho a la libertad religiosa no se reduce al resguardo de su dimensión individual (*forum internum*, que implica por parte del Estado y los particulares abstención de

61 Cf. Yildirim, M. (2015). *The collective dimension of freedom of religion or belief in international law: the application of findings to the case of Turkey*. Abo. Abo Akademi University Press, 20.

62 Hervada, J. (1986). Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica. En Hervada, J. *Escritos de Derecho Natural*. Pamplona. Ediciones Universidad de Navarra, 565-626.

coacción), sino que se extiende también al ejercicio del mismo en comunidad con otros (*forum externum*, que implica por parte del Estado el deber de asegurar las condiciones adecuadas para su expresión y despliegue). En ese sentido, así como los individuos tienen derecho a profesar, manifestar o cambiar sus creencias religiosas, las comunidades religiosas y las asociaciones de personas de filiación religiosa tienen el derecho a desarrollarse conforme las creencias y valores que los inspiran. En este último aspecto, coincidimos plenamente con lo afirmado por la Corte Suprema; en efecto, las personas jurídicas –asociaciones y comunidades religiosas con o sin fines de lucro– pueden ejercer el derecho a la libertad religiosa; sin embargo, a diferencia de lo sostenido por la Corte Suprema, no creemos que ello deba su última *ratio* a la definición legal del término “personas” en un Diccionario jurídico –cuyo contenido es cambiante y susceptible de someterse a consenso–, sino a la naturaleza del bien que realizan y su intrínseca relación con el único sujeto que en última instancia es titular del mismo: la persona humana⁶³. Por consiguiente, la justificación aportada por la Corte si bien halla respaldo en el texto explícito del Derecho Positivo Norteamericano y cumple con la finalidad tuitiva que se propone, resulta por el contrario insuficiente, si lo que se pretende es una fundamentación sólida y transpositiva que responda a la pregunta por el núcleo esencial de protección de este derecho.

En consecuencia, a nuestro parecer, la Corte habría encontrado una mejor justificación de su tesis si, a partir de una interpretación de buena fe del texto de los principales documentos internacionales de Derechos Humanos, hubiera discernido la finalidad o contenido esencial del derecho a la libertad religiosa⁶⁴. A continuación, nos proponemos realizar un esbozo del

63 En ese sentido, coincidimos con Robert Alexy cuando señala que sólo los seres humanos, como individuos, pueden ser considerados como titulares de Derechos Humanos: “La universalidad de la titularidad consiste en que los Derechos Humanos son derechos que corresponden a todos los seres humanos”. [Alexy, R. (2000). La institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional Democrático. *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (8), 21-41, 24].

64 Nos es preciso señalar que en este trabajo sugerimos que la Corte Suprema aplique a la decisión del caso el texto de los instrumentos internacionales ratificados por los Estados Unidos de América, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No nos referimos en específico a la aplicación de la Jurisprudencia de Tribunales Internacionales, la que, como es sabido, es sólo fuente auxiliar de Derecho Internacional, y no tiene el mismo valor vinculante dentro del *case law* del *common law*. Para una explicación en extenso de la doctrina de la Corte Suprema Norteamericana en relación a la recepción y aplicación de fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, puede consultarse: Hongju Koh, H. (2004). International law as part of our law. *The American Journal of International Law* (98), 43-57. Para una posición reacia a la recepción de fuentes de Derecho Internacional en la Jurisprudencia de la Corte Suprema, puede consultarse: Delajunty, R. & Yoo, J. (2005). Against foreign law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 29 (1), 291-330.

ejercicio interpretativo sugerido. De acuerdo a lo señalado por el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho de libertad religiosa implica el derecho de toda persona a “[...] manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente”, esto último refleja claramente la manera en la que las personas viven y disfrutan del bien humano básico de la religión: “en comunidad con otros”; por ello, el Estado tiene el deber de brindar las condiciones adecuadas para que sus miembros disfruten de este bien conforme les es natural. Asimismo, la dimensión colectiva del derecho a la libertad religiosa se manifiesta también en la naturaleza de las diferentes conductas que estos documentos incluyen como parte del contenido material del derecho a la libertad religiosa, tales como: el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza. Estas conductas implican una lista no exhaustiva de actos que tienen una dimensión colectiva, entre otras, las de fundar y mantener lugares de culto e instituciones de beneficencia, la de custodiar el patrimonio doctrinal y moral, la de enseñar y propagar la religión y las convicciones, la de capacitar, nombrar y designar a sus ministros. En ese sentido, su dimensión colectiva no se reduce a reconocer legalmente a las organizaciones con fines religiosos y otorgarles ciertas facultades, sino a reconocer que, por su naturaleza, el ejercicio de cualquier acto de tipo religioso puede implicar una conducta de incidencia colectiva o comunitaria⁶⁵.

Y aunque tradicionalmente se ha concebido al derecho a la libertad religiosa como uno de carácter individual, enraizado en la conciencia personal, hemos intentado probar que el bien humano “religión”, aunque de carácter personalísimo e inmune de coacción, implica una dimensión comunitaria o colectiva que, de ser anulada, perjudicaría no sólo al grupo o asociación que lo realiza, sino también al disfrute de cada uno de los creyentes que hacen parte de esta colectividad. Así por ejemplo, una persona natural no podría ejercer plenamente su derecho a la libertad religiosa, si la comunidad religiosa a la que pertenece no se encontrara en la capacidad de establecer y mantener lugares de culto, si no recibe de una comunidad religiosa el depósito de la fe o si es impedido de compartir sus creencias con sus semejantes. La autonomía para estructurarse y organizarse es un derecho del que las comunidades religiosas son titulares, y cuando nos referimos a “comunidades religiosas”, queremos comprender no solo a las Iglesias e instituciones religiosas propiamente dichas, sino también a otras colectividades humanas, como las familias, las escuelas y las distintas formas asociativas que persigan propósitos o fines religiosos⁶⁶. Ahora bien, conviene precisar que no

65 Cf. Yildirim, M. (2015). Ob. cit., 42.

66 Aroney, N. (2014). Freedom of religion as an associational right. *University of Queensland Law Journal*, 33 (1), 153-186, 182.

por proteger la dimensión colectiva de este derecho hay que postergar sus manifestaciones individuales; aunque nos es imposible abordar en este trabajo todos los posibles puntos de contacto entre ambas dimensiones –pues excederíamos por mucho el propósito trazado–, sugerimos que en caso de presentarse tal tensión, habría que optar por la opción más favorable a la dignidad de la persona humana en el caso concreto.

En consecuencia, en este caso, Hobby Lobby, Conestoga y Mardel tienen derecho al ejercicio de la libertad religiosa, no sólo por tratarse de “personas” en la definición del *Dictionary Act*, sino porque al proteger los intereses de estas tres compañías, se preservan los intereses de sus miembros, quienes manifiestan, en comunidad, sus creencias religiosas. Asimismo, aunque en el caso de las entidades con fines lucrativos el propósito religioso perseguido no es siempre *prima facie* evidente, sí puede inferirse a partir de los documentos constitutivos de estos cuerpos colectivos, los que encuentran su matriz en los principios rectores que conducen las vidas y conductas de sus miembros. Esto sucedía en el caso de las empresas demandantes, cuyos accionistas, de filiación cristiana, dirigían sus negocios en armonía con los principios postulados por su religión⁶⁷. En ese sentido, el *quid* de la *litis* no residía en descubrir si las corporaciones tienen o no una conciencia, alma o sentimientos –como en algún momento parece sugerir la opinión disidente–, sino más bien en discernir si para este caso concreto, al obligar a las compañías demandantes a cumplir con las disposiciones del mandato contraceptivo, se lesionaba o no el núcleo de las creencias religiosas de las personas que las integraban.

5. Conclusión

A partir de las nociones esbozadas en este trabajo, hemos constatado que el derecho a la libertad religiosa, aunque tradicionalmente entendido como una libertad individual de inmunidad, no supone en su ejercicio un despliegue en solitario; por el contrario, las prácticas religiosas comprenden bienes de carácter intrínsecamente comunitario. Esta realidad dual del con-

⁶⁷ Sobre esto último, vale la pena resaltar que incluso en el seno de una corporación con fines de lucro, no es siempre este el que motiva las decisiones de las personas; muchas veces los accionistas de las mismas dirigirán su actuación conforme otros objetivos de tipo ético, moral y filantrópico, como pueden ser, por ejemplo, el contribuir al bienestar de la comunidad en la que desarrollan sus negocios, el asegurar condiciones dignas para sus trabajadores, el ofrecer productos de óptima calidad a sus clientes, entre otros. Por consiguiente, aunque los integrantes de una corporación con fines de lucro busquen un fin económico principal, este se armoniza con otros valores que son también perseguidos por sus integrantes; el propósito lucrativo no impide la realización de otros fines, pues podría convertirse incluso en un medio para conseguirlos.

tenido del derecho a la libertad religiosa ha sido reconocida por los principales instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Corte Suprema Norteamericana, por su parte, aunque consigue la finalidad tuitiva de la dimensión colectiva del derecho a la libertad religiosa, no ofrece razones suficientes para avanzar hacia la conclusión propuesta. Consideramos que la *ratio decidendi* de la sentencia hubiese podido justificarse de manera más sólida, si la Corte hubiese recurrido en su argumentación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en específico, al texto de los Tratados ratificados por los Estados Unidos de América –a saber, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos– que reconocen la intrínseca dimensión colectiva del derecho a la libertad religiosa. Asimismo, hubiera sido recomendable que, en la argumentación de la decisión final del caso, la Corte hubiese considerado también las decisiones de otros organismos y tribunales internacionales de Derechos Humanos, los mismos que en anteriores decisiones habían refrendado el reconocimiento de la intrínseca dimensión comunitaria del derecho a la libertad religiosa.

**LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS,
LA DIALÉCTICA Y LA RETÓRICA**
Legal Principles, Dialectics and Rhetoric

Fernando Javier Marcos*

Recibido: 4 de marzo de 2016.
Aprobado: 16 de marzo de 2016.

Resumen: Se analizará la relación que la dialéctica y la retórica tienen en la defensa de los primeros principios, especialmente, de los primeros principios prácticos, para posteriormente estudiar cómo se vinculan aquellas disciplinas con los principios jurídicos propiamente dichos. La dialéctica proporciona las herramientas necesarias para construir el silogismo dialéctico en que se traducen tales enunciados. Luego, estos principios propios del Derecho serán aplicados en el discurso retórico como principios de argumentación, tanto para justificar, como para demostrar una argumentación y para persuadir al auditorio por la verdad.

Palabras clave: Primeros principios - Principios jurídicos - Derecho - Dialéctica - Retórica - Aristóteles.

Abstract: The relationship dialectics and rhetoric have in defense of the first principles will be discussed hereinafter; especially the first practical principles so as to, subsequently, study in what way those disciplines are related with the legal principles themselves. Dialectics provides the necessary tools to build the dialectical syllogism by which those statements are translated. Then, those legal principles will be used in the rhetorical speech

* Profesor de Derecho Civil II y de Derecho Comercial II en el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional de La Matanza. Doctorando en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Santa María de los Buenos Aires. Correo electrónico: marcosyasoc@cpac.org.ar

as principles of argumentation, not only to justify and to prove an argument but also to persuade the audience of the truth.

Keywords: First Principles - Legal Principles - Law - Dialectics - Rhetoric - Aristotle.

I. Introducción y planteo del problema

El presente trabajo se propone considerar –al menos inicialmente– un tema tan vasto y complejo como es la relación que se establece entre la *dialéctica* y la *retórica*, con los denominados *primeros principios*, para finalmente recalcar en los *principios jurídicos* propiamente dichos.

Para ello, se analizará cuál es el rol de estas disciplinas a la hora de justificar la validez de aquellos y, especialmente, el papel que juega la retórica en el particular tema de la dialéctica como medio para la defensa de los primeros principios.

Con tal objeto, en primer lugar, será considerada sintéticamente –y sin otra pretensión que conceptualizarlas para que sirvan de punto de partida de este breve ensayo– la función y el objetivo, tanto de la dialéctica como de la retórica.

Luego, ya en relación al tema de los *principios*, se determinará qué se entiende por tales y cuáles son sus tipos o clases, comenzando, naturalmente, por los citados primeros principios, con especial atención en los denominados *primeros principios prácticos* (*sindéresis*).

Como se verá más adelante, estos últimos, por ser *autoevidentes* (no requieren demostración), no son “dialécticos” y, por su naturaleza, tienen la misión de servir como “criterios de validación”, oficiando como fundamento que goza de certeza y verdad, para guiar el resto del proceso intelectual.

Consideraré, posteriormente, los llamados *principios jurídicos* o *del Derecho* como *principios de argumentación*, que, por ser tales, son dialécticos, porque requieren para su justificación y fundamentación de las herramientas metodológicas (de razonamiento, de interpretación y cuestionamiento) que provee aquella –es decir, la *dialéctica*–, como así también de los que aporta la propia retórica.

II. La dialéctica. Su caracterización y función

1. La primera reflexión que se presenta sobre esta particular disciplina, apenas se comienza su abordaje, se origina en la esencia misma de la *dialéctica*. Esta puede ser entendida, inicialmente, como “el arte de dialogar,

discutir, argumentar”¹; como un método, un proceso, una práctica y, por qué no decirlo, como una doctrina destinada a ordenar las tareas propias del pensamiento y del razonamiento, orientado a la inteligencia en la búsqueda de la verdad y del bien.

Pero en un sentido más estricto, se puede decir que la dialéctica presupone la existencia de un pensamiento en movimiento, sometido a un constante y necesario devenir, que se deriva de la propia índole de la inteligencia como capacidad propia del hombre para conocer el ser de los entes y su esencia. De esta inteligencia, además entendida “como hábito o disposición natural de la facultad intelectual cuyo objeto es esa captación y patencia”², que es impulsada por el apetito del hombre por saber, por “poseer intelectivamente la verdad de las cosas” diría Zubiri³, por encontrar respuestas a los problemas y dudas esenciales que inexorablemente le genera la sola circunstancia de *existir*.

Lo anteriormente expresado significa que su “objeto es el pensamiento en su movimiento o en tanto está en movimiento”⁴, orientado y dirigido a la búsqueda de la verdad del ser, del bien, de la sabiduría, de Dios.

En definitiva, se trata del “estudio o la disciplina acerca del pensamiento en su movimiento o en tanto está en movimiento”⁵.

Aristóteles expresó al comienzo de su *Metafísica* que “todos los hombres desean por naturaleza saber”⁶, dejando con ello perfectamente en claro la indiscutida y ostensible realidad que exhibe la naturaleza humana, que no hace más que exponer la cualidad más relevante del hombre, cual es el conocimiento, su “índole cognoscitiva”⁷.

Lo cierto es que en ese camino se hace necesario contar con un método que permita acceder al conocimiento, a conocer las cosas, a razonar, a reflexionar y a discurrir sobre ellas; siempre orientado a *alcanzar la verdad*, es decir, “la posesión intelectual de la índole de las cosas”⁸. Por ejemplo, para

1 Lamas, F. A. (1998). “Dialéctica y Derecho”. En *Circa Humana Philosophia*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 12.

2 Lamas, F. A. (2002). “Percepción e inteligencia jurídicas. Los principios y los límites de la dialéctica”. En *Los Principios y el Derecho Natural*. Lamas, F. A. (ed.). Buenos Aires. Editorial de la Universidad Católica Argentina EDUCA, C.I, 13.

3 Zubiri, X. (1970). *Cinco Lecciones de Filosofía*. Madrid. Editorial Moneda y Crédito, 17.

4 Lamas, F. A. (2008). “Introducción general”. En *La Dialéctica Clásica – Lógica de la Investigación*. Lamas, F. A. (ed.), Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 12.

5 Lamas, F. A. “Dialéctica y Derecho”. En *Circa Humana Philosophia*. Ob. cit., 13.

6 Aristóteles (2012). *Metafísica* (trad. García Yebra, V.). Madrid. Ed. Gredos, L. I, cap. 1, 980 a 1.

7 Lamas, F. A. (1991). *La Experiencia Jurídica*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 83.

8 Zubiri, X. (1978). *Naturaleza, Historia, Dios*. Madrid. Editora Nacional, 47. Agrega allí también el autor: “Las cosas están propuestas al hombre y la verdad no consiste sino en que

decir que “todo ente es idéntico a sí mismo” (principio de identidad) o que “ningún ente puede ser y no ser al mismo tiempo –“P” y “no P”–, es necesario reconocer la existencia de verdades ontológicas, las que por su manifiesta evidencia no requieren demostración, por ser su percepción inmediata. Más adelante me referiré a este punto.

Precisamente ese es el cometido que a la dialéctica le asigna el propio *Estagirita*, cuando señala en su obra *Tópicos* –sin duda, un verdadero manual sobre aquella disciplina que viene ocupando nuestra atención– que “el propósito de este estudio es encontrar un método a partir del cual podamos razonar sobre todo problema que se nos proponga, a partir de cosas plausibles, y gracias al cual, si nosotros mismos sostenemos un enunciado, no digamos nada que sea contradictorio”⁹.

Aquella es para el filósofo citado parte de la *Lógica*. En rigor de verdad, “más precisamente de la Lógica de lo probable, de la investigación científica, aporética, de la enseñanza y de la argumentación en materia práctica contingente (moral, política y jurídica)”¹⁰.

En ese orden, la dialéctica posibilita el desarrollo de un pensamiento, que si bien –como he expuesto al comenzar– va en busca de la *verdad* como fin último y fundamental, no logra alcanzarla con certeza, entendida esta última como *certeza formal* –cf. la escolástica–, es decir, “una certeza subjetiva objetivamente fundada, basada en una manifestación del ser”¹¹ –correspondencia entre lo que en verdad es y lo que el sujeto sostiene–.

De ello se puede colegir que del silogismo dialéctico, caracterizado porque alguna de sus premisas no es necesaria o no es absolutamente verdadera, solo se obtendrá como resultado una conclusión o un enunciado “probable”¹².

Es así que “la dialéctica como ‘modalidad de la razón discursiva’, si bien puede partir de premisas ciertas –lo que dará como resultado una conclusión cierta (es decir, que otorga certeza o verdad a ese conocimiento que se ha alcanzado)–, puede tener como punto de partida una premisa que solo sea probable, en cuyo caso, su fruto será un resultado que va a representar

la inteligencia revista la forma misma de aquéllas. Cuando la inteligencia expresa esta situación decimos que sus pensamientos poseen verdad. Dicho de otro modo, la verdad es, según la fórmula tradicional, un acuerdo del pensamiento con las cosas. Todo el problema de la ciencia estriba, pues, en llegar a un acuerdo cada vez mayor con la mayor cantidad de cosas” (véase ob. cit., 13).

9 Aristóteles (2010). “Tópicos”. En *Tratados de Lógica (Órganon)* (trad. y notas por M. Candel Sanmartín). Madrid. Editorial Gredos S.A., 100a, 89.

10 Lamas, F. A. “Dialéctica y Derecho”. En *Circa Humana Philosophia*. Ob. cit., 30.

11 Casaubón, J. A. (2006). *Nociones Generales de Lógica y Filosofía*. Buenos Aires. Editorial de la Universidad Católica Argentina EDUCA, 286.

12 Lamas, F. A. “Dialéctica y Derecho”. En *Circa Humana Philosophia*. Ob. cit., 29.

una conclusión también probablemente verdadera, que quedará sujeta ‘a sucesivas instancias de verificación’¹³.

2. Aquí vale una acotación sobre el alcance que Aristóteles da al término *probable*, dado que otorgar a este concepto un significado inadecuado puede llevar a interpretaciones incorrectas –especialmente al hablar de la dialéctica y su relación con el Derecho (como metodología)–, que pongan en duda su utilidad y la validez de sus procedimientos en el camino hacia la verdad y el bien (como fin último), dando lugar a una posición *relativista*, que no es tal.

Sobre este aspecto, se dice en la *Retórica* que “lo probable es lo que sucede la mayoría de las veces, pero no absolutamente, como algunos afirman; sino lo que, tratando de cosas que también pueden ser de otra manera, guarda con aquello respecto de lo cual es probable la misma relación que lo universal respecto de lo particular”¹⁴. También en *Tópicos* se aclara el significado de la palabra *probable* al indicar que es lo “plausible, bien para todos, bien para la mayoría, bien para los sabios, y, de entre éstos, bien para todos, bien para la mayoría, bien para los más conocidos [...]”¹⁵. Lo señalado demuestra que lo probable no ampara bajo su significación cualquier conclusión.

Para Aristóteles el concepto de probabilidad no está exento de complejidad. Mientras que, por un lado, representa lo que sucede reiteradamente o la “mayoría de las veces”, esto solo no es suficiente para darle relevancia, pues esa causalidad y ocurrencia debe coincidir “con una opinión generalmente admitida o ‘plausible’ (éndoxos) [...]. De esta manera, lo plausible es, en efecto, lo que confiere validez epistemológica a los enunciados de probabilidad, al integrarlos como enunciados dialécticos ‘verosímiles’ (*hómoion têi alethêi*) que sirven de regla general para la construcción de argumentos”¹⁶.

Es que como afirma Racionero, “no hay en Aristóteles una lógica de las probabilidades al margen de la *dóxa*, pero, a cambio de ello, [...] la probabilidad introduce un criterio de *frecuencia* o *regularidad* que hace a las ‘opiniones susceptibles de episteme y de silogismo’”¹⁷.

El comentarista citado se apoya en el propio filósofo cuando este afirmó que “toda ciencia es de lo que o se da siempre o habitualmente. De lo con-

13 Lamas, F. A. “Percepción e inteligencia jurídicas. Los principios y los límites de la dialéctica”. En *Los Principios y el Derecho Natural*. Ob. cit., 18-20.

14 Aristóteles (1990). *Retórica* (trad. Racionero, Q.). Madrid. Ed. Gredos, L. I, cap. 2, 1357a, 34-35.

15 Aristóteles. “Tópicos”. En ob. cit., L. I, cap. 10, 104a, 8-9.

16 Racionero, Q. véase “nota 58”, en *Retórica*, ob. cit., 185.

17 *Ibidem*, 185-186.

trario, ¿cómo se podría aprender o enseñar a otro? Es preciso, en efecto, que esté definido o por el *siempre* o por el *habitualmente*¹⁸.

3. Se debe agregar a lo ya expresado que la dialéctica es un método para razonar sobre toda clase de problemas, a partir de cosas plausibles. Plausible, aquí, se distingue de lo verdadero o primordial. Son cosas verdaderas y primordiales aquellas “que tienen credibilidad no por otras, sino por sí mismas”; son plausibles, en cambio, “las que parecen bien a todos, o a la mayoría, o a los sabios, y entre éstos últimos, a todos, o a la mayoría, o a los más conocidos y reputados”. Así se refiere Aristóteles al razonamiento dialéctico en *Tópicos*, señalando que este es “construido a partir de cosas plausibles”¹⁹.

En resumen, de lo comentado se sigue que, cuando el razonamiento parte de cosas verdaderas o de cosas cuyo conocimiento se origina en cosas verdaderas, hay demostración y, por lo tanto, no debe ser calificado de dialéctico. En cambio, si el razonamiento tiene como origen o inicio *cosas plausibles*, sí deberá ser reconocido como *dialéctico*.

De allí la utilidad e importancia que esta disciplina tiene para el Derecho, cuya materia, que es exclusivamente práctica, determina el carácter dialéctico de aquél.

4. Sobre las funciones de la dialéctica, puede afirmarse que tiene las siguientes²⁰: *asistir al razonamiento de la vida cotidiana* –modos naturales de argumentación–, en relación a la *via inventionis del método de investigación científico, la defensa de los primeros principios o axiomas y la estructura lógica del discurso retórico y prudencial*²¹.

De todas estas, la que cobra relevancia a los fines de la cuestión que nos ocupa en estas líneas, es sin duda alguna la utilización del método dialéctico para la defensa de los axiomas o dignidades, enunciados o principios –primeros principios–, que resultan autoevidentes –tal como fuera *ut supra* referido– y que si bien por su índole no necesitan de demostración, ello no significa que no deban ser defendidos.

Estos enunciados fundamentales no están exentos de sufrir embates o impugnaciones, aun cuando se trate de proposiciones que contienen y expre-

18 Aristóteles. *Metafísica*, ob. cit. L. VI, cap. 2, 1027a, 20-23. Véase también comentario de Lamas, F. A. “Dialéctica y Derecho”. En *Circa Humana Philosophia*. Ob. cit., 63-64.

19 Aristóteles. “Tópicos”. En ob. cit., L. I, cap. 1, 100a, 30.

20 Lamas, F.A. “Dialéctica y Derecho”. En *Circa Humana Philosophia*. Ob. cit., 34-37. En dicha obra, el autor sistematiza y desarrolla el contenido de las funciones de la dialéctica, de acuerdo a lo considerado sobre este tema por Aristóteles en “Tópicos” –respecto a las tres primeras funciones citadas– y en la *Retórica* –cuando se refiere a la estructura lógica del discurso retórico–.

21 Aristóteles. *Retórica*, ob. cit., 1355a, 9.

san verdades absolutas y máximas que, como resaltó Zubiri, “no necesitan de nada más para ser verdaderas”, por lo que “no pueden ser falsas, y son necesariamente conocidas”²².

Específicamente, en lo que hace a este aspecto de la dialéctica, vale recordar que esta “es útil para las cuestiones primordiales propias de cada conocimiento”. Precisamente, “a partir de lo exclusivo de los principios internos al conocimiento en cuestión, es imposible decir nada sobre ellos mismos, puesto que los principios son primeros con respecto a todas las cosas, y por ello es necesario discurrir en torno a ellos a través de las cosas plausibles concernientes a cada uno de ellos. Ahora bien, esto es propio o exclusivo de la dialéctica: en efecto, al ser adecuada para examinar, abre camino a los principios de todos los métodos”²³.

Para ir concluyendo con este acápite y poder valorizar el papel de la dialéctica en el campo del Derecho, resta dejar en claro que, como fue adelantado, la “noción de *probable* que está en la base” de esta “presupone una actitud no escéptica ni relativista respecto de la verdad, en nuestro caso, de la verdad acerca del Derecho y lo justo”²⁴.

Por otra parte, como la argumentación –fundamental e imprescindible en el campo de lo jurídico– “debe asegurarse el camino hacia la verdad, que habilite para la obtención de conclusiones válidas, que evite contradecirse al argumentar y que permita defender la corrección de la proposición propia a la vez que refutar la del adversario, se impone la consideración de un método”. Pues bien, dicho método –según Aristóteles– es precisamente la dialéctica²⁵.

Hasta aquí, algunas breves precisiones en torno a esta materia y sus principales características, que posibilitarán obtener algunas conclusiones útiles sobre su relación con la retórica y el papel que cumple en la defensa de los principios.

III. La retórica como arte de la persuasión de la verdad

1. Luego de haber caracterizado sintéticamente a la dialéctica, le toca ahora el turno a la *retórica*. En principio, debe ser entendida como el arte de la persuasión, que no busca obtener como resultado efectivo –por ejemplo– solo persuadir al auditorio o al magistrado, sino fundamentalmente “reconocer los medios de convicción más pertinentes para cada caso”²⁶.

22 Zubiri, X. *Naturaleza, Historia y Dios*, ob. cit., 46.

23 Aristóteles. “Tópicos”. En ob. cit., L. I, cap. 2 101a, 35; 101b, 1.

24 Lamas, F. A. “Dialéctica y Derecho”. En *Circa Humana Philosophia*. Ob. cit., 64.

25 *Ibidem*, 12.

26 Aristóteles. *Retórica*, ob. cit., L. I, 1.6, 1355b, 10.

Lo expuesto significa que no es la suerte del proceso a lo que se reduce el objetivo de esta disciplina, pues lo que efectivamente va a importar es la elección de los mejores medios disponibles para lograr la persuasión²⁷.

Ello, porque “lo propio de este arte es reconocer lo convincente y lo que parece ser convincente, del mismo modo que ‘corresponde’ a la dialéctica reconocer el silogismo y el silogismo aparente”²⁸. En concreto, debe básicamente entenderse por retórica “la facultad de teorizar lo que es adecuado en cada caso para convencer”²⁹.

2. Como método que tiene como fin seleccionar y aplicar las mejores herramientas retóricas disponibles en cada caso, es importante destacar, para dejar establecido los reales alcances de la doctrina aristotélica en la materia, que si bien todo este andamiaje metodológico está destinado a lograr la persuasión, esta última no debe ser considerada como un fin en sí misma –persuadir por persuadir–, sino que se trata de convencer sobre la verdad (apodíctica o no), pues es “un arte en parte lógico –pero no exclusivamente lógico– que hace posible la persuasión de la verdad en materia contingente o no necesaria, y aún en materia necesaria en tanto –como ocurre en el caso de las enseñanzas de las ciencias– el interlocutor o el lector no está en condiciones de comprender la verdad bajo el modo de la ἀκρίβεια”³⁰.

En cuanto a este concepto de la ἀκρίβεια, Zubiri –como lo recuerda Lamas– traduce este verbo como “estar en la verdad”³¹, y se debe entender como la perfección del conocimiento que posee “la precisión y la certeza propia de un saber”³².

Ahora bien, con el objetivo de seleccionar los enunciados más adecuados para lograr la persuasión, la retórica se vale de los *topoi* o lugares, *lugares comunes*. Estos –según el propio Aristóteles– “son los que se refieren en común lo mismo a cuestiones de justicia que de física, de políticas o de otras muchas materias que difieren por la especie, como ocurre, por ejemplo, con el lugar común de más o de menos”³³.

Los tópicos retóricos son, en consecuencia, lugares de donde se extrae un principio de argumentación y que tienen elementos que están vinculados a la disposición del auditorio, en orden a su persuasión.

27 Racionero, Q. véase nota 27, en *Retórica*, ob. cit., 172.

28 Aristóteles. *Retórica*, ob. cit., L. I, 1.6, 1355b, 15-18.

29 *Ibidem*, L. I, 2.1, 1355b, 25-26.

30 Lamas, A. F. “Dialéctica y Derecho”. En *Circa Humana Philosophia*. Ob. cit., 65.

31 Zubiri, X. *Cinco Lecciones de Filosofía*, ob. cit., 18. El autor dice: “El verbo ha solido traducirse brillantemente por ‘patentizar’; pero prefiero traducirlo de un modo más literal por ‘estar en la verdad’”.

32 Lamas, A. F. “Dialéctica y Derecho”. En *Circa Humana Philosophia*. Ob. cit., 14.

33 Aristóteles. *Retórica*, ob. cit., L. I, 2.8, 1358b, 11-12.

Debe ser destacada la atención puesta por el *Estagirita* en remarcar que la retórica persigue la persuasión de la verdad. A tal punto esta preocupación es así, que al respecto dijo que “la retórica es útil porque por naturaleza la verdad y la justicia son más fuertes que sus contrarios, de modo que si los juicios no se establecen como se debe, será forzoso que sean vencidos por dichos contrarios, lo cual es digno de recriminación”³⁴. Es decir, no forma parte de este arte el engaño, el lograr el convencimiento del otro a partir de recursos que lo persuadan de lo falso.

La *verdad* (y lo justo) y el *bien* son cualidades y finalidad, a la vez, de la retórica, pues a ellos está dirigida la aplicación del método en que esta consiste.

3. Al comienzo de su obra homónima, Aristóteles la presenta de alguna manera como la otra cara de una misma moneda, al decir que “es la antístrofa de la dialéctica, ya que ambas tratan de aquellas cuestiones que permiten tener conocimientos en cierto modo comunes a todos y que no pertenecen a ninguna ciencia”³⁵, poniendo en evidencia la correlación o correspondencia que existe entre ambas. La simple descripción que se realiza en el texto citado revela el estrecho vínculo que existe entre estas disciplinas.

Siguiendo esa misma línea argumental que destaca la vinculación a la que hice referencia anteriormente, se aprecia en su obra que el *filósofo* “enlazó el concepto dialéctico de argumentación con el concepto retórico de persuasión” más allá de tratarse de áreas de conocimiento “con objetos, fines e instrumentos propios”³⁶.

Al margen de ello, lo cierto es que la retórica no está dirigida o determinada a ser aplicada a un área especial del conocimiento, ya que “no pertenece a ningún género definido, sino que le sucede como a la dialéctica; y, asimismo, que es útil y que su tarea no consiste en persuadir, sino en reconocer los medios de convicción más pertinentes en cada caso, tal como bien ocurre con todas las otras artes”³⁷.

Es “un método adecuado de la Ética, la Política y el Derecho, no solo para el momento de la investigación científica y la legislación, sino sobre todo para el de su realización o aplicación en la vida humana determinada por pasiones, sentimientos e intereses contrapuestos”³⁸.

34 *Ibíd.*, L. I, 1.5, 1355a, 22-23.

35 *Ibíd.*, L. I, 1.1, 1354a, 1-4.

36 Barbieri, J. H. “Notas sobre Dialéctica y Retórica”. En *La Dialéctica Clásica – Lógica de la Investigación*, ob. cit., 258.

37 Aristóteles. *Retórica*, ob. cit., L. I., 1.6, 1355b, 8-10.

38 Lamas, A. F. “Dialéctica y Derecho”. En *Circa Humana Philosophia*. Ob. cit., 30.

En ese orden, la retórica es “la aplicación de la dialéctica en materia práctica (moral, jurídica, política) y contingente”³⁹, en pos de la persuasión de la verdad y de lo bueno, pues como fue expresado, el *bien* y la *verdad* deben ciertamente considerarse como *finés retóricos*.

Se debe agregar que la retórica va a apelar, para alcanzar su objetivo, a otros elementos ajenos a la dialéctica, tales como aquellos que transitan la esfera afectiva y pasional. Sucede que “las pasiones son, ciertamente, las causantes de que los hombres se hagan volubles y cambien en lo relativo a sus juicios, en cuanto que de ellas se siguen pesar y placer”⁴⁰.

Precisamente la importancia que se da a las pasiones y su relevancia en materia de persuasión hicieron que en el Libro II de la *Retórica* se trataran especialmente –luego de resaltar la necesidad de que el orador sea creíble y las causas de esa credibilidad, o sea, la sensatez, la virtud y la benevolencia–⁴¹ temas como la ira, la calma, el amor, el odio, el temor, la confianza, entre otros.

En conclusión, puede sostenerse que mientras los *topos dialécticos* son lugares argumentativos, los *retóricos* incluyen, además, elementos afectivos, pasionales, éticos, morales, sociológicos, económicos, etc., que deben ser considerados, como así también las condiciones socioculturales de un *auditorio*. Esto, si bien no forma parte del universo de lo moral o de lo pasional, no puede ser soslayado por quien debe persuadir.

Se puede advertir, entonces, que la retórica también utiliza o acude a elementos *extra-lógicos*.

Por eso, son los *tópicos retóricos* lugares de donde se extrae o extraen uno o varios principios de argumentación que tienen en cuenta, además, elementos que están vinculados a la disposición del auditorio, tal como ya fue indicado.

4. Aristóteles, al encarar el tema relacionado con la división de la retórica y las clases de discursos, señala, en primer término, que “tres son en número las especies de la retórica, dado que otras tantas son las clases de oyentes de discursos que existen. Porque el discurso consta de tres componentes: el que habla, aquello de lo que se habla y aquél a quien se habla; pero el fin se refiere a este último, quiero decir, al oyente”⁴².

Inmediatamente, teniendo en cuenta las características del oyente (entendido este como espectador o como el que juzga), reconoce la necesaria existencia “de tres géneros de discursos retóricos: el deliberativo, el judicial

39 *Ibidem*, 29.

40 Aristóteles. *Retórica*, ob. cit., L. II, 1.3, 1378a, 19-22.

41 *Ibidem*, L. II, 1.2, 1377b, 1.1., 20-35 y 1378a, 5-10.

42 Aristóteles. *Retórica*, ob. cit., L. I, cap. 3, 1358a, 36-37 y 1358b, 1-2.

y el epidíctico⁴³, que como puede apreciarse, son determinados por el tipo o clase de auditorio, dado que este es el fin último de los discursos, “puesto que es a su persuasión a lo que ellos se dirigen”⁴⁴.

El *discurso deliberativo* “tiene por objeto la decisión o elección de lo que se debe obrar. Por regla general, su conclusión es un enunciado de futuro”⁴⁵. Pueden ser deliberativos acerca de lo que debe obrarse *en general* (da como resultado un enunciado normativo o norma general) o *en particular* (concluye con un enunciado normativo particular o norma particular)⁴⁶. En torno a este tema, Aristóteles expresó que “lo propio de la deliberación es el consejo y la disuasión; pues una de estas dos cosas es lo que hacen siempre, tanto los que aconsejan en asuntos privados, como los que hablan ante el pueblo a propósito del interés común”⁴⁷. Tratan, estos discursos, acerca de los medios para alcanzar determinados fines, los que son evaluados y ponderados dando lugar a un juicio de preferencia de uno o de alguno de estos, especialmente dirigidos a lograr o alcanzar ese fin perseguido o querido⁴⁸.

En cambio, el *discurso judicial* busca obtener una resolución o decisión particular que se refiere a hechos del pasado y que afectará al imputado –por ejemplo– o a las partes (en el contradictorio), para quienes lo decidido por el magistrado es vinculante y de acatamiento obligatorio. De allí que se sostenga que el juicio sobre el pasado que practica el juez es *incierto*, lo que es resultado de la ausencia de conocimiento directo de los hechos por parte del juzgador, quien solo accede a aquel “indirectamente a través de la prueba” dando lugar a un “juicio probable”⁴⁹.

Finalmente tenemos el *discurso epidíctico* (estimativo, laudatorio, encomiástico), siendo propio de estos “el elogio y la censura”⁵⁰. “Tienen como fin la demostración dialéctica de un enunciado de valor y su aceptación por parte del interlocutor”⁵¹. Contiene un juicio de valor sobre los sujetos y su conducta, su obrar en busca de un juicio probable de valor que se realiza sobre la acción de una persona.

Como se puede apreciar, la retórica adquiere particular importancia en materia práctica y, de allí, para el pensamiento o razonamiento práctico, o sea, “el que está ordenado a la acción para dirigirla”⁵². Por ejemplo, en la

43 *Ibidem*, L. I, cap. 3, 1358b, 5-10.

44 Racionero, Q. véase nota 73, en *Retórica*, ob. cit., 194.

45 Lamas, F. A. “Dialéctica y Derecho”. En *Circa Humana Philosophia*. Ob. cit., 69.

46 *Ibidem*, 70.

47 Aristóteles. *Retórica*, ob. cit., L. I, cap. 3, 1358b, 5-10.

48 Lamas, F. A. “Dialéctica y Derecho”. En *Circa Humana Philosophia*. Ob. cit., 70.

49 *Ibidem*, 71.

50 Aristóteles. *Retórica*, ob. cit., L. I, 3.1, 1358b, 13-14.

51 Lamas, F. A. “Dialéctica y Derecho”. En *Circa Humana Philosophia*. Ob. cit., 69.

52 *Ibidem*, 11.

confrontación entre lo bueno y lo malo, entre lo justo y lo injusto; o donde se debate en torno a la conducta humana, sobre el deber ser, o cuando se discurre en busca de una decisión particular –jurisdiccional– o sobre cómo se debe obrar a futuro –p. e., una ley–.

Es evidente que en tales terrenos, la acción de la *retórica* es provechosa, particularmente a la hora de encontrar y proporcionar las mejores y más adecuadas herramientas en busca de la persuasión de la verdad y de lo bueno –como ya fue expresado–; *verdad* que se conoce a través de la inteligencia y *bien* que se percibe y comprende mediante la voluntad.

Corresponde, pues, al *razonamiento práctico*, la búsqueda de principios de argumentación, mediante la exploración y utilización de los lugares comunes o particulares relacionados con el asunto u objeto en estudio⁵³.

IV. Algunos apuntes sobre los principios

1. Lo primero que surge al comenzar el análisis de este decisivo punto para el desarrollo del presente trabajo, es establecer qué entendemos por *principio*, para luego definir qué son los llamados *primeros principios* y cuál es su naturaleza. Ello, como paso previo y necesario para, más adelante, arribar a los denominados *principios generales del Derecho* (entendidos básicamente como principios de argumentación).

Un vez delimitados estos conceptos y continuando con estas reflexiones, se podrá establecer, en particular, cuál es el papel, o dicho de otra forma, cuáles son las funciones que cumplen tanto la dialéctica como la retórica en la defensa de los “primeros principios” (*per se notae*) y, finalmente, su relación con los ya referidos principios generales del Derecho.

2. Iniciando el análisis propuesto anteriormente, comenzaré por recordar que, entre las principales acepciones –al menos las más relevantes en relación al tema que ocupa aquí nuestro interés– del término *principio* (del latín *principium*; del griego *arché* - ἀρχή), se pueden encontrar las que se citan a continuación, a saber: “a) Primer instante del ser de algo; b) punto que se considera como primero en una extensión o en una cosa; c) base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia; d) causa, origen de algo; e) cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes; f) norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta [...]”⁵⁴.

53 *Ibidem*, 11-12.

54 Real Academia Española (2001). *Diccionario de la Lengua Española (DRAE)*. 22.^a edición. Madrid, website: www.rae.es.

En sí, cuando se habla de *principio*, se alude al algo que representa el nacimiento o el comienzo de algo, de su fundamento, de la causa, del origen, entre otros significados posibles. Desde un punto de vista ontológico, se lo puede ver como el inicio de las cosas, es decir, desde donde una cosa comienza a ser, a existir. Asimismo, en su aspecto lógico y epistemológico, el principio puede ser entendido como la base, la raíz o el génesis del pensamiento (*noésis*).

El *principio* da razón –según lo señalado anteriormente– del *ser* y del *conocimiento*, por lo que se puede hablar de aquel como principio del ser (*principium essendi*) y como principio del conocer (*principium cognoscendi*), según la terminología escolástica.

Y avanzando en el camino aquí propuesto, se impone, por su necesaria vigencia, recordar lo expresado por Aristóteles en el capítulo V de la *Metafísica*, cuando señaló que *principio* es aquello que “es común ser lo primero desde lo cual algo es o sea hace o se conoce”⁵⁵, expresando, así, las distintas dimensiones en las que este se proyecta y trasciende.

De ello se sigue que no puede ser reconocido como *principio* (en su aspecto metafísico) aquel que deriva de otro, o que, para su justificación, para dar sustento a su razón de ser y para su validación, es dependiente a su vez de otro principio, lo que es así, porque las proposiciones que estos generan no son evidentes por sí mismas.

3. Siguiendo en este derrotero, aparecen en un primer e indiscutido plano los denominados *primeros principios*, que se dice son tales, porque dada su naturaleza y su esencia, se presentan a la inteligencia (*noûs*) en forma inmediata, es decir, sin depender de otra proposición o conocimiento previo. Esta especial característica permite afirmar su raíz noética, pues se trata de un acto intencional de la inteligencia, del intelecto (*intellectus*).

Su verdad es indiscutible, evidente, manifiesta y absoluta, por lo que se dice instalan al hombre en la verdad. Por ello y, además, por ser comunes a todas las ciencias, sirven como criterio de validación del conocimiento que se adquiere –por ejemplo– mediante la investigación científica. O sea, “su verdad es patente a la inteligencia sin necesidad de razonamiento alguno”, como sucede cuando se dice que “un ente no puede ser y no ser simultáneamente”, o “ningún todo es menor que sus partes”. Ya se verá que, desde un punto de vista ético, el primer principio evidente es: “el bien debe hacerse y el mal evitarse”⁵⁶.

⁵⁵ Aristóteles. *Metafísica*, ob. cit., L. V, cap. 1, 1013a, 17-20.

⁵⁶ Casaubón, J. A. *Nociones Generales de Lógica y Filosofía*, ob. cit., 45 (véase su nota n° 14).

De lo expuesto, se puede concluir que de todos estos enunciados, se derivan proposiciones que son autoevidentes (*propositiones per se notae*), o sea, que no precisan ser justificadas, aunque como se expondrá, en ocasiones, sí deben ser defendidos de quienes los cuestionan a pesar de su patencia.

4. Antes de continuar, creo útil plantear, a continuación, que los principios pueden ser divididos básicamente en dos clases: principios *comunes* y principios *proprios de las ciencias particulares*. Dejaré para el final toda consideración sobre los principios *de las ciencias prácticas* –operativos–, entre los que encontramos particularmente los *principios generales del Derecho*, que son esenciales porque establecen directrices y normas que posibilitan *pensar y argumentar* (alegar, dar razones o fundamentos, que posibilitan –por ejemplo– sostener una opinión jurídica, un derecho, la validez y vigencia de una norma, etc.).

Los primeros (comunes), metafísicos y vinculados con el ente mismo, sus propiedades y realidad –también son principios lógicos–, se presentan en todas o muchas ciencias, que los asumen en forma analógica en la medida que son de utilidad para estas. Estos pueden subdividirse, a la vez, en *meramente comunes* (son “comunes” con cierta confusión, pues su significación varía según el ámbito real o científico donde se apliquen...) y en *comunísimos*, es decir, conocidos por todos y máximamente universales porque consisten en las nociones de ente, unidad, verdad, bondad, etcétera, o las que los contienen como términos⁵⁷.

Los últimos son precisamente a los que se denominan *primeros principios* propiamente dichos o dignidades (*dignitates*, según la Escolástica).

Respecto a los *principios propios de cada ciencia* –que representan tesis o máximas fundamentales en el campo del conocimiento al que se encuentren vinculados–, tienen en cuenta el objeto particular de cada disciplina. Esto significa que reconocen un territorio específico donde se aplican y establecen una jerarquía interna que permite que estos operen como medios de validación de los conocimientos vinculados o relacionados con aquellas.

Entre los primeros principios (*propositiones per se notae, dignitates, principia communissima, axiomatas*), tenemos los *especulativos* (principios ontológicos o lógicos), encontrándose en este grupo principios tales como el de identidad, el de contradicción, el de tercero excluido, el de razón suficiente, entre otros. También se encuentran los *primeros principios prácticos* que “se identifican con la ley natural y constituyen el objeto de la *sindéresis*”, que se traduce en la siguiente máxima: *debe hacerse el bien y evitarse el mal*.

57 Lamas, F. A. “Percepción e inteligencia jurídicas. Los principios y los límites de la dialéctica”. En *Los Principios y el Derecho Natural*. Ob. cit., 40.

Derivan de la aprehensión del *bien*, estableciendo la ordenación al fin, o sea, el primer principio en materia moral y práctica citado anteriormente⁵⁸.

Será Santo Tomás quien dará el nombre de *sindéresis* (hábito de los primeros principios prácticos) al *noûs* (como facultad natural de la inteligencia de percibir – inteligencia inmediata) en el orden práctico (valora y dirige la acción del hombre), “identificando los primeros principios en materia moral con las normas más universales de la ley natural”⁵⁹. Así, la *sindéresis* indica siempre al hombre cómo debe obrar, señalándole como norte y fin necesario, a la vez, el *Bien*.

5. Retomando el análisis de los *primeros principios*, debe ser destacado que “a diferencia de los principios propios de cada ciencia, están, por su universalidad, implicados en todo juicio y en toda demostración. De ellos procede la verdad o la validez de todas las demás proposiciones sin que ellos, a su vez, procedan de otro conocimiento por alguna forma de mediación lógica”. Son –como adelanté– “proposiciones de evidencia inmediata (*per se notae*) que la inteligencia profiere espontáneamente al descubrir intuitivamente –vale decir, sin discurso– la relación necesaria que vincula al sujeto y al predicado”⁶⁰.

Esto quiere decir que aquello expresado en el predicado ya está contenido en el sujeto, siendo su contenido de tal obviedad, que la verdad aparece indiscutida, manifiesta, sin dar lugar a la menor duda, o sea, patente ante el intelecto. No se precisa de análisis alguno para poder advertirla, ya que muestran –a la *verdad*– por sí mismos. Como se dijo al comienzo de esta indagación, estos (axiomas, *axiomatas*), en definitiva, se traducen en proposiciones o enunciados autoevidentes, de los que brota la verdad en forma clara e innegable.

Tal conocimiento y su revelación se dan a partir de la *experiencia*, entendida esta como “conocimiento inmediato y directo de lo real”⁶¹ y mediante la *inducción*. Esta última –vale destacar– va de lo *particular* hacia lo *general* o, dicho de otra forma, permite “el paso de los singulares al universal siguiendo el camino del raciocinio”⁶².

Es el propio *Estagirita* quien reconoce el rol de la experiencia en este punto del proceso de conocimiento, cuando refiere que aquella “parece, en cierto modo, semejante a la ciencia y el arte, pero la ciencia y el arte llegan

58 Lamas, F. A. *La Experiencia Jurídica*, ob. cit., 268.

59 Lamas, F. A. “Percepción e inteligencia jurídicas. Los principios y los límites de la dialéctica”. En *Los Principios y el Derecho Natural*. Ob. cit., 44.

60 Lamas, F. A. *La Experiencia Jurídica*, ob. cit., 267.

61 *Ibidem*, 83.

62 Casaubón, J. A. *Nociones Generales de Lógica y Filosofía*, ob. cit., 167.

a los hombres a través de la experiencia”⁶³. Esta reflexión extraída de la *Metafísica* demuestra que “por su carácter noéticamente originario, la experiencia es necesaria para la constitución de todos los saberes, aunque ella integra la metodología de las ciencias en desigual medida, según la índole del objeto de cada una de ellas. En particular, la experiencia jurídica es necesaria, en la ciencia acerca del Derecho, para la inducción de los principios comunes y propios, los principios secundarios y para la verificación de la realidad de su objeto”⁶⁴.

Y el papel de la experiencia no es casual, sino todo lo contrario, pues por su índole, “es un acto vital consciente por el que y en el que el hombre toma contacto con la realidad”⁶⁵ que, “en la medida en que sea pensada como el primer acto vital consciente (e intencional) de encuentro del hombre con la realidad, ha de ser caracterizada como un acto de conocimiento”⁶⁶. Concretamente, “es la presencia intencional de lo real, en tanto éste aparece al hombre en su concreción fenoménica”⁶⁷, realidad que el hombre capta mediante su intelecto de manera natural y con inmediatez.

Se debe aclarar –tal como lo hace el autor citado–, que la referencia a lo *fenoménico* (al fenómeno) debe ser entendida en el sentido de su significación fenomenológica, o sea, como “estudio o investigación racional del fenómeno (que es el objeto de la experiencia) en orden a una ciencia o saber”⁶⁸.

Si la relacionamos concretamente con el Derecho, es “la experiencia jurídica el primer estadio cognoscitivo” de su realidad, que en términos fenomenológicos, se traduce en “la descripción metódica del Derecho en su aparecer y en su realizarse en la vida cotidiana, con sus estructuras, relaciones y problemas más inmediatos en orden a una determinación puramente intelectual o teórica cuya consumación será fruto de la *via iudicii* (momento resolutorio de la ciencia en sus principios)”⁶⁹.

6. Como corolario de lo señalado en los párrafos precedentes, se puede concluir que los *primeros principios* no requieren –y por su índole tampoco la admiten– demostración alguna por la vía deductiva. Se raciocinan y luego se conocen, siendo ello resultado directo –como fue dicho– de emplear *la inducción* en ese proceso cognoscitivo. Por su propia esencia, “toda demos-

63 Aristóteles. *Metafísica*, ob. cit., L. I, cap. 1, 981 a1-4).

64 Lamas, F. A. “Percepción e inteligencia jurídicas. Los principios y los límites de la dialéctica”. En *Los Principios y el Derecho Natural*. Ob. cit. 25.

65 Lamas, F. A. *La Experiencia Jurídica*, ob. cit., 78.

66 *Ibidem*, 82.

67 *Ibidem*, 85.

68 *Ibidem*, 50.

69 *Ibidem*, 51.

tración, en último término, se apoya en principios indemostrables. Indemostrables, pero evidentes. No necesitan demostración: su verdad aparece al espíritu desde el momento que conocemos los términos de esa proposición (p. ej.: ‘el todo no puede ser menor que la parte’)⁷⁰.

Surge de esta manera, con meridiana claridad, que aquí son sus protagonistas el *intelecto* y la *experiencia*, que, unidos, permiten captar aquello que se presenta como indiscutido, a partir de una multiplicidad de casos, que de manera alguna agotan las posibilidades –tampoco sería necesario que ello ocurra– pero que son suficientes y relevantes para mostrar la razonable e indudable verdad del principio que se revela. Dejan expuesto y a la vista que el predicado debe ser *aceptado* como válido, por corresponder a la esencia y naturaleza del sujeto.

Por ejemplo, enunciados tales como “todo ente es idéntico a sí mismo”, “ningún ente puede ser y no ser a la vez”, “el bien es superior al mal”, “el todo es mayor que las partes”, entre otros, se exhiben ante la inteligencia (*noûs*) de manera transparente, inmediata. Esta particular característica es resultado de lo que se ha dado en llamar “la inteligencia de los principios”.

7. Sobre los *principios del Derecho*, se puede adelantar que se trata de principios generales del pensamiento práctico que reconocen como principal fundamento y soporte los *primeros principios prácticos (sindéresis)* –como ya fue descrito–, cuya norma moral primera y universal determina que *debe hacer el bien y evitar el mal*. Pero como la vigencia y aplicación de esta fundamental regla no se encuentra limitada al campo de lo jurídico, vale también para la política y para la moral.

Con la denominación de *principios del Derecho* son reconocidos diversos preceptos o máximas que, por su naturaleza y contenido, se encuentran y operan en distintos niveles del conocimiento y de la conducta humana.

Según el uso general⁷¹, se puede entender la noción de principio del Derecho como *fin*, como sistema de valores-fines, que son la base de un ordenamiento jurídico.

En la materia jurídica propiamente dicha, el Bien Común político o temporal es entendido como fin último del Derecho (primer principio del Derecho). Desde esta perspectiva, el principio “no es solo noético sino real, en cuanto es causa o principio real de la conducta jurídica”⁷².

Por otra parte, se encuentran las *normas derivadas del principio anterior*, que están ordenadas racionalmente a dichos valores-fines. Constituyen

70 Casaubón, J. A. *Nociones Generales de Lógica y Filosofía*, ob. cit., 290-291.

71 Lamas, F. A. *La Experiencia Jurídica*, ob. cit., 501-507.

72 *Ibidem*, 502.

el objeto de la *sindéresis* (se relacionan directamente con el fin último) y se identifican con la ley natural. Estas adquieren el carácter de *principios*, dado que por deducción dan origen a otras normas que no poseen la universalidad del que calificamos como primer principio del Derecho, pero cuyos preceptos tienen un contenido y alcance mayor (más general) que cualquier norma positiva. Por eso se dice que “son principios noético-reales, ordenados a regir y a tener alguna influencia eficaz en la conducta”⁷³.

La *equidad* también se erige como otro principio del Derecho, en tanto dirige la conducta hacia lo justo, otorgando a cada uno lo que merece.

También encontramos como consecuencia de la clásica y primera división del Derecho, *principios propios del Derecho Público* (principio de proporcionalidad) o *del Derecho Privado* (principio de reciprocidad en los cambios, entre otros).

Se ha calificado de principios a aquellos enunciados generales que se refieren a un determinado sistema jurídico-legal vigente en uno o varios estados (de raíz romanista y los sistemas vinculados al *Common Law*) que, por sus particulares características, requiere de ciertos preceptos generales que le den orden y sistematización, que aun cuando son formulados por la propia ciencia, tienen “sentido práctico y, en esa medida, son también, además de cognoscitivos o científicos, reales”⁷⁴.

Lo mismo sucede con *las proposiciones generales prácticas abstraídas*, que se enuncian relacionadas directamente con las distintas ramas del Derecho y que representan “reglas o normas que gobiernan la interpretación y la aplicación de todo el conjunto de normas”⁷⁵.

También reciben la denominación de principios los *enunciados prácticos generales* que, a modo de precepto fundamental, sirven para la “interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico-positivo”⁷⁶. Se encuentran a lo largo de todo el sistema legal preceptos que califican como tales, como es el caso del *pacta sunt servanda*, que impone el cumplimiento de lo pactado; el principio de *la buena fe* o del *abuso de derecho*, este último, que veda el ejercicio irregular o disfuncional de los derechos resaltando la inexistencia de derechos absolutos; *in dubio pro reo*, el principio de *enriquecimiento sin causa* que veda el acrecentamiento del patrimonio a costa del empobrecimiento del deudor si no media una causa jurídicamente válida; los *principios de prevención y de sustentabilidad* en el Derecho Ambiental; el *principio de conservación de la empresa* en materia societaria y concursal (empresarial en general), entre tantos otros.

73 *Ibidem*, 503.

74 *Ibidem*, 504.

75 *Ibidem*, 504.

76 *Ibidem*, 504.

8. Luego de esta descripción, debe advertirse que si bien puede afirmarse que estos preceptos o máximas deben ser considerados principios de la ciencia del Derecho, se hace necesario efectuar algunas precisiones.

Respecto al primer principio de orden práctico que opera como norma moral primaria (*debe hacerse el bien y evitarse el mal*), no sería correcto hablar de una *sindéresis* jurídica, pues la universalidad y unidad del fin último del hombre hace que ello no sea posible, atento que resultaría contradictorio con la esencia misma de este primordial enunciado. No es, ni puede ser reclamado como patrimonio exclusivo o propio del Derecho.

Asimismo, las normas que se derivan o identifican con el fin del Derecho –dirigidas a estos valores y fines– también son primeros principios, porque si “la ley moral natural es una norma de la *sindéresis*, también debe serlo la norma jurídico-natural en ella contenida”⁷⁷ (debe hacerse el bien común temporal y evitar aquello que impida alcanzarlo).

De esta manera, por su directa relación con la norma moral fundamental y primera, también son principios comunes.

Son sí principios propios del Derecho *la equidad* y los ya mencionados *principios de proporcionalidad* (vigente en el Derecho Público) y *de reciprocidad en los cambios* (de aplicación en el Derecho Privado).

El resto de los supuestos mencionados son principios de la ciencia jurídica, pero que no se encuentran en el mismo plano que los anteriores. Su límite es el impuesto por cada área o rama del Derecho (Penal, Civil, Comercial, Laboral, Tributario, Administrativo, Ambiental, etc.) y el territorio donde pueden aplicarse es determinado por cada especialidad o rama del Derecho, siendo útiles para la argumentación jurídica y prudencial.

De esta manera, los principios propios de la ciencia –como fue visto– son los que nos posibilitan pensar de manera práctica (razonamiento práctico) las distintas situaciones que se pueden presentar. Siguiendo en esa línea de análisis, no se podría razonar o discurrir sobre distintos temas o aspectos del Derecho Público si no contáramos con el principio de proporcionalidad (por ejemplo, aplicable en materia tributaria o en el Derecho Penal).

Lo mismo sucede en el campo del Derecho Privado –Derecho Civil o Comercial, por ejemplo– con el denominado principio de reciprocidad en los cambios, que plantea la necesidad de que el intercambio responda a una equivalencia o equilibrio de las contraprestaciones, siendo este un tema tratado ya por Aristóteles en *Ética Nicomaquea*. Allí, expresa que “lo que vincula [a los hombres] unos con otros en asociaciones de intercambio es esa forma de lo justo, la reciprocidad, pero [la reciprocidad] de proporción y no de igualdad”⁷⁸.

⁷⁷ *Ibidem*, 505.

⁷⁸ Aristóteles (2010). *Ética Nicomaquea* (trad. y notas por E. Sinnott). Buenos Aires.

Como principios de argumentación, sirven para justificar, probar o demostrar un razonamiento, una postura determinada o un argumento en concreto. Para esos menesteres, no se utilizan los primeros principios, dado que los mismos sirven como criterios de validación y no para demostrar una argumentación; máxime cuando nos encontramos en el campo de la materia práctica, a la que reportan los enunciados jurídicos, los que, por su índole, son también conceptos prácticos, pues están referidos a la conducta de los sujetos cuya ordenación al Bien persiguen.

V. Algunas conclusiones sobre la dialéctica y la retórica, su relación con los principios

El Derecho, como se ha visto, es en esencia dialéctico. Su materia y contenido tienen como referencia la conducta humana y todo lo que de ella provoca, genera, modifica o extingue, en cualquiera de los distintos ámbitos donde esta tiene lugar (social, político, económico, cultural, familiar, entre otros).

Esta *realidad*, por ser tal, es necesariamente dinámica y, como todo lo humano, contingente y plagada de eventualidades, de incertidumbre, de cambios y circunstancias que la transforman todo el tiempo. A su vez, cuando es captada por el Derecho como objeto de análisis y punto de partida para reglar la conducta o acción de las personas, se transforma –desde lo conceptual– en *realidad jurídica*, la que, precisamente y por su propia esencia, no es estática.

Así, el sustrato del Derecho resulta ser también contingente porque su objeto lo es, siendo esa natural movilidad la que altera o hace que, a su vez, aquél sea dialéctico. Por eso, “el Derecho exige adecuarse en forma racional y práctica a la índole dialéctica de lo que tiene entre manos y requiere una solución o justificación”⁷⁹.

Precisamente la *dialecticidad* que lo caracteriza “pone de manifiesto, aun en el plano de la experiencia, ciertas tensiones que, más que dificultades del pensamiento, son problemas prácticos en los que se desarrolla o resuelve la vida jurídica. El núcleo consiste, sin dudas, en la bipolaridad entre un *logos* rector, que define el valor en su exigencia racional y que ordena en función de un fin común, y la realidad fáctica de la conducta individual de los hombres, histórica y localmente situada, y afectada por las sollicitaciones de las pasiones y de los intereses individuales. Introducir esa *verdad del bien común* en la vida particular en el inmediato de esta, los intereses particulares: ¡*He aquí el problema!*”⁸⁰

Ediciones Colihue S.R.L., L. V, cap. V, 1132b, 30-33.

79 Lamas, F. A. “Dialéctica y Derecho”. En *Circa Humana Philosophia*. Ob. cit., 10.

80 Lamas, F. A. *La Experiencia Jurídica*, ob. cit., 386.

Consecuentemente, su materia es *práctica* (la conducta, la acción humana, su ordenamiento, su valoración, sus efectos) y, por lo tanto, el pensamiento que la tiene como referencia es *pensamiento práctico*, es decir, aquel que está orientado u “ordenado a la acción para dirigirla”⁸¹; el cual, para su elaboración y desarrollo, depende de “la búsqueda de principios o premisas de la argumentación, mediante la exploración de lugares comunes o particulares correspondientes al asunto u objeto”⁸².

De esta manera, la *dialéctica* como pensamiento en movimiento⁸³ aparece como “el núcleo lógico de la metodología científica y prudencial del Derecho, al menos en su momento principal: la *via inventionis* de lo justo”⁸⁴, que se traduce en un tiempo de “exploración, aporético, de discusión, de elaboración de hipótesis, de experimentación e inducción”⁸⁵.

Aporta también las herramientas necesarias para la argumentación jurídica, permitiéndole arribar a conclusiones válidas y encaminadas hacia la *verdad*, evitando que incurra en contradicciones, para poder ejercer una correcta defensa de la propia posición y refutar al contrincante⁸⁶.

Posibilita la dialéctica, la búsqueda de principios, enunciados o premisas (*endoxa –ἐνδοξα–*)⁸⁷ válidas y plausibles, para dar forma a la argumentación, valiéndose de los lugares o todos; además de aportar –como fue expuesto– “la estructura lógica del discurso retórico y prudencial”⁸⁸.

Pero cuando se complementa con la retórica los resultados se optimizan, dado que “constituyen dos disciplinas paralelas, o mejor, dos técnicas complementarias de una misma disciplina, cuyo objeto es la selección y justificación de enunciados probables con vistas a constituir con ellos razonamientos sobre cuestiones que no pueden ser tratadas científicamente [...]. Así, mientras la dialéctica se fija en los enunciados probables desde el punto de vista de la *función designativa* del lenguaje, de lo que resultan conclusiones sobre la *verosimilitud* de tales enunciados; la retórica centra su interés en esos mismos enunciados, desde el punto de vista de las *competencias comunicativas* del lenguaje, desde lo que se desprenden ahora conclusiones sobre la capacidad de *persuasión*”⁸⁹.

81 Lamas, F. A. “Dialéctica y Derecho”. En *Circa Humana Philosophia*. Ob. cit., 11.

82 *Ibidem*, 11-12.

83 Este tema fue tratado en el punto II de este ensayo.

84 Lamas, F. A. “Percepción e inteligencia jurídicas. Los principios y los límites de la dialéctica”. En *Los Principios y el Derecho Natural*. Ob. cit., 20.

85 Lamas, F. A., “Dialéctica y Derecho”. En *Circa Humana Philosophia*. Ob. cit., 16.

86 *Ibidem*, 12.

87 Se trata de enunciados admitidos por todos o la mayoría de los miembros de una determinada área o círculo. Tienen valor lógico porque, por ejemplo, pertenecen o se atribuyen a alguien a quien se le reconoce autoridad epistémica o por consenso entre sus pares.

88 Lamas, F. A. “Dialéctica y Derecho”. En *Circa Humana Philosophia*. Ob. cit., 36.

89 Racionero, Q. en *Retórica*, ob. cit., 36.

Es desde esa perspectiva que se debe entender a Aristóteles, cuando al inicio de la *Retórica* dijo que ésta “es una *antistrofa* de la dialéctica, ya que ambas tratan de aquellas cuestiones que permiten tener conocimientos en cierto modo comunes a todos y que no pertenecen a ninguna ciencia determinada”⁹⁰.

Tal como se expresó, la argumentación, si bien es fundamental e imprescindible para la vida en general, adquiere especialmente relevancia en el ámbito de lo jurídico. Esto impone la necesidad que contar con un orden metodológico que asegure ese camino hacia la verdad, que proporcione un mecanismo que valide las conclusiones que se exhiban para defender los argumentos y, que a su vez, sirva para refutar eficazmente al adversario.

Ese objetivo solo es posible si se posee un método que seleccione para su aplicación los medios más idóneos y útiles para persuadir hacia la verdad (véase *ut supra* punto III). “Pues bien, dicho método –según Aristóteles– es precisamente la dialéctica”⁹¹.

Luego, y ya en directa relación con el tema objeto de este estudio, se puede afirmar que esta última “permite la comprobación de los principios (inducción de los mismos) y la defensa de los mismos contra los impugnantes. La participación de los tópicos es esencial en la inducción por aplicación del análisis lingüístico. En cuanto a la misión de la retórica de defensa de los principios, la función de los tópicos sitúa el discurso y previene de anfibologías y equívocos”⁹².

Es que si bien –como ya se dijo– los primeros principios, por ser autoevidentes y absolutamente verdaderos, no necesitan ni admiten ser demostrados, ello no obsta a que igualmente puedan ser impugnados o cuestionados. Pero como las argumentaciones que sustentan tales impugnaciones no pueden ser rebatidas mediante la demostración del principio, en cambio, sí puede ser atacada la razonabilidad del contenido de tales observaciones o su aparente solidez, como así también, demostrar que en estas se incurre en contradicciones.

Según fue expresado anteriormente, la articulación de la dialéctica y la retórica hace que se pueda contar con instrumentos adecuados metodológicamente implementados, pues al ser función de la primera dar “verosimilitud a la opinión” y de la otra –la retórica– “lograr su aceptación”, la combinación de ambas técnicas posibilita obtener un mejor resultado⁹³, permitiendo hacer uso de argumentos que tendrán un mayor efecto persuasivo.

90 Aristóteles. *Retórica*, ob. cit., I, 1.1, 1354a 1-5.

91 Lamas, F. A. “Dialéctica y Derecho”. En *Circa Humana Philosophia*. Ob. cit., 12.

92 Basset, U. C. (2008). “La función de los tópicos jurídicos en el método del derecho”. En *La Dialéctica Clásica – Lógica de la Investigación*, ob. cit., 276.

93 Barbieri, J. H. “Notas sobre Dialéctica y Retórica”. En *La Dialéctica Clásica – Lógica de la Investigación*, ob. cit., 265.

Precisamente en el tema relacionado a la defensa de los principios (axiomas), *la dialéctica*, por su parte, con sus lugares (topos dialécticos), brindará la estructura lógica que dará validez a la argumentación, valiéndose para ello de la inducción y del silogismo.

A su turno, *la retórica* contribuirá con sus propios tópicos, a través de los cuales se accederá a principios de argumentación que estarán directamente relacionados con la disposición del auditorio (elementos afectivos, pasionales, éticos, económicos, etc.), al que trata de conmover y persuadir por la verdad.

En definitiva, la argumentación dialéctica y la persuasión retórica se combinan para la defensa de los primeros principios y de los primeros principios prácticos (sindéresis), no para justificarlos (algo imposible por ser autoevidentes y máximamente verdaderos), sino para refutar a quienes los objetan, aún y a pesar de su naturaleza.

Por su parte, para la argumentación jurídica y prudencial, adquieren vital importancia los *principios jurídicos propios de la ciencia*, los que, como fue expresado, se encuentran validados por los primeros principios prácticos y aquellas normas identificadas con el fin del Derecho ordenadas hacia los valores que emanan del anterior (*hacer el bien y evitar el mal*), para cuya intelección la dialéctica proporciona las herramientas necesarias para construir el silogismo dialéctico en que se traducen tales enunciados.

Estos principios propios del Derecho (por ejemplo: *la equidad, de proporcionalidad* del Derecho Público, *de reciprocidad en los cambios* del Derecho Privado, etc.) serán aplicados en el discurso retórico como *principios de argumentación*, tanto para justificar como para demostrar un razonamiento y, de esta manera, persuadir al *auditorio* por la verdad. Este último –como ya fue analizado– es el objetivo final de la retórica, que en esta suerte de *simbiosis* que se da con la dialéctica, busca alcanzar la verdad en pos del *bien común*, “que es principio y fin de toda la vida social del Estado, del Derecho, de la vida económica”⁹⁴, a pesar de que cada vez más se quiera escindir de forma artificial y con un criterio puramente utilitarista, el Derecho de los valores morales que arraigan en su propia naturaleza.

En ese orden de ideas, *la prudencia*, como uno de los modos del saber⁹⁵ apoyado en la experiencia⁹⁶, por ocuparse esencialmente de las acciones de la propia vida del hombre⁹⁷, cumple una función por demás relevante en la formulación de estos principios jurídicos, de los que luego se va a valer la re-

94 Lamas, F. A. *La Experiencia Jurídica*, ob. cit., 521.

95 Aristóteles. *Ética Nicomaquea*, ob. cit., 1139b, 15-20.

96 Zubiri, X. *Cinco Lecciones de Filosofía*, ob. cit., 18.

97 *Ibidem*, 21.

tórica para el cumplimiento de su cometido a la hora de argumentar aquello que se quiere demostrar.

Como “hábito práctico verdadero acompañado de razón, referente a las cosas buenas y malas para el hombre”⁹⁸, es un “saber universal” que comprende “la totalidad de la vida y del bien del hombre”⁹⁹ que, por ser tal, justifica ese papel necesario en la formulación de estas máximas, pues su propensión al bien, a lo justo, hace que no pueda admitir la generación de un principio cuyo contenido no signifique “estar en la verdad de algo”¹⁰⁰.

98 Aristóteles. *Ética Nicomaquea*, ob. cit., 1140b, 4-5.

99 Zubiri, X. *Cinco Lecciones de Filosofía*, ob. cit., 21.

100 *Ibidem*, 18.

**LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA
Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL
EN EL PERÍODO BAJOMEDIEVAL ESPAÑOL**
Análisis de las Cortes de León de 1188 de Alfonso IX
*The Guarantees and Safeguards of Legal Certainty
and The Principle of Legality in the Decreta of the Courts
of Leon of 1188, during The Kingdom of Alfonso IX*

Mario Spangenberg Bolívar*

Recibido: 1 de marzo de 2016.
Aprobado: 4 de marzo de 2016.

Resumen: El trabajo analiza la garantía de seguridad jurídica y el principio de legalidad penal en los *Decreta* de las Cortes de León de 1188, de Alfonso IX, en tanto límites normativos concretos al ejercicio del *ius puniendi* de la época. Y a partir de allí, concluye que ese revolucionario texto político y jurídico, de la Baja Edad Media española, constituye un antecedente insoslayable –más usualmente desatendido, en la bibliografía científica– en el estudio de la génesis histórica y el origen conceptual de algunos de los principios más relevantes del Derecho Penal moderno.

Palabras clave: Principio de legalidad - Seguridad jurídica - Cortes de León - Edad Media - Derecho Penal - Historia del Derecho.

Abstract: This paper analyzes the guarantees and safeguards of legal certainty and the principle of legality in the *Decreta* of the Courts of Leon of 1188, during the reign of Alfonso IX, both regulatory limits to the exercise of the *ius puniendi* of the time. Thereafter, it concludes that this revolutionary political and legal text of the Spanish Lower Middle Ages is an unavoidable

* Profesor agregado de Derecho Penal, Universidad Católica del Uruguay. Correo electrónico: guspange@ucu.edu.uy.

precedent –usually neglected in the scientific literature– in relation to the study of the historical genesis and origins of some of the most relevant principles of modern criminal law.

Keywords: Principle of Legality - Rule of Law - Courts of Leon - Middle Ages - Late Criminal Law - Legal History.

1. Introducción y estado de la cuestión

La construcción de un diseño jurídico e institucional capaz de racionalizar y, fundamentalmente, de imponer límites al ejercicio del poder estatal, en especial, al arbitrio de su potestad de sancionar a los ciudadanos, ha sido –y lo debería seguir siendo al día de hoy– un constante e inagotable motivo de inquietud y reflexión para la ciencia jurídica¹.

Más allá de tratarse ésta, como es notorio, de una cuestión íntimamente vinculada a lo que hoy entendemos como materia del Derecho Constitucional o Político, fue, sin embargo, respecto del ejercicio del *ius puniendi* penal donde se concentraron, inicialmente, los mayores esfuerzos –y naturalmente, también, los avances más significativos– en el desarrollo de ese verdadero edificio conceptual e institucional.

Extremo éste que pone de manifiesto la incuestionable vocación práctica de tal emprendimiento intelectual, en la medida que es, precisamente, en ese ámbito jurídico penal en que tuvo sus inicios tal desarrollo, donde el poder estatal cuenta con instrumentos sancionatorios de mayor intensidad y aflicción frente a los ciudadanos.

Por su parte, al interior mismo del Derecho Penal, parece incuestionable que el principio de legalidad se erigió en la primera y más auténtica garantía de limitación –y ordenación racional– del poder del soberano sobre los ciudadanos. Y en definitiva, de la propia seguridad jurídica de los habitantes.

A partir de allí, y con el devenir de los siglos, el mentado principio de legalidad sigue ocupando similar sitial de privilegio, mas ya no sólo en el árido, y siempre acotado, Derecho Penal, sino también en el resto del Derecho Sancionatorio (Tributario, Administrativo, etc.). Y así, puede afirmarse,

1 Aunque en el desarrollo institucional de las *polis* griegas ya es posible hallar rastros de una construcción de artificialidad política, en los hechos –según enseña Negro– es recién en la época renacentista cuando, “al aparecer y consolidarse el Estado, el orden político empezó a independizarse del orden natural como un orden artificial con su propia verdad, y lo Sagrado empezó a dejar de legitimar lo Político y la política”. Negro, D. (2010). *Historia de las formas del Estado. Una introducción*. Madrid. El Buey Mudo, 12. Circunstancia ésta que permite resaltar, con mayor brillo, a las conquistas jurídicas del medioevo español en la materia.

sin temor a yerros, que el fundamento y las exigencias modernas del principio en cuestión, ciertamente cada vez más rigurosas y sofisticadas, no conforman ya un patrimonio exclusivo de la ciencia penal, sino que se vinculan –de un modo mucho más extenso– con las propias formas de ordenación y actuación de los poderes públicos.

Ahora bien, en puridad, fue recién a partir de esa entronización del principio de legalidad, como manifestación de una normativa con vocación democrática y respetuosa de la seguridad jurídica, que el Derecho Penal –y el resto del Derecho Punitivo y Sancionatorio– construyó su modelo clásico y liberal², como instrumento de defensa del ciudadano frente al poder del Estado.

Así, el principio en cuestión ha logrado impregnar a la ciencia penal de tal modo que, incluso, buena parte del debate jurídico penal de las últimas décadas gira en torno al alejamiento o ruptura de la moderna normativa criminal respecto de su natural y originaria función de contención del *ius puniendi*, es decir, a la crisis o debilitamiento del principio de legalidad³.

En lo que hace a su génesis u origen histórico –como indico en el punto 2–, es un lugar común en la doctrina el señalar que el monopolio de la ley como fuente exclusiva del Derecho Penal se remonta al período de la Ilustración, en el notable influjo de las teorías limitadoras del poder estatal, y en especial, del arbitrio judicial de la época⁴. Y en efecto, los aportes de la Ilus-

2 Las expresiones “Derecho Penal moderno” y “Derecho Penal clásico” encuentran una precisa exposición en Hassemer, W. (1999). *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Bogotá. Temis, 15 y sigs. También aborda el punto, aunque refiriéndose a modelos mínimos y máximos de sistema penal: Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Trotta, 91 y sigs.

3 Especial atención han dedicado a este proceso: Silva, J. (2011). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires. BdeF, y el mismo autor (2012). *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Buenos Aires. BdeF; Albrecht, P. (2000). “El Derecho Penal en la intervención de la política populista”. En *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt – Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, 471 y sigs.; Sánchez, M. (1999). *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 11 y sigs.; Schünemann, B. (2012). *El Sistema moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales*. Buenos Aires. BdeF; Herzog, F. (2003). “Sociedad del riesgo, Derecho Penal del riesgo, regulación del riesgo –perspectivas más allá del Derecho Penal–”. En Zapatero, L.; Neumann, U. y Nieto, A. (coordinadores). *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*. Cuenca. Universidad de Castilla-La Mancha, 249 y sigs.; Prittwitz, C. (2003). “Sociedad de riesgo y Derecho Penal”. En Zapatero, L.; Neumann, U. y Nieto, A. (coordinadores), *Crítica...*, ob. cit., 259 y sigs.; Cancio, M. (2007), en Jakobs, G. y Cancio, M. *Derecho Penal del enemigo*. Buenos Aires. Hammurabi, 73 y sigs.; Diez, J. (2007). *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires. BdeF.

4 Por todos: Ferrajoli, L. *Derecho...* Ob. cit., 22 y sigs.; Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid. Trotta, 24 y sigs. y Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*, T. I. Madrid. Civitas, 142 y sigs.

tración liberal han sido tan relevantes y valiosos, en la moderna definición del principio de legalidad, es decir, de la garantía y tutela de la seguridad jurídica en la imposición democrática de límites al ejercicio de los poderes públicos, que tal afirmación no luce enteramente desacertada.

Ocurre, empero, que tal aserto sobre el origen más próximo de este verdadero dogma no obtura, ni mucho menos, la consideración y el análisis de antecedentes políticos y normativos que permitan comprender, de un modo más acabado, la evolución histórica de esa revolucionaria transformación política y jurídica en el ejercicio y la delimitación del poder público, vivida entre los siglos XVIII y XIX.

Y en esa labor retrospectiva, destaca un hito político-jurídico de la historia bajomedieval española⁵: las Cortes de León, celebradas por Alfonso IX, en el año 1188, y que dieron cima a sus célebres *Decreta*⁶.

El objeto del presente trabajo está circunscripto, precisamente, al análisis del contenido sustantivo o material del principio de legalidad –seguridad jurídica y origen democrático– en ese revolucionario documento histórico. Lo que permite sostener –y allí reside, justamente, la hipótesis central de este artículo– que, ya en los inicios de la Baja Edad Media española, en especial, en el siglo XII, es posible encontrar fundados antecedentes normativos de la máxima que, con singular brillo, iluminó al mundo jurídico de Occidente a partir del siglo XVIII.

Y al respecto, no parece oportuno soslayar que, con la salvedad de la referencia a la Corte leonesa practicada por Jiménez de Asúa⁷, el resto de la bibliografía jurídico-penal no ha dedicado mayor atención al período bajomedieval español, al estudiar el origen histórico y jurídico del principio de legalidad; privilegiándose, en no pocas ocasiones, frente a ese silencio, la referencia al artículo 39 de la *Magna Charta Libertatum* inglesa, de 1215. Y ello, pese a la riqueza y al profundo contenido conceptual que puede hallarse en los documentos jurídicos de la historia leonesa.

En otras palabras, la hipótesis que orienta al presente trabajo reside en el análisis de algunas garantías concretas contenidas en los *Decreta* de

5 Que tiene su inicio en el año 1150, sin que esa fecha, en la historia europea, se vincule a un episodio histórico concreto (a excepción de la batalla de las Navas de Tolosa de 1212) y culmina en 1474, año de la coronación de Isabel la Católica como reina de Castilla. Aunque en el ámbito europeo, se prefieren otros hitos –según Levaggi–, como la conquista de Constantinopla por los turcos (1453) o el descubrimiento de América (1492). Levaggi, A. (2013). *Manual de Historia del Derecho Argentino*, T. I. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 49 y 61.

6 Sin perjuicio, claro está, del monumental aporte que, tiempo más tarde, brindó al Derecho Penal –y a otras áreas del conocimiento jurídico, social y cultural– el Libro de las Leyes o Las Partidas, de Alfonso X.

7 Jiménez de Asúa, L. (1950). *Tratado de Derecho Penal*, T. II. Buenos Aires. Losada, 332-334.

León de 1188, y que dan cuenta de una concepción del ejercicio de los poderes públicos que, aún sin la sofisticación del principio de legalidad moderno, permite, sin embargo, considerarlas como insoslayables antecedentes del mismo.

No parece ocioso referir, ya en esta introducción, que el análisis aquí desarrollado no desconoce, ni pretende obviar, el muchas veces desatendido riesgo del anacronismo académico, consistente en transpolar –sin las debidas precauciones– institutos o prácticas de siglos anteriores hacia el presente, sin calibrar, en su justa medida, las múltiples y relevantes diferencias históricas existentes entre ellas. La pretensión que da cima a esta publicación, por el contrario, no pretende asimilar la concepción jurídica bajomedieval a la que pudo regir en Occidente sobre fines del siglo XVIII; su objetivo es ciertamente más modesto: poner de manifiesto la relevancia –como vengo de decir, en no pocas ocasiones desatendida– de las garantías y los compromisos reales dictados por el joven Alfonso IX, ya en el siglo XII.

En el tránsito a esa conclusión, entiendo conveniente dividir el presente trabajo de acuerdo al siguiente esquema: en el punto 2, posterior a esta introducción, analizo el principio de legalidad penal moderno, en su doble función de garantía jurídica y origen democrático; posteriormente, destino el punto 3 a los Decreta de León, su contexto histórico y las garantías y previsiones específicas más relevantes al tema en cuestión; para finalizar, en el punto 4, con las conclusiones de este trabajo.

2. El principio de legalidad penal

a. Concepto y relevancia del principio

No parece arriesgado afirmar que, dentro del extenso elenco de principios y garantías del Derecho Penal moderno, el de legalidad constituye la verdadera regla de oro del sistema, como máxima expresión del conjunto de garantías individuales y democráticas que ponen coto al poder sancionatorio del Estado. En especial, si se advierte –como hace Roxin– que “un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal”⁸.

Lo anterior permite dar cuenta de la real dimensión moderna del principio en cuestión en las democracias constitucionales, pues el análisis de la extensión y de la profundidad acordadas al principio de legalidad en un

8 Roxin, C. *Derecho...* Ob. cit., 137.

orden jurídico concreto, permite obtener, a un mismo tiempo, una imagen certera del apego de ese ordenamiento específico a las exigencias teóricas y prácticas del propio Estado de Derecho. Al punto que –según Süß– si se trata “de examinar un sistema jurídico-penal codificado que se ha consagrado al ideal de un Derecho Penal propio de un Estado de Derecho liberal, es recomendable empezar observando el papel del principio de legalidad”⁹.

En esa medida, la riqueza del patrimonio de legalidad en el Derecho Penal contemporáneo no reside –o al menos no únicamente– en la efectiva previsión legal de lo punible, en la estructura de la descripción de lo prohibido en diversos tipos penales, sino en su carácter de límite democrático a la arbitrariedad sancionatoria del poder estatal y así, en definitiva, en su vocación de tutela y aseguramiento de las libertades.

En relación más directa con el contenido específico del principio, es dable advertir que el mismo no es unívoco, pues convergen al interior de la máxima dos dimensiones que, en la actualidad, permiten explicar su inacabable vigencia y su extendido protagonismo¹⁰.

En efecto, por un lado, el principio de legalidad opera como garantía de seguridad jurídica, es decir, como fuente necesaria e irrenunciable de conocimiento y previsibilidad de los ciudadanos, respecto de los concretos ámbitos de ilicitud –especialmente de la ilicitud penal– y de las consecuencias jurídicas atribuibles a los comportamientos previamente designados como reprochables. En este sentido, sólo un sistema jurídico basado en el estricto respeto al principio de legalidad es capaz de brindar a sus ciudadanos la seguridad de actuar conforme a Derecho y de conjurar, de esa manera, la siempre latente arbitrariedad estatal sancionatoria.

Simultáneamente, es posible advertir, en el principio en cuestión, una exigencia sustantiva, que consiste en restringir la determinación de los comportamientos punibles a una única fuente de producción normativa. En el caso, sólo a aquella que asegura su origen democrático.

Y ello también es dable de ser observado desde una doble óptica: por un lado, relativa al estricto origen de la norma –ley en sentido formal, emanada del órgano con mayor representación democrática del gobierno– y, al mismo tiempo, también en cuanto hace a su contenido, al imponer una precisa determinación de la conducta prohibida y vedando, en contrapartida, la interpretación analógica en sede sancionatoria.

Tal es el contenido, y no otro, que usualmente con las denominaciones de *lex scripta*, *lex praevia*, *lex certa* y *lex stricta*, y en infrecuente coinci-

9 Süß, F. (2000). “El trato actual del mandato de determinación”. En *La insostenible...* Ob. cit., 223.

10 Silva, J. (2012). *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Buenos Aires. BdeF, 401 y sigs.

dencia doctrinaria sobre su alcance material, se asigna modernamente al principio en análisis¹¹.

En suma, el principio de legalidad exige que el ejercicio del *ius puniendi* estatal permanezca contenido en la sanción del concreto elenco de conductas prohibidas que, en forma previa, fueron determinadas como tales por normas, cuyo origen asegure su legitimidad democrática. Lo mismo, como es lógico, ha de ser requerido en relación a la naturaleza y gravedad de las penas, a la instrucción jurisdiccional de averiguación de los hechos presuntamente delictivos, a la modalidad de ejecución de la sanción a imponer y a su propia naturaleza y extensión.

b. Origen moderno y alcance del principio

El origen moderno –aunque, como propugna este trabajo, no el único– del principio de legalidad, ahora convertido en la piedra angular del Estado de Derecho, y recogido, bajo fórmulas bastante similares, en casi todas las Constituciones nacionales y en los textos de las Convenciones y Declaraciones internacionales de derechos fundamentales, puede hallarse claramente expresado en los textos normativos de fines del siglo XVIII.

En efecto, la retrospectiva histórica no deja margen a dudas, respecto de su efectiva recepción en los documentos jurídicos más relevantes del liberalismo de esa época. Tal es el caso, en Norteamérica, de la Declaración de Derechos de Filadelfia, del año 1774 y en Europa, al abrigo de la Revolución Francesa, de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789.

En lo que atañe a su elaboración jurídico-conceptual, la célebre formulación latina del aforismo *nullum crimen nulla poena sine lege* –como es notorio– se atribuye al jurista y filósofo alemán, Feuerbach¹². Sin embargo, una formulación algo anterior y ciertamente más precisa corresponde a Kant, quien –según Hruschka– “es el primero que plantea el Estado de Derecho y, como consecuencia de ello, también plantea los fundamentos del Derecho Penal propios del Estado de Derecho”¹³.

11 Por todos, Hassemer, W. (2003). *Crítica al Derecho Penal de hoy*. Buenos Aires. Ad Hoc, 21 y sigs.; Mir, S. (2005). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. BdeF, 114 y sigs.; Roxin, C., *Derecho...* Ob. cit., 140 y sigs.

12 Feuerbach, Von, P. (1989). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires. Hammurabi. Con anterioridad, el propio Feuerbach había esbozado sus rasgos esenciales –mas no su expresión como máxima– en (2010) *Anti-Hobbes. O sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*. Buenos Aires. Hammurabi.

13 Hruschka, J. (2012). “Kant, Feuerbach y los fundamentos del Derecho Penal”. En Montiel, J. P. (ed.). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?* Madrid. Marcial Pons, 87.

Ya no en cuanto a su determinación conceptual, mas sí en relación a su exitosa acogida y a su notable influencia en la ciencia penal, es preciso destacar el enorme suceso que tuvieron las ideas de Beccaria, contenidas en su ya imperecedero opúsculo¹⁴.

Con el devenir de los años, y como señalé con anterioridad, su contenido material se ha visto notablemente enriquecido. Al punto que, a la mera exigencia de legalidad formal –que no ha perdido su vigencia y actualidad–, le han sido incorporados nuevos requerimientos, de una sofisticación también mayor. En otras palabras, el principio de legalidad moderno no agota su sentido –ni podría hacerlo ya– en el simple requerimiento de *lex populi*, esto es, en el análisis exclusivamente formal de si se asiste a un acto jurídico emanado del Poder Legislativo, a través del procedimiento establecido para la sanción de las leyes.

En puridad, bien puede decirse que, actualmente, la exigencia de *lex certa*, es decir, la obligación de que el tipo penal o materia de lo prohibido se encuentre lo suficientemente determinado y circunscrito, y en esa medida, pueda desempeñar efectivamente su verdadera función de contención a la arbitrariedad del poder, constituye la garantía más relevante del principio de legalidad moderno. En efecto, poco y nada perviviría del sagrado principio, en caso de que no se cumpliera con las exigencias de *lex certa*, también denominada, en la doctrina extranjera, *principio de taxatividad o mandato de determinación*¹⁵.

En ese sentido, las demás garantías históricamente vinculadas al *nullum crimen sine lege* requieren el inexorable respeto a la predeterminación concreta y fácilmente entendible para los ciudadanos, de las conductas prohibidas penalmente, exigencia que, como es lógico advertir, está dirigida principal, aunque no únicamente, al legislador penal.

En definitiva, la garantía fundamental de previsibilidad de la intervención estatal y la sujeción de las decisiones judiciales al ámbito de lo predecible exigen que un fallo condenatorio no sea otra cosa más que la aplicación de la soberanía popular. Y es así, por tanto, que el desconocimiento del imperativo de *lex certa* conlleva –en forma ineludible– dos

14 Beccaria, C. (1982). *De los Delitos y de las Penas*. Madrid. Alianza, donde expresa: “[...] todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico. Veis aquí la basa sobre la que el soberano tiene fundado su derecho para castigar a los súbditos: sobre la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones; y tanto más justas son las penas, cuanto es más sagrada e inviolable la seguridad, y mayor la libertad que el soberano conserva a sus súbditos”, 32.

15 Mientras que la doctrina penal española utiliza, con mayor frecuencia, la expresión “taxatividad” o “principio de taxatividad”, en Alemania e Italia es más común el término: “mandato de determinación”.

consecuencias trágicas: por un lado, claudica de su aspiración a regular los comportamientos humanos (puesto que los ciudadanos, al desconocer lo prohibido, ya no sabrán a qué atenerse) y, al mismo tiempo, traslada ilegítimamente la decisión de lo punible –exclusiva del legislador– a la discreción judicial o de gobierno, embistiendo, de esa manera, el principio de separación de poderes.

Como enseña Roxin: “Una ley indeterminada o imprecisa, y por ello poco clara, no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo [...]”¹⁶.

En esa misma dirección, puede situarse a la garantía de *lex praevia*, desde el momento que, como es obvio, una aplicación retroactiva de los preceptos penales que consagran nuevas prohibiciones pondría en jaque las pretensiones tutelares del resto de las manifestaciones del principio de legalidad.

Otro tanto es posible afirmar en relación a la necesidad de ley escrita, como aseguramiento de conocimiento y, en consecuencia, salvaguarda también de la seguridad jurídica.

En definitiva, el clásico sistema de Derecho Penal, como red de garantías de contención del *ius puniendi* estatal, entronizado a partir del siglo XVIII, y vigente al día de hoy, bien que dentro del concurso de otros principios rectores, como los de exclusiva protección de bienes jurídicos constitucionales, subsidiariedad o última ratio y estricto apego a la culpabilidad del autor de la conducta punible, sólo se ha podido edificar, como tal, en la égida del connotado principio de legalidad.

Principio cuyo verdadero contenido conceptual no se limita a la concreta previsión legal de la materia prohibida, acuñada en la modalidad de tipos penales, sino que se dirige más bien –en su veta más honda– a traducir su vocación democrática de limitación y racionalización de la arbitrariedad estatal sancionatoria.

Y es, precisamente, sobre esta dimensión ciertamente más profunda y más rica, que, tal y como analizo en el punto siguiente, han de encontrarse significativos antecedentes, en la historia bajomedieval española, en especial, en las previsiones contenidas en los *Decreta* de León, del año 1188.

16 Roxin, C. *Derecho...* Ob. cit., 169.

3. Los Decreta de León de 1188

a. Contexto histórico y político

Luce necesario –previo a ingresar al análisis de las Cortes de León de 1188 y a sus célebres *Decreta*– realizar un esbozo del período histórico en el que esta tuvo lugar. Y ello, desde el momento en que el nacimiento o la creación de los institutos políticos y jurídicos obedece, por regla y en mayor medida, a un desarrollo evolutivo, antes que a un surgimiento espontáneo y ahistórico. Y el contexto histórico y político, que acompañó el nacimiento de los *Decreta*, no constituye, precisamente, una excepción a dicha regla.

Es más, en el caso en concreto, a su vez, y como habrá de verse en los párrafos siguientes, ello parece tener un asidero aún mayor, pues el impulso o la vocación democrática de la Corte celebrada por Alfonso IX no son dables de ser comprendidos a cabalidad, si se hace la vista a un lado, respecto de las peculiares y muy singulares aristas que rodearon a su coronación al frente del Reino de León.

Con la muerte de Alfonso VII, el 21 de agosto del año 1157, como es sabido, el Imperio de León –cuyas vastas fronteras bien podían pugnar en extensión con las de Bizancio o las del Sacro Imperio Germánico¹⁷– se escindió en dos reinos distintos¹⁸.

Y así, correspondió al primogénito del emperador, Sancho III, el Reino de Castilla, con Toledo, las Vascongadas y la Rioja; mientras que Fernando II, padre de Alfonso IX, se convirtió en Rey privativo de León, con Asturias, Galicia y Extremadura¹⁹.

Dicha circunstancia y la siempre latente pretensión imperial marcaron decididamente el conflictivo destino que habría de caracterizar el vínculo entre los reinos de Castilla y de León, al punto que el reinado de Fernando II, merecedor del título de gracia, *el Benigno*, mantuvo permanentes disputas con Sancho III, primero, y posteriormente, con su sucesor en la corona de Castilla, Alfonso VIII. Turbulencias a las que deben adicionarse la incesante

17 Asensio, D. (2013). *El Reino de los cuatro poderes. Libertad y Parlamento en León*. León. Eolas, 116.

18 Aunque, en realidad –como señala Calderón– “poco se sabe sobre las circunstancias que rodearon el reparto de los reinos, pues se desconoce si el emperador había elaborado un testamento o si había determinado con exactitud el modo en que debía llevarse a cabo la división y cómo debía dibujarse la frontera. Las fuentes no han conservado esta información. Probablemente la inesperada muerte de Alfonso VII dejó en el aire muchos aspectos que tuvieron que resolverse precipitadamente”. Calderón, I. (2011). *Cum magnatibus regni mei. La nobleza y la monarquía leonesas durante los reinados de Fernando II y Alfonso IX (1157-1230)*. Madrid. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 437.

19 Asensio, D. *El Reino...* Ob. cit., 118.

voracidad territorial del Reino de Portugal –gobernado por Alfonso I– y los embates árabes²⁰.

Sin embargo –como señala Asensio–, “los conflictos fronterizos con almohades, castellanos y portugueses, que ocuparon tanto tiempo del reinado de Fernando, no fueron óbice para que el monarca pusiera en práctica la arraigada costumbre de la reunión curial para gobernar”²¹, tal y como lo demuestran diversos ejemplos assembleístas, como la realización de la Curia de Benavente, en 1176, primero; la de la Curia plena de Salamanca del año 1178 y la de Zamora de 1179, después. Incipientes antecedentes, todas ellas, aunque con sustantivas diferencias, de las futuras Cortes de 1188.

En esos años, el destino del Reino de León también estuvo marcado por las disputas internas, en preanuncio de la sucesión al trono de Fernando II. Y el primogénito Alfonso, antes de convertirse en Alfonso IX, sufrió el apetito regente de su madrastra, Urraca López de Haro –en beneficio de su hijo, el infante Sancho Fernández–, debiendo incluso buscar sosiego y cobijo en la tierra de su madre, Urraca de Portugal.

Tras la muerte de Fernando II, en el inicio del año 1188, Alfonso IX es coronado rey de León, sin haber cumplido aún los diecisiete años de edad. El Reino que heredaba, sin embargo, se hallaba signado por los desórdenes y los conflictos. Al punto que el joven monarca se enfrentaba a una gran desconfianza e incluso a la hostilidad de un gran número de integrantes de la propia nobleza leonesa.

Por su parte, ni las finanzas del reino, ni la relación con portugueses ni castellanos tenían un mejor aspecto. “Las arcas reales –expresa Calderón– habían quedado depauperadas por la largueza de su padre, se temían los ataques de portugueses y castellanos, y el nuevo rey debía hacerse con el control de la prepotente nobleza leonesa”²².

b. Análisis general de los Decreta

En esas especialísimas circunstancias –pero que están lejos, justo es decirlo, de resultar novedosas en la historia de la monarquía– y tan delicado entorno es que el novel rey convocó, el mismo año de 1188, a una Corte que

20 “Fernando II, el nuevo rey de León –escribe Calderón–, debía lograr los suficientes apoyos para poder hacer frente a una compleja situación fronteriza y, además, debía consolidar su poder en el reino. Para ello necesitó desplegar una importante política de alianzas con todas las fuerzas sociales –Iglesia, nobleza y ciudades– indispensables para enfrentarse a la difícil situación”. Calderón, I. *Cum magnatibus...* Ob. cit., 438.

21 Asensio, D. *El Reino...* Ob. cit., 121.

22 Calderón, I. *Cum magnatibus...* Ob. cit., 442.

cambiaría la historia política y jurídica de Occidente. Y es que –en palabras de Asensio– “las Cortes convocadas por aquel rey casi niño se posicionaron como la institución medular del Reino de León, así modernizado y encauzado hacia el que hoy es nuestro actual sistema”. Al punto que, con ellas, “se sentaron las bases para que, tiempo después, los hombres de hoy podamos regirnos por el sistema del parlamentarismo democrático”²³.

En efecto, convergen en las Cortes de León de 1188, celebradas en el claustro de la Basílica de San Isidoro, dos novedosas –y revolucionarias– circunstancias que, al tiempo que la distancian de sus antecesoras²⁴, permiten entender, a cabalidad, el título acordado a la ciudad de “cuna del parlamentarismo”²⁵.

Por un lado, resalta a su respecto, como nota de fuerte originalidad, la incorporación del pueblo llano –más bien representantes de la burguesía– a las Cortes, superándose, así, la hasta entonces exclusiva convocatoria de los estamentos más encumbrados de nobleza y clero. “Se asiste –según Calderón– a una ampliación y diversificación de la base social que participa en la curia, y que conducirá al nacimiento de las Cortes con representación ciudadana, que se fortalecerán durante los siglos bajo medievales”²⁶.

Al mismo tiempo, y junto a esa –verdaderamente excepcional– dimensión democrática y popular de la Corte en cuestión, también resulta hondamente resaltante su innegable y profundo contenido jurídico. En efecto, las diversas previsiones contenidas en el texto de los Decreta constituyen elocuentes ejemplos de garantías sustantivas y procesales, que el joven Rey se compromete, por escrito, a respetar a sus súbditos.

Yace pues, en este doble contenido –vocación democrática y determinación de garantías jurídicas concretas–, el corazón y sustrato material de un verdadero texto normativo que, hoy en día, no dudaríamos en denominar constitucional. Al punto que, según Minguijón, “Las Cortes convocadas por Alfonso IX en León descuellan por la importancia de sus acuerdos, que forman una especie de Constitución política”²⁷. De allí pues, que pueda hablarse al respecto, y con propiedad, de la *Magna Carta Leonesa*²⁸.

23 Asensio, D. *El Reino...* Ob. cit., 137.

24 Entre otras, de las Curias convocadas por su padre, Fernando II, ya mencionadas.

25 Según decisión de la UNESCO, de fecha 18 de junio de 2013.

26 Calderón, I. *Cum magnatibus...* Ob. cit., 344. En igual sentido, Tomás y Valiente, F. (1987). *Manual de Historia del Derecho Español*. Madrid, Tecnos, 158.

27 Minguijón, S. (1927). *Historia del Derecho Español*, T. 1. Barcelona. Labor, 77.

28 Más allá de la opinión en contrario, sobre el merecimiento de esa denominación, del catedrático español Galo Sánchez. Al respecto, Sánchez, G. (1942). *Curso de Historia del Derecho*. Madrid. Reus, 99.

c. La dimensión democrática

En cuanto atañe al primer aspecto, esto es, la incorporación de representantes del pueblo llano en las Cortes de 1188, no debe soslayarse que hasta entonces –como afirma Asensio– “las Curias plenas estaban compuestas habitualmente por los grandes nobles del Reino, así como por los preladados eclesiásticos: obispos, abades y arzobispos”²⁹. De allí que la novedosa ampliación del, hasta ese momento, reducido elenco de participantes de las Curias convirtió a la convocatoria de Alfonso IX en un verdadero hito de la democracia, y a León, en la cuna del parlamentarismo.

Todo ello, claro está, sin perjuicio del debate que, no sin razón, se ha suscitado, en torno a la extensión y al concreto grado de representación ciudadana –en especial, de los sectores más desfavorecidos del pueblo– existente en las Cortes alfonsinas³⁰. Pero que, en sustancia, no alcanza a empañar, en modo alguno, la revolucionaria transformación que supuso la incorporación del tercer estamento en las Cortes de León, más allá, como se ha dicho, del modo que efectivamente se haya escogido para la selección de sus integrantes. Lo cierto es que allí, y por vez primera, participaron de las Cortes –y activamente– ciudadanos del pueblo llano.

La referencia a esta novedosa circunstancia es dable de ser hallada en el comienzo mismo del propio texto de los *Decreta*, al detallarse esa convocatoria popular, de acuerdo al siguiente tenor de la versión oficial española: “En el nombre de Dios. Yo don Alfonso, rey de León y de Galicia, habiendo celebrado curia en León, con el arzobispo y los obispos y los magnates de mi reino y con los ciudadanos elegidos de cada una de las ciudades [...]”. Una referencia similar, en relación al tema en concreto de la representación ciudadana, también puede encontrarse en el final del texto en análisis: “También prometieron todos los obispos, y todos los caballeros y los ciudadanos confirmaron con juramento [...]” (XVII ítem)³¹.

Tampoco conviene pasar por alto, en este punto, y más allá de la efectiva convocatoria y participación del pueblo a la asamblea en cuestión, la decidida relevancia magna acordada a la asignación popular de ciertos cargos

29 Asensio, D. *El Reino...* Ob. cit., 161.

30 Al respecto: Arvizu y Galarraga, F. (1993-1994). “Más sobre los Decretos de las Cortes de León de 1188”. En *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXIII – LXIV (1993-1994), 1193-1238. Madrid. BOE.

31 Versión oficial española de los *Decreta* de León de 1188. Secretaría de Estado de Cultura. Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales y de Archivos y Bibliotecas. Subdirección General de los Archivos Estatales. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Gobierno de España. Y que se corresponde con la versión de Fernández Catón, J. (1993). *La curia regia de León de 1188 y sus “Decreta” y constitución*. León. Centro de Estudios e Investigación San Isidoro – Archivo Histórico Diocesano, 93-117.

judiciales en el reinado de Alfonso IX, como es el caso de los *procuradores*, en tanto representantes del pueblo y sus ciudades, y también, obviamente, de la propia tarea de los *pesquisidores* en el sistema judicial leonés³².

Por su parte, la pionera inclusión de representantes del pueblo y su efectiva participación en el debate ocurrido al interior de las Cortes de 1188, amén de otorgarle, a dicha asamblea, una revolucionaria dimensión democrática, permite, en forma concurrente, brindar una explicación acabada de su otra vertiente imperecedera: el establecimiento de garantías jurídicas y procesales como límites concretos y efectivos al ejercicio del poder real, en tutela de la libertad de los ciudadanos.

Es que en efecto, la matriz democrática de las Cortes de León aparece reafirmada –en un sentido más profundo– a partir del haz de derechos y garantías allí establecidos. Y en cuya determinación, justo es presumirlo, no habrá resultado ociosa o anecdótica la participación del tercer estamento.

Más aún, es dable afirmar que la forma en que cobraron vida y fueron redactadas las garantías en cuestión –con la modalidad de promesa o juramento real– induce a tomar como válido que el compromiso de Alfonso IX de custodia y tutela de las mismas bien pudo obedecer a los reclamos que al respecto plantearan los representantes del pueblo, antes que a una mera iniciativa aislada del monarca.

En este sentido, pues, representación democrática y seguridad jurídica constituyen dos términos recíprocamente complementarios en la definición del valor sustantivo de la Magna Carta Leonesa y que resultan inescindibles en la consideración, no sólo teórica sino fundamentalmente práctica, del cuerpo normativo en cuestión.

d. Las concretas garantías de seguridad jurídica

En relación a las garantías, jurídicas y procesales, contenidas en los Decreta de León, no parece oportuno soslayar que bien pueden éstas ser asimiladas, sin mayor esfuerzo, a las usualmente contenidas en los textos constitucionales actuales. Y es que, en los hechos, los diecisiete *ítems*, en que se expresan las máximas allí contenidas –según el texto oficial del gobierno español–, permiten su ordenación en otras tantas cláusulas tuitivas de la libertad de los ciudadanos.

Sin embargo, en estricto apego al específico tema del presente trabajo, habré de tomar como referencia, en atención a su directa relación con la

32 Al respecto y en detalle: Asensio, D. *El Reino...* Ob. cit., 164 y sigs.

seguridad jurídica y el principio de legalidad, un reducido elenco de las múltiples garantías contenidas en el texto en examen. Lo que, como es natural, en modo alguno, resta valor o significación práctica a las demás³³.

Así, destaca, en primer término, la garantía –inmanente al principio de legalidad en sentido moderno– del debido proceso y la exigencia de previa determinación de la competencia judicial en el asunto, contenida en el ítem III, de acuerdo al siguiente tenor: “Juré también que, por la delación que se me haga de alguien o por mal que se diga de él, nunca le causaré mal o daño en su persona o bienes, hasta citarlo por carta para que responda ante la justicia en mi curia en la forma que mi curia mande [...]”.

La riqueza del texto en cuestión –y su absoluta novedad política y jurídica– no pueden sino robustecer su importancia histórica. En los hechos, bien pueden descubrirse, aquí, las notas más salientes del principio *nulla poena sine iudicio*, que, tristemente y durante varios siglos posteriores, Occidente hiciera a un lado en su sistema sancionatorio penal.

En puridad, el derecho concedido por el joven monarca a sus ciudadanos –como expresión de un compromiso real y garantía de libertad concreta– a conocer, a ciencia cierta, la acusación de la que ha sido objeto y el reconocimiento y la oportunidad de ejercer una confrontación efectiva a la misma, como condición necesaria de legitimidad de todo castigo ulterior, encuentra, en esta formulación medieval leonesa, un antecedente imposible de soslayar.

Mayor actualidad aún –y vigencia práctica– es dable de ser hallada en la mentada garantía, si se adiciona a la anterior en la interpretación de su verdadero alcance y contenido, el texto de la segunda previsión decretal en examen, prevista en el ítem XVI, y que reza lo siguiente: “Ordené también que nadie acuda a juicio a mi curia ni al juicio de León a no ser por aquellas causas por las que debe irse según sus propios fueros”.

La regla que viene de transcribirse, para la época, bien puede interpretarse como un notable resguardo de la seguridad jurídica. Y es que en puridad, la promesa real –dada por escrito y frente al clero, la nobleza y los ciudadanos *buenos*– de respetar el elenco de denuncias y causas justiciables, por las que los habitantes podían ser llamados a responder ante las autoridades de León, al *parquet* fáctico y normativo ya conocido, es decir, a lo dispuesto en los *proprios fueros*, constituye una innegable protección jurídica. Y simultáneamente, una deliberada limitación al arbitrio y poder sancionatorio real.

33 En cuyo vasto elenco pueden encontrarse previsiones relativas al falso testimonio o calumnia (II ítem), a la prohibición de las asonadas (VI Ítem) y de la justicia por propia mano (VIII ítem), e incluso, respecto del instituto de la legítima defensa (XII ítem).

Al punto que, versiones similares de estos preceptos –aunque obviamente más modernos o sofisticados– pueden hallarse, hoy en día, en los textos constitucionales actualmente vigentes³⁴.

En similar sentido, es posible interpretar la garantía prevista en el ítem IV de los *Decreta*, y que da cuenta de la verdadera importancia acordada a la *vox populi*, en el reinado de Alfonso IX. “Prometí también –establece allí el monarca– que no haré guerra ni paz ni pacto a no ser con el consejo de los obispos, nobles y hombres buenos, por cuyo consejo debo regirme”. Garantía que, al decir del multicitado Asensio, “pone de manifiesto dos aspectos fundamentales. Por un lado, propone un modelo de gobierno en el que la representación del pueblo llano se perpetúe desde entonces a la hora de reunir a las Cortes, lo cual consolida la participación de todos los estamentos de manera sistemática. [...] Por otro lado, el dictamen real constata que la presencia de los ciudadanos en las reuniones curiales será efectiva”³⁵.

Una vez más, es dable hallar aquí la convergencia de las dos dimensiones más significativas del principio de legalidad moderno: origen democrático o participación popular en la adopción de las decisiones más relevantes y limitación efectiva al ejercicio del poder, en especial, en sus manifestaciones sancionatorias o punitivas.

Aún más, la vocación protectora y de resguardo jurídico de los habitantes, que, sin lugar a dudas, se respira a lo largo del texto de los *Decreta* de León, resulta grandemente reafirmada por la garantía prevista en el ítem IX, que recuerda, a su vez, y sorprendentemente, lo que hoy damos en llamar: tutela jurisdiccional efectiva.

El texto del ítem en cuestión expresa: “Decreté también que si alguno de los justicias denegase justicia al querellante o la demorase maliciosamente y no le reconociera su derecho dentro del tercer día, presente aquél testigos ante alguno de los justicias antedichos por cuyo testimonio conste la verdad del hecho y se obligue al justicia a pagar al querellante el doble tanto de su demanda cuanto de las costas”.

Y seguidamente reza: “Y si todos los justicias de aquella tierra negaren la justicia al demandante, tome éste testigos entre hombres buenos por los

34 Como es el caso, en Argentina, de la previsión contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional, que impone: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso [...]” o de la garantía del artículo 10 de la Constitución uruguaya.

35 Asensio, D. *El Reino...* Ob. cit., 172. En igual sentido, Tomás y Valiente expresa: “El rey se comprometía a no hacer la guerra sin previo consejo de los obispos, los nobles y los ‘hombres buenos’ de su reino, y garantizaba algunos derechos individuales de sus súbditos encaminados a hacer efectivo un mínimo grado de seguridad o de paz para ellos”. Tomás y Valiente, F. *Manual...* Ob. cit., 158.

cuales se demuestre y den prendas sin responsabilidad en lugar de los justicias y los alcaldes, tanto por la demanda cuanto por las costas, para que los justicias le satisfagan el doble y además el daño, que sobreviniere a aquel a quien prendare, los justicias se lo paguen doblado”.

De este modo, es decir, asegurando la objetiva –y al mismo tiempo, pronta– respuesta del sistema judicial a los problemas jurídicos concretos, con la severa responsabilidad de los funcionarios encargados de impartir justicia, en caso de ser omisos, el novel monarca garantizaba, a los habitantes del reino, derechos efectivos, que los modernos –y sofisticados– sistemas procesales de hoy en día luchan por alcanzar.

Con ello, afirma Asensio: “Los ciudadanos tenían el derecho a ser juzgados, y los justicias tenían el deber de hacerlo. Así, no solamente se reconocen sus derechos a los leoneses, sino que se prefiguran las sanciones para quienes no cumplan con sus obligaciones o actúen indebidamente; todo un recorte de prebendas en pro del pueblo”³⁶.

En contrapartida, y como lógico corolario de ello, también custodiaban los *Decreta* –y vaya si celosamente– la tarea de los justicias, según la prevención final del ítem X: “Y si alguno de los justicias sufriera algún daño por ejercer la justicia, todos los hombres de aquella tierra le reintegren por todo el daño, en caso de que quien le hizo el daño no tuviere con qué pagarle; y en caso que suceda, de que alguno por añadidura lo matase, sea tenido por traidor y alevoso”. Toda una enseñanza para la posteridad, tallada en forma indeleble.

Finalmente, y a guisa de ejemplo concreto de una de las tantas garantías específicas contenidas en el texto surgido de las Cortes de León, no parece ocioso referir a la establecida en el ítem XII y que, en la actualidad, bien que con la denominación de inviolabilidad del domicilio u otros términos semejantes, preceptúa, en forma equivalente, algo similar a lo ya dispuesto, por Alfonso IX, en 1188: “Juré también que ni yo ni otro cualquiera entre por la fuerza en casa de otro o le haga algún daño en ella o en sus bienes [...]”.

4. Conclusiones

Es así pues que, según afirmé en la introducción de este trabajo, los célebres *Decreta* provenientes de las Cortes de León de 1188 bien pueden catalogarse de fundados antecedentes del principio de legalidad moderno, en la medida que contienen –en forma pionera y ciertamente revolucionaria para la época– dos de los rasgos esenciales y característicos del citado

³⁶ Asensio, D. *El Reino...* Ob. cit., 183.

dogma fundacional del Estado de Derecho: su origen democrático y el establecimiento de limitaciones concretas y sustantivas al ejercicio del poder sancionatorio.

Al punto que –según Asensio– “la producción legislativa que emanó de aquella histórica reunión dio como resultado el más extenso catálogo de derechos, garantías y libertades del momento, explícitamente recogidos por escrito, de aplicación directa y protegidos por la Corona [...]”³⁷.

En efecto, la magnífica y revolucionaria herencia cultural –política y jurídica– proveniente de las Cortes de León, en los albores de la Baja Edad Media española, constituye un hito insoslayable a la hora de estudiar la garantía de seguridad jurídica y el principio de legalidad. En contrapartida, el extendido silencio³⁸ sobre su profunda significación y relevancia resulta harto difícil de comprender.

En definitiva, atendiendo a la advertencia formulada –hace ya más de un siglo– por Altamira, de que: “La experiencia repetida de muchos siglos constituye el aviso más concreto y elocuente para los gobernantes y reformadores, enseñándoles ya lo que deben corregir, ya lo que deben respetar o modificar con temperamentos prudentes y suaves, jamás precipitados”³⁹, el estudio de los textos provenientes de aquellas Cortes de León, parece necesario concluir, resulta imperativo.

5. Bibliografía

- Albrecht, P. (2000). “El Derecho Penal en la intervención de la política populista”. En *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt – Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra.
- Altamira, R. (1903). *Historia del Derecho Español. Cuestiones preliminares*. Madrid. Victoriano Suárez.
- Arvizu y Galarraga, F. (1993-1994). “Más sobre los Decretos de las Cortes de León de 1188”. En *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXIII – LXIV. Madrid. BOE, 1193-1238.
- Asensio, D. (2013). *El Reino de los cuatro poderes. Libertad y Parlamento en León*. León. Eolas.
- Bacigalupo, E. (1999). *Principios constitucionales de Derecho Penal*. Buenos Aires. Hammurabi.
- Beccaria, C. (1982). *De los Delitos y de las Penas*. Madrid. Alianza.
- Beneyto, J. (1931). *Fuentes de Derecho Histórico Español. Ensayos*. Barcelona. Bosch.

37 Asensio, D. *El Reino...* Ob. cit., 171.

38 Con la preanotada excepción de Jiménez de Asúa.

39 Altamira, R. (1903). *Historia del Derecho Español. Cuestiones preliminares*. Madrid. Victoriano Suárez, 169.

- Calderón, I. (2011). *Cum magnatibus regni mei. La nobleza y la monarquía leonesas durante los reinados de Fernando II y Alfonso IX (1157-1230)*. Madrid. Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- Cancio, M. y Jakobs, G. (2007). *Derecho Penal del enemigo*. Buenos Aires. Hammurabi.
- Diez, J. (2007). *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires. BdeF.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Trotta.
- Feuerbach, Von, P. (1989). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires. Hammurabi.
- (2010). *Anti-Hobbes. O sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*. Buenos Aires. Hammurabi.
- Hassemer, W. (1999). *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Bogotá. Temis.
- (2003). *Crítica al Derecho Penal de hoy*. Buenos Aires. Ad Hoc.
- Herzog, F. (2003). "Sociedad del riesgo, Derecho Penal del riesgo, regulación del riesgo –perspectivas más allá del Derecho Penal–". En Zapatero, L.; Neumann, U. y Nieto, A. (coordinadores). *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*. Cuenca. Universidad de Castilla-La Mancha.
- Hruschka, J. (2012). "Kant, Feuerbach y los fundamentos del Derecho Penal". En Montiel, J. P. (ed.). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?* Madrid. Marcial Pons.
- Jiménez de Asúa, L. (1950). *Tratado de Derecho Penal*, T. II. Buenos Aires. Losada.
- Levaggi, A. (2013). *Manual de Historia del Derecho Argentino*, T. I. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- López Estrada, F. y López García-Berdoy, M. (1992). *Las siete partidas*. Madrid. Castalia.
- Minguijón, S. (1927). *Historia del Derecho Español*, T. 1. Barcelona. Labor.
- Mir, S. (2005). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. BdeF.
- Muñoz, F. (1998). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- Negro, D. (2010). *Historia de las formas del Estado. Una introducción*. Madrid. El Buey Mudo.
- Prieto, A. (2004). *El Reino de León. Hace mil años más o menos*. León. Lancia.
- Prittwitz, C. (2003). "Sociedad de riesgo y Derecho Penal". En Zapatero, L.; Neumann, U. y Nieto, A. (coordinadores). *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*. Cuenca. Universidad de Castilla-La Mancha.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*, T. I. Madrid. Civitas.
- Sánchez, G. (1942). *Curso de Historia del Derecho*. Madrid. Reus.
- Sánchez, M. (1999). *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid.
- Schünemann, B. (2012). *El Sistema moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales*. Buenos Aires. BdeF.
- Silva, J. (2011). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires. BdeF.
- (2012). *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Buenos Aires. BdeF.

- Süß, F. (2000). “El trato actual del mandato de determinación”. En *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt – Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra.
- Tomás y Valiente, F. (1987). *Manual de Historia del Derecho Español*. Madrid. Tecnos.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. Depalma.
- Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid. Trotta.

**TRADITIONAL AND MODERN CONSTITUTIONALISM:
A STUDY BASED ON THE THOUGHT
OF JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA**

*Constitucionalismo tradicional y moderno: un estudio
basado en el pensamiento de José Pedro Galvão de Sousa*

Anthony Tannus Wright*

Recibido: 1 de marzo de 2016.
Aprobado: 14 de abril de 2016.

Resumen: El presente artículo posee la finalidad de difundir el constitucionalismo tradicional según el pensamiento de Pedro Galvão de Sousa (1912-1992), defensor de la ley natural, filósofo del Derecho, reconocido estudioso de Historia y Política, y también un hombre con fe consciente y sólida. De acuerdo con el tema propuesto, en este texto se analizan algunas diferencias históricas y filosóficas entre el constitucionalismo tradicional y el moderno, la constitución de la sociedad y el Estado, la importancia de los grupos intermedios, y lo que es necesario para tener una representación política genuina.

Palabras clave: Constitucionalismo tradicional - José Pedro Galvão de Sousa - Ley Natural.

Abstract: This article aims to disseminate the traditional constitutionalism based on the thought of José Pedro Galvão de Sousa (1912-1992), natural law enthusiast, philosopher of law, renowned scholar of history and politics, and also a man with solid and conscious faith. According to the proposed theme, this article analyzes some historical and philosophical differences between traditional and modern constitutionalism, the constitution of society and state, the importance of intermediary groups, and what is necessary in order to have a genuine political representation.

* Abogado (Pontificia Universidad Católica de Paraná. PUCPR). Especialista en Derecho Constitucional Contemporáneo. Correo electrónico: st.eternity@gmail.com.

Keywords: Traditional Constitutionalism - José Pedro Galvão de Sousa - Natural Law.

Introduction

What should a constitution be? While this question is essential to constitutional law, it is an all but forgotten issue among the various spheres of the political and legal world, particularly in Brazil. This article aims to answer this question through the study of traditional and modern constitutionalism within the thought of José Pedro Galvão de Sousa. In doing so, this work will not deeply analyze Brazil's Federal Constitution, past or present. Instead, it will investigate the principles and the true nature of what a constitution should be and how many different forms it could have.

Therefore, to investigate the principles and nature of what a constitution should be it will be necessary to explain how a society is formed and the importance of intermediate groups, which nowadays are virtually nonexistent. Furthermore, I will also highlight briefly the errors of present times as it will help explain the reasons behind the failure of Brazilian constitutionalism and its tragic consequences.

As the dreadful consequences of modern constitutionalism were prophesied by José Pedro Galvão in two of his books, *O Totalitarismo nas origens do Estado* (1972)¹ and *Estado Tecnocrático* (1973)², I believe it is relevant to have a look at them focusing our attention to how a constitution rules modern democracies. As a result to better comprehend modern democracies it is relevant to give a historical outline on them.

Lastly, to elucidate the thought of José Pedro Galvão de Sousa and provide a just and appropriate recognition of him, this article will outline the history of this magnificent thinker. The intention behind this is not only due to the fact that José Pedro has left the world an outstanding intellectual heritage, nor only because he has written many books and has received numerous academic titles, but because he righteously lived his later years as a family man, lover of his fatherland and devout guardian of the Catholic Faith.

1 Galvão de Sousa, J. P. (1972). *Totalitarianism in Modern Origins of the State*.

2 Galvão de Sousa, J. P. (1973). *The Technocratic State*.

1. José Pedro Galvão De Sousa – A Brief Biography

“[He] had a striking vital energy and an unusual inner strength, and he had a tireless laborious intellect”³.

(Clovis Leme García)

José Pedro Galvão de Sousa was one of Brazil’s most eminent traditionalist intellectuals, as described by Francisco de Elías de Tejada, and later confirmed by Félix Adolfo Lamas, the president of Argentina’s Catholic University of Buenos Aires, in his Article *Tradicción, Tradiciones y Tradicionalismos*⁴. In Brazil’s legal and philosophical sphere, as noted by José J. Alberto Márques, José Pedro was known as the greatest advocate for natural law:

“[...] not only because of his extensive and profound work, but most fundamentally due to the multidisciplinary characteristic of his writings, which ranged from theory of state to philosophy of law, and from political law to constitutional law, always taking into account the disciplines of sociology, history of law and catholic apologetics”⁵.

Born on January 6, 1912, in the city of São Paulo, Brazil, and dying in the same city on the May 31, 1992, José Pedro Galvão de Sousa had the experience of living “fully the 20th century, in its problems and dilemmas, wars and crises, revolutions and counterrevolutions”⁶. In Brazil, he witnessed three republican regimes, the *Estado Novo*⁷ (1937-1945) of Getúlio Vargas

3 “Ele ocultava uma energia vital impressionante e uma força interior incomum. Era de uma laboriosidade intelectual incansável”. Dip, R. H. Elogio ao Patrono José Pedro Galvão de Sousa. Available at <http://www.fundacioneliasdetejada.org/Documentacion/Anales/PDF%20ANALES%2001/ANA01-075-084.pdf>. (last visited: December 15, 2015).

4 Dip, R. H. (org) (2007). *Tradição, Revolução e Pós-Modernidade*. Campinas. Millennium, 7.

5 “[...] no solo por su extensión y profundidad, sino también, y fundamentalmente por ofrecer un marcado carácter pluridisciplinar, puesto que en ella se abordan problemas diversos que van de la teoría del Estado a la filosofía del Derecho, del Derecho Político al Derecho Constitucional, sin olvidar la sociología, la historia del Derecho, y su labor apologetica católica”. Márquez, J. J. (2010). *Hacia un Estado Corporativo de Justicia: Fundamentos del Derecho y el Estado en José Pedro Galvão de Sousa*. Barcelona. Atelier Libros Jurídicos, 23.

6 Lemos Alencar, F. *José Pedro Galvão de Sousa (1912-1992): A influência de Santo Tomás em seu pensamento*. Available at <http://www.aquinate.net/revista/caleidoscopio/atualidades/09/Personalidades/2-Galvao.pdf>. (last visited: December 15, 2015).

7 “Estado Novo (Portuguese: ‘New State’): dictatorial period (1937–45) in Brazil during the rule of President Getúlio Vargas, initiated by a new constitution issued in November 1937. Vargas himself wrote it with the assistance of his Minister of Justice, Francisco Campos. In the

(1882-1954), the military regime (1964-1985), and the return of democracy in 1985. Tied in with these events, he had the opportunity to follow closely the promulgation⁸ of six constitutions⁹.

During the years of 1924 and 1929, José Pedro, together with his elder brother, João Batista de Sousa Filho, studied at the *Ginásio de São Bento*. There, he dedicated his time to learning French (commonly taught as a second language in those days) and English, as well as Portuguese and Brazilian literature. It was then that his great passion for reading began. Hobby that was mostly noticed after his death on account of his private library containing more than eight thousand titles in a variety of genres including history, politics, philosophy, psychology, and the literature works of José de Alencar and Machado de Assis¹⁰. In 1930, as the historian Flávio Alencar mentions, he began studying law at the *Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, prestigiously known as *Academia de Direito São Francisco*, “due to the Franciscan monastery that was founded there years before”¹¹.

In 1935, he received a bachelor’s degree in Philosophy at the *Faculdade de Filosofia e Letras de São Bento*, founded by the Benedictine monk Miguel Kruse. At that time, the university had a close connection to the famous Belgian University of Leuven¹². On account of this, José Pedro become a disciple of many great thomists such as Leonardo Van Acker. Although he was a scholar, José Pedro Galvão did not limit his activities to investigation only.

election campaign of 1937 Vargas warned of a threatened Communist coup d’état and declared a 90-day state of emergency, issuing the *Estado Novo*. The fascist Integralities applauded this dictum, but they were outwitted by Vargas when he suddenly used his dictatorial powers to announce that he would succeed himself without election and proceeded to dissolve the Congress. He further declared that the constitution contained in his pronouncement would not be effective while the emergency lasted and would then be brought to a plebiscite, after which the people could elect a new congress. The plebiscite, however, was never conducted, and Vargas ruled for the next seven years by decree, pending a congressional election. Vargas and his appointees more or less dominated all aspects of national life; but the dictatorship, superficially suggestive of contemporary fascist states, was alleviated by its centrist orientation and paternalistic bent. Widespread disaffection with Vargas finally forced him out of power, in spite of a campaign by his supporters (the *Queremistas*) to have him stand for reelection in 1945 after he had bowed to pressure to permit elections”. *Encyclopedia Britannica. Estado Novo*. Available at <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/193260/Estado-Novo> (last visited December 17, 2015).

8 Márquez, J. J. *Hacia un Estado Corporativo de Justicia...* Ob. cit., 23.

9 1. Imperial Constitution (1824); 2. Old Republic Constitution (1891); 3. Third Constitution; 4. “Estado Novo” Constitution (1937); 5. Fifth Constitution 6. Sixth Constitution (1967), Amendment 1969; 7. Citizen Constitution (1988- Present).

10 *Ibidem*, 25.

11 Lemos Alencar, F. *José Pedro Galvão de Sousa (1912-1992)...* Ob. cit.

12 Márquez, J. J. *Hacia un Estado Corporativo de Justicia...* Ob. cit., 26.

As a student, he founded and presided over the *Ação Universitária Católica* and the *Centro D. Miguel Kruze*.

Moreover, still at university José Pedro wrote for various media outlets, including the distinguished newspaper, *O Legionário*, published by the Marian Congregation of Santa Cecilia, congregation which would be later presided by Plínio Corrêia de Oliveria (1908-1995)¹³. As years passed, he continued to write articles on politics and natural law for the *Gazeta*, as well as the renowned newspapers *Estado de São Paulo* and *Globo*.

As José Pedro's contributions to write on law and philosophy grew, he was invited to be president of the journal *Hora Presente*. A few years later he became director and cofounder of the journal *Reconquista*. As if this was not enough, his writing and ideas would be published overseas as well. In Germany, by the *Jahrbuch des Oeffentlichen Rechts der Gegenwart*; in Spain by *Estudios Americanos*; in Portugal by *Scientia Iurídica*; and in Italy by *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*¹⁴.

José Pedro Galvão de Sousa, began his historical and political career as professor, teaching sociology at the *Escola de Serviço Social*¹⁵. In 1936, he introduced the discipline of constitutional law and civil law to the syllabus. Alongside his teaching, he continued to study what he thought to be the most instigating topics of Brazilian political dilemma, the clash¹⁶ between "Institutional Brazil" and "Real Brazil"¹⁷.

His career would also be highlighted by historic episodes. After being hired in 1938 as a faculty member of the *Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de São Bento*, José Pedro was named to take part in the organizing committee of the *Faculdade Paulista de Direito*, later be known as the *Pontifícia Universidad Católica de São Paulo* (PUCSP). There, he would be designated president of the Theory of State Department. José Pedro was also a professor in the *Pontifícia Universidade Católica de Campinas* and of the *Faculdade de São Bento*.

Not all his experiences as a scholar were surrounded by joy and success, though. In 1940, while competing for the post to become president of the Philosophy of Law Department at the University of São Paulo, José Pe-

13 Plinio Correia de Oliveria was founder of the Brazilian Tradition, Family and Property (TFP). Available at: <http://www.tfpstudentaction.org/about-us/who-we-are/TFP-founder.html> (last visited December 15, 2015).

14 Márquez, J. J. *Hacia un Estado Corporativo de Justicia...* Ob. cit., 29.

15 *Ibidem*, 27.

16 *Ibidem*, 30.

17 "Institutional Brazil" was the idealized nation that the government set out in the political institutes. And "Real Brazil" was the actual historical, cultural and sociological situation Brazilians found themselves in.

dro, received a phone call the night before that informed him that placement was already assigned to another candidate, Miguel Reale (1910-2006)¹⁸.

The late forties and the fifties were important years for Galvão de Sousa. His trips to Europe in 1948, gave him the opportunity to meet Francisco Elias de Tejada (1917-1978), who would be a brother to him. From this friendship, José Pedro had the chance to read the writings of the Antônio Sardinha (1887-1925), the main intellectual of the *Integralismo Lusitano*, and other traditional Iberian authors such as Juan Vázquez Mella, Guíjarro (1861-1928), Juan Donoso Cortés (1809-1853). On account of this solid friendship, Francisco Elías de Tejada visited Brazil, where he met with Plínio Correia de Oliveira and Alexandre Correia. Likewise, while he was in the Old World, Galvão de Sousa also participated in various seminars, along with his friends Michel Villey (1914-1988) and Gonzague Reynold (1880-1970).

If Europe brought joy to José Pedro, Brazil caused him sorrows and disillusion. There were two reasons for this. Firstly, the military movement of 1964, which Galvão de Sousa expected to be able to influence the state towards a more conservative policy. As time passed, however, he realized that the militaries needed a much more solid intellectual and doctrinal formation in order to sustain the economic and political stability of the country. The failure of this traditionalist political outcome was also due to his disagreement with the *Ação Integralista Brasileira*¹⁹, known as the “green

18 “History repeats itself, also in the life of each of us! When still very young, six years after graduation, I registered myself to the contest for professor of Philosophy of Law, I heard from one of the examiners, Prof. Alexandre Correia, that the Department would not ratify the Boards statement. This was said to me a day before the last exam, the methodology test, and you may well imagine the effort and in what state of mind I went to give the lesson. Being all other competitors much weaker s, the dispute was between me and Miguel Reale. As the Board statement was not ratified, Reale, on the account of an administrative appeal, ended up being appointed by President Getúlio Vargas, who he later on came to serve, abandoning his mates of the Integralism (AIB), then persecuted by the same Vargas”. Translation of. “Como a história se repete, também na vida de cada um de nós! Quando, ainda bem jovem, e seis anos após a formatura, me apresentei ao concurso para catedrático de Filosofia do Direito, fiquei sabendo por um dos examinadores, o Prof. Alexandre Correia, que a Congregação não homologaria o parecer da banca. Isto me foi ltim exatamente na véspera da última prova, a prova didática, e bem podes imaginar com que esforço e em que estado de espírito fui dar a aula. Sendo os outros concorrentes bem mais fracos, a disputa estava entre eu e o Miguel Reale. Recusada a homologação, este ltimo, por um recurso administrativo, acabou sendo nomeado pelo Presidente Getúlio Vargas, a quem passou a servir, abandonando os seus companheiros do integralismo, então perseguidos pelo mesmo Vargas”. *Correspondência privada de José Pedro Galvão de Sousa, Fundación Francisco Elías de Tejada y Erasmo Percopo, Madrid. C/74/3/5, Márquez, J. J. Hacia un Estado Corporativo de Justicia...* Ob. cit., 31.

19 Ação Integralista Brasileira (AIB), was founded in 1932 by Plínio Salgado (1895-1975). Two distinct members of AIB were Gustavo Barroso (1888-1957) and Miguel Reale

shirts”, which would had a certain influence among the conservative members of the army²⁰.

A second reason that surely caused him pain was the 1963 persecution within the very university he had helped to found, the Catholic University of São Paulo. At the time, inside Brazil’s Catholic Church, it was common to find a variety of unorthodox ideologies. The best known one was the *Teologia da Liberação* movement (Liberal Theology), which resulted in militants attaining in high levels of the same university²¹.

In 1968, as this intrigues and struggles inside and outside the university against heterodox militants continued, Galvão de Souza and a group of friends from São Paulo decided to set up a journal on Catholic culture called, *Hora Present*. The journal’s aim was to defend the honour of God in a secular society and to promote the true teachings of the Church in accordance with the Magisterium and Sacred Tradition. Additionally, the journal, was founded to combat the dissemination of Liberation Theology in seminaries, Catholic schools, and universities, and within the hierarchy of the Church in Brazil. Joséph Orsini was the president of the *Hora Present* until 1971, later Clovis García Lema, another lawyer, took over the position.

Ten years after the persecution began, the intrigue between the liberation theologians and the faculty of the Catholic University of São Paulo, including José Pedro Galvão de Souza, Clovis Garcia Leme, Adbi Casseb and José Fraga Teixeira reached its apogee. Consequently, they were all fired from the university because of their religious disagreement with the diocese of São Paulo. According to the official notification, they were all accused of having insulted the Archbishop – the Grand Chancellor of the university, to which they - seen as reactionaries by most - responded by saying that any faithful Catholic first owes obedience to the Pope and then to his bishop. This episode had repercussions in many secular and religious editorials. The ex-communist, Catholic author, Gustavo Corção, wrote one of the most famous accounts on this event. In his article, he stated that the ecclesiastical authorities of the Catholic Church in Brazil had established a “New Church”.

Despite these adversities, José Pedro continued – after a brief period teaching in Europe – to promote the doctrine of Natural Law. In 1977, in São Paulo, he launched the first Brazilian Seminar on Natural Law, *Jornada Brasileiras de Direito Natural*. Many prominent thinkers of the Hispanic world were present, including Miguel Ayuso, Monsignor Octavio

(1910-2006) available at: <http://www.integralismo.org.br/?cont=31>. (last visited December 15, 2015).

20 Márquez, J. J. *Hacia un Estado Corporativo de Justicia...* Ob. cit., 34.

21 *Ibidem*, 35.

Dersi²², Clovis Lema, Ibáñez, Juan Vallet Goytisoló, Italo Galli, Gerardo Dantas Barreto, Tomás Barreiro, Ricardo Dip, Margarida Corbusier, Cláudio de Cicco and Francisco de Tejada.

As adequate it is to talk more about his career, I would like now to briefly draw attention to his personal life. It was in 1958, when José Pedro Galvão de Souza married Alexandra Chequer, a “lady of culture”²³, with whom he shared all the successes and disappointments of life. The words “dearest and delicate wife”²⁴, written by José Pedro, in one of his books echoes this union. Clovis Leme Garcia, one of José Pedro Galvão de Souza’s closest friends, was an eyewitness of the importance of Alexandra’s role in José Pedro’s intellectual life. She would help and stimulate him in his labour²⁵. Galvão de Sousa had three sons José Pedro, Miguel Fernando and João Batista, none of whom followed in his footsteps as a proponent of Natural Law and Thomism.

To draw to an end the description of his life, it is pertinent to see that as like a great intellect before him, José Pedro had disciples: Ricardo Henry Dip, Clovis Leme Garcia, José Fraga de Teixeira de Carvalho, Manuel Octaviano Juqueira Filho, José Guarany Orsini and Luiz Marcelo. As stated by Ricardo Dip, various lawyers who took part in the Natural Law Study Center were influenced by José Pedro thoughts. We can recall Jaques Camargo Penteado, Vicente de Abreu Amadei, José Antonio Paula Santos, Luciano Camargo Penteado, and many others.

Concerning the vast amount of writings related to history, politics, philosophy and law written by José Pedro, it would be difficult to cite all of them. Some of the titles, however, as explained by Flávio Alencar, can give an idea of the topics covered: *O Positivismo Jurídico e o Direito Natural* (1940), *Conceito e Natureza da Sociedade Política* (1949), *Formação Brasileira e Comunidade Lusitana* (1954), *História do Direito Público Brasileiro* (1962), *Da Representação Política* (1971), *O Totalitarismo nas Origens da Moderna Teoria do Estado, Um Estudo sobre o “Defensor Pacis” de Marsílio de Pádua* (1972), *O Pensamento Político de São Tomás de Aquino* (1980) and *Dicionário de Política* (1998, posthumous)²⁶.

22 Monsignor Octavio Dersi was born in 1907 and died in 2002. He was archbishop of Buenos Aires, Argentina, a neotomist, and founder of the Catholic University of Argentina, available at: <http://www.filosofia.org/ave/001/a080.htm> (last visited: December 15, 2015).

23 Márquez, J. J. *Hacia un Estado Corporativo de Justicia...* Ob. cit., 36.

24 *Ibíd.*

25 Clovis Leme Garcia: *Elogio do Patrono José Pedro Galvão de Sousa*: available at <http://www.fundacioneliasdetejada.org/Documentacion/Anales/PDF%20ANALES%2001/ANA01063-074.pdf> (last visited: December 15, 2015).

26 Lemos Alencar, F. *José Pedro Galvão de Sousa (1912-1992)...* Ob. cit.

Despite the quantity of, José Pedro Galvão de Sousa remains practically unknown in the legal and academic sphere, even within the university he founded, the Pontifical Catholic University of São Paulo. Interestingly enough, José Pedro's works were distributed more widely in Spanish-speaking countries than in his fatherland. For example, in Spain, Rafael Gamba and Miguel Ayuso, personal friends of José Pedro Galvão, published two books in his honor: "*José Pedro Galvão de Sousa, filósofo del Derecho y ius-publicista*", and "*La representación política en la obra de José Pedro Galvão de Sousa*"²⁷.

After José Pedro Galvão de Sousa's death, *O Centro de Estudos de Direito Natural* (Natural Law Study Center), he founded still continues to run monthly lectures and has added the initials JPGS to its name in memory of José Pedro. After his death, Clovis Leme Garcia was named the new president of the Center.

Now that they are aware of the historic and cultural heritage bequeathed to them by José Pedro de Sousa Galvão, the readers will now be able to comprehend more thoroughly Galvão's ideas concerning Constitutional Law.

2. The Idea of a Constitution, or an Ideal Constitution

*"A constitution is not everything, it cannot legislate on everything, and it is not done as a plan of national construction, neither it is a meticulous ordinance of social life, and it surely should not be a conglomeration of precepts that embracing all branches of private and public law"*²⁸.

(José Pedro Galvão de Sousa)

Our understanding of the Constitution as the fundamental law of the state arose from two major events: the French Revolution of 1789 and the formation of the United States of America. Up until then, "fundamental laws" did not always indicate the structure of a state. A constitution can be a written law, Brazil, as it is in Brazil, or a gathering of rules established predominately by custom, such as, in the United Kingdom. The first constitution drafted in that vein was the 1787 North American Constitution, which was written and systematized in mind of the 1215 British *Magna*

27 Márquez, J. J. *Hacia un Estado Corporativo de Justicia...* Ob. cit., 41.

28 "Uma constituição não é tudo, não pode dispor a respeito de tudo, não é um projeto de construção nacional, muito menos uma regulamentação minuciosa da vida social, e tampouco deve ser um conglomerado de preceitos abrangendo todos os ramos de direito público e do direito privado". Galvão de Sousa, J. P. (1987). *O que deve ser uma Constituição*. São Paulo. Edições Pátria, 3.

Carta. The *Magna Carta* dealt with the guarantee of rights and limitations of power, proper characteristics of a constitutional regime. Some historians point to this as the first attempt to create a modern political constitution. As a result, it is necessary to look back at history of constitutionalism. In medieval times, constitutionalism derived from two sources: Natural Law and Historic Law. Of Natural Law, José Pedro writes:

“The law is essentially the just, that is, it is the object of justice. From the outset, therefore, the idea of law implies the recognition of a natural law. This is because *the just* is not created by man but derives from an objective order of justice, an order to be respected by all and unchangeable to the whims of any”²⁹.

Natural law cancels out a subjective standard of justice, giving a legal system an ethical and metaphysical foundation. Cicero, in his work, *De Legibus*, already proved Natural Law to be a force innate to human beings and not the result of opinion. Thus, the word *natural*, when referred to in Natural Law, means something intrinsic and essential, not something accidental and contingent. These *sinderetic* principles were present in Aristotle and would later be developed by St. Thomas Aquinas. From these, the first principles of Natural Law are: first, the *sinderese* that provides the universal principles; second, a rational understanding and drawing of conclusions; and third, a consciousness of natural law, known by reason, and applied to a particular situation. The corresponding examples are: first, the *sinderetic* principle: avoid evil; second, an affirmation of reason: adultery is evil since it is a dishonest and unjust action; third, a conscience judges and concludes that adultery should be avoided³⁰.

Natural Law by itself, however, is insufficient as a rule of life, it ought to be complemented by positive law, be it consuetudinary or legal³¹. The competent authority must enforce the principles of Natural Law, “to apply the general maxims to the particularities of social life”³². This lays the foundation for the so-called *historical law*, which considers the circumstances of time and place. In the words of José Pedro,

29 “O direito é essencialmente o justo, quer dizer, o objeto da justiça. Desde logo, pois, a idéia de direito implica o reconhecimento do direito natural. Isto porque o justo não é criação do homem, mas decorre de uma ordem objetiva de justiça, a ser respeitada por todos e inalterável aos caprichos de cada um”. Galvão de Sousa, J. P.; Leme Garcia, C.; Fraga Teixeira, J. (1998). *Dicionário de Política*. São Paulo. T. A. Queiroz Editor, 179.

30 *Ibidem*.

31 *Ibidem*.

32 *Ibidem*, 180.

“With the realistic, rational and historical approach of the existing society, the legislator promulgates the norm (in this case, the constituent legislator and the constitutional norm). A written constitution is a constitution of the legislator, which must be properly adapted to the environmental data, the time and the historical and cultural background of the people”³³.

Many of the criticisms of a classical understanding of Natural Law are misleading. Those who claim Natural Law is a “utopian law”, for example, mistake the universality of Natural Law for uniformity in law and identical political regimes within different societies.

The legal-formal constitution of the state should be in accordance with the social and historical formation of the nation, which is itself composed of families and other groups, whose legitimate freedom must be respected by the State. The natural constitution of the family, which always comes before the state itself, does not give grounds for bureaucracy or state agencies to asphyxiate its duties and the rights of those or of the social associations duly constituted.

3. The Constitution of Society and State

*“The most fundamental and most essential constitutional laws of a nation cannot be written”*³⁴.

(Joseph de Maistre, 1753- 1821)

Society is a “*moral and stable union of men who seek a common purpose under one authority*”³⁵, as stated Galvão de Sousa. Only human beings, by the power of reason are able to constitute a society as they alone among living things are gifted with conscience and the freedom to judge and formalize their moral union. Stability is also necessary for a society to be duly constituted insofar as a mere union of men at a sports event or other such gathering does not form a society. At the same time, from this union rises

33 “Ante os dados reais, históricos, racionais e ideais de sociedades em que vive, o legislador elabora a norma (no caso, o legislador constituinte e a norma constitucional). A constituição escrita é uma construção do legislador, que deve ser devidamente adequada aos dados do meio ambiente, da época e da formação histórica e cultural do povo”. Galvão de Sousa, J. P. *O que deve ser uma Constituição*. Ob. cit., 8.

34 “O que há precisamente de mais fundamental e de mais essencial constitucional nas leis de uma Nação não pode ser escrito”. Galvão de Sousa, J. J. *O que deve ser uma Constituição*. Ob. cit., 5.

35 Galvão De Sousa, J. P. (1976). *Iniciação à teoria do Estado*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1.

the aim of a common good for all, as man alone cannot achieve everything he needs. As unpleasant as it might sound, the existence of authority is absolutely indispensable. In every group there are divergent opinions of what ought to be done. Without authority to guide men's labours towards the benefit of all, nothing will ever be determined or accomplished³⁶.

The constitution of society is something intrinsic to itself, as Joseph de Maistre remind us, and no constitution results from a deliberation³⁷. From this derived the most literal meaning of the word "constituting", *the action of the constituted*, that is, "the action of forming something, a term also used to express the set of elements that form a being"³⁸. To speak in sociological terminology rather than legal, the term "constitution" is used more broadly. It is not a univocal or equivocal term but an analogous one, which has several meanings related to each other.

It is indispensable to begin a study of the constitution of a society before planning out a legal-formal constitution. The particularities of society should be seen as those of a living organism, constituting a nation with its social *praxis*, custom, religion, geography, political affinities, poverty, wealth, virtues, and vices.

This preliminary knowledge of the constitution of a society is essential to understanding what factors are to be properly contained in the written constitution which should not appear as mere abstraction. The legal constitution of the state must conform to the historical constitution of society without forgetting the metaphysical basis of Natural Law. Forgetting or simply ignoring fundamental elements like the family, the stem cell of society, leads to the failure of the written constitution.

4. Supraconstitution and Counter Constitution

*"These deformations (deformities) and the consequences at the political level are due to constitutions that originated from abstract ideological backgrounds and not from a pragmatic and effective political method that has experienced power and liberty"*³⁹.

(José Pedro Galvão de Sousa)

³⁶ *Ibidem*, 2.

³⁷ Galvão de Sousa, J. P. *O que deve ser uma Constituição*. Ob. cit., 5.

³⁸ *Ibidem*, 6.

³⁹ "A essas deformações – e a tais conseqüências no plano político – se prestam as constituições como cartas ideológicas abstratas e não como instrumentos pragmáticos eficazes de uma técnica do poder uma técnica de liberdade". Galvão De Sousa, J. P. *Iniciação à teoria do Estado*. Ob. cit., 54.

Georges Daskalakis classifies as “supraconstituion” and “counterconstituion” two possible phenomena that occur when a constitution in practice does not match the written constitution, i.e., when there is disharmony between the legal organization of the state and real organization of the state. The first case, “supraconstitution”, is when the formal constitution remains in force but is modified in its application by other written rules, by customs, and by interpretation for constitutional purposes. We can see, as example, the Brazilian Supreme Court’s decision to recognize homosexual stable unions as family entities, despite the Brazilian Federal Constitution’s (article 226)⁴⁰ rule that only unions between a man and a woman can be settled by the laws pertaining to family rights. The second case, “counter constitution”, concerns the situation in which the constitution, according to Karl Loewenstei, is turned into *chiffon de papier*, and the political praxis deny the prime intentions while the the government in power contradicts the formally established constitutional regimes. This type of situation can be easily be verified in many constitutions formulated after the Second World War. These constitutions were created according to the constitutional thought of Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1836). Sieyès theory erroneously grants the government full sovereignty, meaning that the constituent power has license to anything and is not subservient to any law. Thus, such a nation will exercise power according to Rousseau’s idea of general will.

As a result, all constitutions formulated on the basis of Sieyès’ political theory are bound to fail because their constructions will be founded on the ideological theory in the legislator’s mind. It is not uncommon to see that constitutions forthcoming from the French Revolution simply transfer supreme power from the monarch to the people, creating an *ex nihilo* constitution.

The Brazilian Constitution still suffers the evil consequences of Sieyès’ thought, as described by José Pedro:

“[...] it is a successions of constitutions, ‘supra constitutions’ and ‘counter constitutions’ proving the myth of constitutional stability. This is partly due to a utopian idealism of marginal elites, ignorant of our social realities and political history”⁴¹.

40 “Article 226. The family, which is the foundation of society, shall enjoy special protection from the state. [...] Paragraph 3. For purposes of protection by the state, the stable union between a man and a woman is recognized as a family entity, and the law shall facilitate the conversion of such entity into marriage”, Constitution of the Federate Republic of Brazil, available at http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf. (last visited: November 5, 2015).

41 “[...] é um suceder de constituições, paraconstituições e contraconstituições, reduzindo a nada o mito de estabilidade constitucional. Deve-se isso em grande parte ao ‘idealismo utó-

Identical observations were made by the historian Oliveria Vianna (1883- 1951) in his work *Idealismo na Evolução Política do Império e da República*, in which he argues that constitutions abstractly made are the ideal setting for corrupt statesman and adventurous demagogues to earn prestigious positions in the government. Due to such a malformed constitutional system Brazil has had eight official constitutions since 1824 (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967/69, and 1988), not to mention a multiplicity of constitutional amendments.

Because this modern political ideology is present in almost all abstract constitutions the dangerous of “supra constitutionalism” and a “counter constitutionalism” can be seen in the increasing totalitarian power of the State via a democratically representative political system as designed by Antonio Gramsci (1891-1937) and predicted by two great political theorists, Donoso Cortes (1809-1853) and Alexis de Tocqueville (1805-1859)⁴².

5. The Intermediate Groups

“The individualistic regime, the free disorderly concurrency, and the unjust State laws will all coexist when the intermediate groups die out. In this case, the strongest crushes the weaker”⁴³.

(José Pedro Galvão de Sousa)

With the outbreak of modern constitutions, which lack historical values and are developed as vehicles of impractical political ideas, comes the imminent risk of democratic regimes becoming entirely dependent on a centralized power. This trend, is clearly verifiable, in many South American countries such as Venezuela, Bolivia, and Ecuador. In all these countries, their presidents, without approval from parliaments or congresses, have promulgated constitutional amendments under the pretense of safeguarding democracy. The same pattern can be found in centralized military governments and in succeeding twentieth and twenty-first century models of governments. Ironically, after The Second World War, governments based on modern democratic constitutional principles, instead of protecting individual liberty, have increased the extent and centralization of state power.

pico’ das elites marginais, alheias às realidades sociais e à nossa formação histórica”. Galvão de Sousa, J. P. *O que deve ser uma Constituição*. Ob. cit., 11.

⁴² *Ibidem*, 7.

⁴³ “Os grupos intermediários respaldam a liberdade dos homens, exposta a sucumbir no regime individualista e na livre concorrência desordenada, em que os mais fortes esmagam os mais fracos, ou ainda na concorrência regulamentada exclusivamente pelo Estado”. Galvão De Sousa, J. P. *Iniciação à teoria do Estado*. Ob. cit., 52.

Given this political reality, it is important to remember that the state must have its due share of power, but at the same time it must not limit individual freedom or the autonomy of intermediate groups. Having defended it in 1920's and 1930's, the former president of Argentina, Hipolito Iriogoyen (1852-1933) has said:

“The constitution of family is a grand matter, so vital for the good functioning of our Constitutional system that on such a matter the deputies cannot deliberate invoking the power bestowed”⁴⁴.

It was evident to Hipolito that the state has the obligation to safeguard and not suffocate the family, as it is the primary and natural constitution of society. Troubles begin when this truth is neglected or supplanted by the Enlightenment ideology that clamored for individualism, the germ of the modern state.

On this matter, José Pedro Galvão de Sousa concern and criticism was targeted at the emergent ideologies that saw the state as the only body that could regulate the social life of man. To avoid this, he believed the existence of intermediate groups, professional associations, sports federations, and cultural institutes, without being entirely submitted to the state, to be necessary.

Furthermore, José Pedro also demonstrated his concerns of what would happen if the intermediate groups were eliminated:

“The debilitation or disappearance of the intermediate group leaves an open field for the exorbitant interferences of State power in the private sphere. As a result, the important and far-reaching principle of subsidiarity according to which the State should not call for itself the tasks that the family and social groups are able to complete. In these cases the State should only supply families and other associations with subsidiary help so they can complete their duties”⁴⁵.

A state that endows itself economical and educational powers, suppressing the free market or prohibiting the family from educating its offspring is unjustifiable. The state, should worry less about matters of individual liberty and work harder on subjects that are exclusively on its level of competence such as national security and elementary health care. The outcomes of not having intermediates groups are bureaucracy and poorly administrated political institutions.

44 Galvão de Sousa, J. P. *O que deve ser uma Constituição*. Ob. cit., 14.

45 *Ibidem*, 16.

A constitutional power that does not consider the vital role performed by intermediate groups inside the State is careless about the culture and identity of the nation. In these situations, even the constitutional dispositions that regulate the separation of powers are useless there, because the elements that creates a barrier between “the invasions of State power over individual liberty”⁴⁶, which are the organically developed groups within the community, are missing.

6. Political Representation

“The representation of political law is completely different from the representation of private law”⁴⁷.

(Carl Schmitt, 1888-1985)

José Pedro Galvão de Sousa many times addressed the fact that “*the most important problem in elaborating a constitution is the political representation*”. He was so convinced of this that, in 1971, he wrote a book exclusively devoted to this topic.

In his book, José Pedro explains that the history of political representation can be divided into two parts. The first references the medieval ideal of political representation known as *classical representation* while the second originates in the theory of a *Modern State* that came after the 1789 French Revolution. To better elucidate the differences between the classic and modern representation, Heraldó Barbury, in one of his articles writes:

“The problem of knowing how a society ought to be, is reduced by answering the question of how the society is. Thus, for this question, there are only three possible answers: that the society is a hierarchy of groups; that it is the sum of individuals, or finally that it is composed of a formless mass”⁴⁸.

Barbury’s explanation is illuminating, because in the classical system of political representation, society was ordained in conformity with an established hierarchy and an ordained set of natural institutions. This can be

46 Galvão de Sousa, J. P. *O que deve ser uma Constituição*. Ob. cit., 16.

47 “A representação em direito político é completamente distinta da representação em direito privado”. Galvão de Sousa, J. P. (1971). *Da Representação Política*. São Paulo. Editora Saraiva, 37.

48 “O problema de se saber como a sociedade deve ser se reduz ao de saber como a sociedade é. Ora, para esta pergunta só há três respostas possíveis: 1º ou a sociedade é uma hierarquia de grupos; 2º ou a sociedade é uma soma de indivíduos; 3º ou a sociedade é massa informe”. *Ibidem*, 86.

seen while analyzing the French feudal system, where the family played a key role, because as many families constituted a natural agglomeration of mini-states in which the baron would exercise his inherent sovereign power such as military action, taxation and justice. Still, historians recall that the baron's powers were not absolute since the clergy, nobility and peasant families shared a portion of authority. A similar classical political representation was seen in other countries, but with distinct names in each. In France, it was called "The General States", in England, "Parlament", and in Portugal, "Fuero"⁴⁹.

It is worthy of note that in those days, there was no social authority claiming to represent the third class, the people; with only the clergy and the nobility this type of representative privilege was kept. Only many years later, in Portugal, would there be a change in the representative system that granted certain representative rights to some of the people. The sovereign would still have the legislative power in his hands, however, a law-making council would also be present to assist him. Nevertheless, representative bodies (parliaments and courts) would eventually fill in the gap between society and power.

After the French Revolution, this kind of representative system was questioned, and later replaced by the idealistic political theory put forward by Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) in his work, *Social Contract*, in which he denies man's natural sociability, defending the human "state of nature"⁵⁰. By the state of nature, Rousseau meant the condition in which man lives most happily on account of total freedom, until he freely decides to establish a social contract with other individuals, abdicating all his freedom to live in a society. For the French thinker, authority does not naturally exist if all individuals do not surrender part of their freedom for the sake of the state. Thus, the social contract, which builds up the state, is nothing other than a result of individual choice. As every man by nature is equal and free, no one would really be found suitable to exercise sovereign power, as authority is a result of man's choice to cede his or her freedom to a union.

As a result of the theory above, the concept that the people are sovereign and that power emanates from the people gradually eliminated the need for intermediate groups. Now, there would be a direct link between the individual and the State. From this derives the fundamentals of a democracy as a representative political system. At the same time, aware that a direct democratic system is unfeasible, except in small villages, a new method of democracy was implemented: the indirect democracy. For José Pedro, this

49 Galvão de Sousa, J. P. *Da Representação Política*. Ob. cit., 85.

50 *Ibidem*, 87.

new political theory, supposedly rooted in liberty and sovereignty of all, would slowly lead society into catastrophic political regimes. For him, Rousseau's theory combined with the new method of political propaganda would completely destroy the natural, organic development of society and political representation, creating a bureaucratic social state unfit for human beings.

“With modern methods of propaganda, accompanied with the new life style of the cities, the sum of individuals becomes an amorphous mass, plucked by oligarchy parties or by demagogues, organized by the State through the bureaucracy of the ministries, departments and institutes, all allied with the modern political communication [...]. This load of the state machinery increasingly withdraws the existence of political representation, which has ceased to be an authentic representation, because only in fiction could it be said that deputies truly represent the will of the people”⁵¹.

In sum, from the observations drawn from both types of political representation, the classical and the modern, it is important to understand that, in the classical representative form, political claims would go through the many social groups which would express their aspirations to authority. The crowd, therefore, would be able to control the abuse of power with the intermediate groups, as there was a genuine contact with authority, as in the binding mandate.

Another element to be noted is that in the classical representative form, the promulgations of laws followed a distinct procedure. Today legislative assemblies are constituted of uneducated lay people, unprepared for assuming a political carrier. In those years, there was a true concern for the proper formation of the members of the government. The ruler besides, being educated in governing, had at his disposal a body of jurists to counsel him⁵². However, in the modern representative system, it does not matter what level of qualification the political members of the assembly have, neither does their competence nor the lack thereof regarding politics. Also, it does not matter if there are huge discrepancies between the interest of

51 “Com os métodos modernos de propaganda, acompanhado à urbanização da vida, a *soma dos indivíduos* se transforma na *massa amorfa*, tangida pelas oligarquias partidárias ou pelos demagogos, e organizada compulsoriamente pelo Estado, mediante a burocracia dos ministérios, departamentos e institutos, a uns e outros servindo os modernos meios de comunicação de massa como veículos de propaganda [...]. Este peso da máquina estatal tira cada vez mais o sentido da representação política, que já deixara de ser uma autêntica representação, pois só por uma ficção se poderia dizer que os deputados representam a vontade do povo”. Galvão de Sousa, J. P. *Da Representação Política*. Ob. cit., 89.

52 Galvão de Sousa, J. P. *Da Representação Política*. Ob. cit., 92.

those being represented and those who represent them. The latter normally work for their own interest to prevail as the people cannot really exercise any over them.

Only a regime that has an authentic political representation will have solid and rewarding constitutional stability. For example, England, which, though it never possessed a written constitution like Brazil's, preserved a solid political system since it preserved its intermediate groups⁵³. The British constitutional system also preserved its historical identity of common law and natural rights differently than most countries that followed the French Post-Revolutionary political ideology.

7. Conclusions

A constitution must not have the ordering of every single sphere of the social life as a goal. Neither should it regulate all the branches of public and private law. Being the fundamental law of the State, the constitution ought to consider the Natural Law, which derives neither from a particular desire (a will of the monarch), nor from the mere will of the majority (universal suffrage), but from an objective order of justice. A constitution that does not acknowledge the order intrinsic to human nature is bound to failure.

Nonetheless, for a constitution to be effective, the recognition of Natural Law is not sufficient. Positive law, officially promulgated by a legislative body or based on customs (consuetudinary laws) must be present. For a successful and stable constitution, the government ought to apply the principles of Natural Law to the particularities of social life, taking into consideration the time, place and circumstances (historic law).

Yet, it has been mentioned that the historic law relies on the premise that a society is the moral and stable union of men united under an authority striving for a common end. Thus, before elaborating and approving a constitutional text, it is indispensable to recognize the family as the stem cell of any society and its particular characteristics: custom, music, traditions, deformities, qualities, etc.

Next, this article dealt with two possible consequences of constitutions that are elaborated in dissonance with Natural Law and the historic law, "supra-constitutions" and "counter-constitutions". Here it was seen that most modern constitutions, especially those promulgated after the Second World War, ignore Natural Law or have an erroneous idea of what natural law is. In the first instance, constitutions are promulgated by a body of leg-

53 *Ibidem*, 93.

islatives who believe that the original power of the state is unlimited and, as a result, they are officially bound to no particular law. Second, concerning modern constitutions, many are ideologically orientated and could be seen as political charters.

From the observations made, it could be stated that the intermediate groups had a fundamental role inside the classical representative system. Without those subsidiary groups, individual liberty is always under potential threat from the state. The intermediate groups, as the name implies, fill in the political gap between families and government. For this reason, without the intermediate groups, the government looks at man as an isolated individual and not as part of a family. Consequently, it believes itself to have the right to regulate every aspect of the individual social life, becoming a totalitarian state. The existence of these subsidiary groups is thus vital, as they represent the people's real interest and guarantee their political freedom.

For the sake of better comprehending the importance of intermediary groups, it was necessary to explain the two different types of political representation. The traditional one which held back the organic development of political bodies and the one born from the French Revolution which has influenced most modern states and is the one to be blamed for many constitutional fiascos in America, with exception of the United States and Canada, which were both mostly influenced by the British Enlightenment and not the French.

To conclude, and answer: what should be a constitution? A constitution must always respect the Natural Law and apply it bearing in mind the historic law and observing the particular of each society. For this to be accomplished properly the existence of intermediate groups is necessary to give a genuine political representation and a realistic picture of what the characteristics are in a society. This will help the government to exercise its authority in the correct way; as the constitution will be the fruit of organic political development and not a fabricated, abstract guideline that has nothing to do with society.

Bibliography

- Clovis Leme Garcia. *Elogio do Patrono José Pedro Galvão de Sousa*: available at <http://www.fundacioneliasdetejada.org/Documentacion/Anales/PDF%20ANALES%2001/ANA01-063-074.pdf>. (last visited: December 15, 2015).
- Flávio Lemos Alencar. *José Pedro Galvão de Sousa (1912-1992): A influência de Santo Tomás em seu pensamento*. available at <http://www.aquinate.net/revista/caleidoscopio/atualidades/atualidades-9-edicao/Personalidades/atualidades-personalidades-Galvao.html>. (last visited: December 15, 2015).

- Frente Integralista Brasileira *Introdução in:* <http://www.integralismo.org.br/?cont=31>. Access date: March 8, 2014.
- Gustavo. Corção *A Descoberta do Outro*. available at http://pensadoresbrasileiros.home.comcast.net/pensadoresbrasileiros/GustavoCorcao/a_descoberta_da_outra.htm. (last visited: December 15, 2015).
- José Pedro Galvão de Sousa. *O Positivismo Jurídico e o Direito Natural*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1940.
- _____. *Da Representação Política*. São Paulo: Editora Saraiva, 1971.
- _____. *A Historicidade do Direito e a Elaboração Legislativa*. São Paulo: Editora Saraiva, 1970.
- _____. *Dicionário de Política*. São Paulo: T.A Queiroz, 1998.
- _____. *O Estado Tecnocrático* São Paulo. Editora Saraiva, 1973.
- _____. *História do Direito Político Brasileiro*. São Paulo, Editora Saraiva, 1962.
- _____. *Raízes Históricas da Crise Política Brasileira*. São Paulo: Editora Vozes, Petrópolis, 1965.
- _____. *O que deve ser uma Constituição*. São Paulo: Edições Pátria, 1987.
- _____. *Conceito e Natureza de Sociedade Política*. São Paulo: Saraiva, 1949.
- _____. *Iniciação à Teoria do Estado*:São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- _____. *O Crescimento do Estado e o Enfraquecimento da Sociedade*. São Paulo: Revista Pensamento Brasileiro, 1981.
- _____. *A Importância Capital dos Grupos Intermediários*. São Paulo: Jornal *O Estado de São Paulo*, 20 de janeiro de 1988.
- José J. Albert Márquez. *Hacia un Estado Corporativo de Justicia: Fundamentos del Derecho y el Estado en José Pedro Galvão de Sousa*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2010.
- Ricardo Henry Dip (org). *Tradição, Revolução e Pós-Modernidade*. Campinas: Millennium, 2006.
- Rogério Machado Mello Filho. *A Aplicação do Direito sob a Ótica das Escolas de Interpretação das Normas Jurídicas*. available at http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_50/artigos/art_rogerio.htm#IV.III (last visited: December 15, 2015).

PARTE III

NOTAS Y COMENTARIOS

**HOBBY LOBBY AND BEYOND: CONSIDERING MORAL
RESPONSES TO THE HHS MANDATE LITIGATION¹**
*“Hobby Lobby” y más: considerando respuestas morales
al mandato contraceptivo*

Eugene R. Milhizer*

Recibido: 9 de marzo de 2016.

Aprobado: 5 de abril de 2016.

Resumen: El artículo analiza la situación creada por el mandato contraceptivo en los Estados Unidos en lo que concierne a una Universidad Católica y la expectativa creada por la inminencia de una decisión de la Corte Suprema de ese país en un grupo consolidado de casos que incluye el denominado “Little Sisters of the Poor”. El mandato contraceptivo, en su diseño original, requiere que los empleadores provean productos y servicios de la llamada “medicina preventiva” para sus empleados, incluyendo contracepción, abortivos (es decir, drogas que inducen el aborto) y esterilización, aunque el empleador sea una institución o empresa religiosa que se opone a tales prácticas como una cuestión de fe, moral y doctrina religiosa. El artículo evalúa las posibilidades

* Dean Emeritus and Professor of Law, Ave Maria School of Law. Dean Emeritus Milhizer served as President/Acting President and Dean/Acting Dean of Ave Maria School of Law from 2008–2014. This article is based on lectures given by Dean Emeritus Milhizer at legal and Catholic venues in Florida and Nebraska. The author would like to thank his colleagues Professors Ligia De Jesus, Patrick Gillen, and Brian Scarnecchia for their assistance and support. I would also like to thank my research assistant, Emily Dhanens, for her outstanding assistance in the preparation of this article. Correo electrónico: ermilhizer@avemarialaw.edu.

1 Nota de los editores: El presente artículo fue recibido y aprobado para su publicación con anterioridad a la decisión tomada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en la causa “David A. Zubik, et al., petitioners 14–1418 v. Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al.” el día 16 de mayo de 2016. En esta sentencia, que unifica varios expedientes, la Corte Suprema decidió dejar sin efecto las decisiones de las Cortes de Apelaciones que habían intervenido y mandó dictar nuevas sentencias en las que se pueda llegar a un acuerdo que no afecte la libertad religiosa de las instituciones peticionantes.

de “acomodar” el mandato y los litigios que han surgido, y divide estos litigios en dos grupos. Primero, los que involucran a entidades con fines de lucro y empresas, como Hobby Lobby. En segundo lugar, los litigios que involucran a entidades afiliadas a instituciones religiosas y aquellas sin fines de lucro, como las Hermanitas de los Pobres (Little Sisters of the Poor). Se analizan los diferentes escenarios y las posibles reacciones de las entidades sin fines de lucro en caso de una decisión de la Corte Suprema que no sea favorable.

Palabras clave: Mandato contraceptivo – Libertad religiosa – Objeción de conciencia.

Abstract: The article analyzes the situation created by the HHS Mandate concerning a Catholic University and the expected Supreme Court decision in a group of granted and consolidated cases including *Little Sisters of the Poor*. The HHS Mandate, as originally designed, required that all employers provide so-called preventative health care products and services to their employees that includes contraception, abortifacients (that is, abortion inducing drugs), and sterilization, even if the employer is a religious institution or business that opposes such practices as a matter of faith, morals and religious doctrine. The article evaluates the accommodations and related litigation, and divides the litigation pertaining to the Mandate into two groups. First, the litigation involving for-profit entities and businesses, such as *Hobby Lobby*. Second, the litigation involving religiously affiliated entities and nonprofits, such as Little Sisters of the Poor. Different scenarios are analyzed and the possible reactions of non-profits entities to an unfavorable Supreme Court decision are evaluated.

Keywords: Contraceptive Mandate – Religious Freedom – Conscientious Objection – HHS Mandate.

About two years ago I stepped down as President and Dean of Ave Maria School of Law in Naples, Florida, and returned to the classroom full-time as a law professor. I am very grateful and happy to be back in the classroom teaching students. One of the most important decisions I confronted during my service as Dean was what to do about the HHS Mandate². You see, Ave

² See 45 C.F.R. § 147.130(a)(1)(iv) (2011). The mandate does not specifically define the benefits to be covered, but rather delegates authority to the Department of Health and Human Services to define “preventive care and screenings [as] provided for in binding comprehensive health plan coverage guidelines supported by the Health Resources and Services Administra-

Maria School of Law is an authentically Catholic school that integrates the Natural Law and the Catholic Intellectual Tradition into the classroom and, in reality, everything we do³. It is an integral and defining aspect of our institutional identity and culture, and our school was recently named the number 1 school in the country for devout Catholics⁴. In addition, national publications have rated our school the most conservative law school in the country⁵. Among other things, this means that our faculty believes in the plain meaning of the Constitution, which necessarily means that we believe in religious liberty and limited government.

It is these attributes - our religious identity, our respect for the Constitution, and our belief that the dignity of each person transcends the limited and enumerated powers that a government can legitimately exercise - that ultimately caused me to recommend to our Board of Governors that our school sue the Obama Administration to prevent the imposition of the HHS Mandate upon us. Our Board agreed, and so we sued. Our Board did not make this decision lightly - it is comprised of patriotic Americans who take no joy in suing their government. And, quite frankly, I waited as long as I thought I prudently could before recommending we sue in the hopes that an acceptable accommodation would be forthcoming. But when it was not and we could wait no longer, our school sued because we believed this was the only available recourse that was consistent with our religious identity and respect for the Constitution.

Our school filed suit in federal court in 2013⁶. Our case is currently pending in the Eleventh Circuit Court of Appeals. We have obtained injunctive relief - in other words, the Mandate will not be applied to us, if at all, until there is a substantive resolution of the case⁷. Our fate in the courts will ultimately be determined by an expected Supreme Court decision in

tion”. *Id.* (alteration in original). These guidelines include contraceptive methods to cover “[a]ll Food and Drug Administration approved contraceptive methods” and “sterilization procedures.” *Women’s Preventive Services: Required Health Plan Coverage Guidelines*, U.S. Dep’t. of Health & Hum. Serv’s, Health Res, <http://www.hrsa.gov/womensguidelines/>. (last visited: Sept. 13, 2012).

3 See *Mission Statement*, Ave Maria Sch. of Law <http://www.avemarialaw.edu/campus-life/catholic-law-schools/>. (last visited: Feb. 14, 2016) (“Our teaching integrates the moral and social teachings of the Catholic Church with the more conventional aspects of legal education and forms persons capable of leading flourishing lives through their vocation in the law”).

4 See Wilson, A. *Ave Maria, Catholic University of America “Best Law Schools for the Devout”*, The Cardinal Newman Society, <http://www.cardinalnewmansociety.org/CatholicEducationDaily/DetailsPage/tabid/102/ArticleID/2885/Ave-Maria-Catholic-Univ-of-America-Best-Law-Schools-for-the-Devout.aspx>. (last visited: Jan. 16, 2014).

5 See Martin, L. *Most Liberal and Conservative Law Schools* *The Nat’l Jurist* (Oct. 6, 2015), <http://www.nationaljurist.com/content/most-liberal-and-conservative-law-schools>.

6 See *Ave Maria Sch. of Law v. Burwell*, 63 F. Supp. 3d 1363 (M.D. Fla. 2014).

7 *Id.* at 1368.

a group of recently granted and consolidated cases including *Little Sisters of the Poor*⁸. I regret to say, however, that our destiny in the courts may already be sealed and not in our favor. I will explain what I mean by this in a moment when I address recent litigation.

First, let me say a few words about the Mandate itself. The Mandate is an executive order promulgated by the Department of Health and Human Services (HHS) intended to help implement the Affordable Care Act, commonly known as Obamacare⁹. The HHS Mandate, as originally designed, required that all employers provide so-called preventative health care products and services to their employees that includes contraception, abortifacients (that is, abortion inducing drugs), and sterilization, even if the employer is a religious institution or business that opposes such practices as a matter of faith, morals and religious doctrine¹⁰. I say “as originally designed” because several so-called accommodations have been issued since the Mandate was first published¹¹. Under the Mandate, even as modified by the accommodations, the only religious- or conscience-based exemption that was allowed was extremely narrow and applies, in essence, exclusively to entities such as churches, seminaries and convents¹². To the contrary, religious hospitals, charities, universities, and law school such as Ave Maria, are not entitled to an exemption. And, of course, for-profit businesses are not entitled to an exemption.

This denial of religious-based exemptions for businesses and most non-profit entities is based on the Mandate’s premise that in order to qualify for

8 See *Little Sisters of the Poor Home for the Aged, Denver, Colo. v. Burwell*, 136 S. Ct. 446 (2015).

9 See 42 U.S.C. § 18001 (2010).

10 See 42 U.S.C.A. § 300gg-13(a)(4)(2010) (without “religious employer” exception). See also Interim Final Rules for Group Health Plans and Health Insurance Issuers Relating to Coverage of Preventive Services Under the Patient Protection and Affordable Care Act 75 Fed. Reg. 41,726 (IV)(B)(1)–(2), <https://www.federalregister.gov/articles/2010/07/19/2010-17242/interim-final-rules-for-group-health-plans-and-health-insurance-issuers-relating-to-coverage-of>.

11 45 C.F.R. § 147.130(a)(1)(iv)(A) (2014) [stating the HRSA “may establish exemptions” for religious employers (emphasis added)]. The Act defines “religious employer” as:

[A]n organization that meets *all* of the following criteria:

- (1) The inculcation of religious values is the purpose of the organization.
- (2) The organization primarily employs persons who share the religious tenets of the organization.
- (3) The organization serves primarily persons who share the religious tenets of the organization.
- (4) The organization is a nonprofit organization [under sections of the code that refer to churches, integrated auxiliaries, and conventions or associations, as well as to the exclusively religious activities of any religious order].

Id. at § 147.130(a)(1)(iv)(B) (alteration in original) (emphasis added).

12 *Id.*

such an exception, the entity’s membership and activities must, for all practical purposes, be limited exclusively to persons belonging to a single religious denomination¹³. Since religious universities, charities and hospitals employ and serve the needs of a diverse range of people, they do not qualify for an exemption. Businesses, for obvious reasons, would likewise fail this test. As a consequence, religious hospitals, charities, and universities must comply with the Mandate and thus must offer morally objectionable products and services for all of their employees or suffer substantial fines. These consequences reflect an impoverished and sadly mistaken understanding of religion, religious freedom, and the traditional role of religious entities. Think about this - it appears that Jesus Christ himself and his apostles would not qualify for an exemption under the Mandate because they ministered to people of many religious traditions as well as non-believers.

Why would such a narrow religious-based exemption be adopted? In my judgment, it is part of a larger project to relegate religious expression and influence to the confines of houses of worship, and thereby to separate religion and its influence from the broader culture. According to the government’s minimalistic conception of religious freedom, people of faith are permitted to gather on Sunday’s and engage in quaint rituals and sing hymns without excessive government regulation and intrusion; however, their beliefs and convictions are not allowed to venture into the public square where they might influence the broader culture. This impoverished conception of religion takes the fabricated doctrine of “separation of church and state” (which, by the way, is not in the Constitution contrary to popular belief)¹⁴ and puts it on steroids. This reductionist view of religion comports with the rhetoric we so often hear from the left, including President Obama, when they cleverly refer to freedom of worship rather than freedom of religion¹⁵.

It is in this larger context that the accommodations and related litigation should be evaluated. I will begin by dividing the litigation pertaining to the Mandate into two groups. First, there is the litigation involving for-profit entities and businesses, such as *Hobby Lobby*¹⁶. Second, there is the litigation involving religiously affiliated entities and nonprofits, such as

13 See 45 C.F.R. § 147.130(a)(1)(iv)(A) (2014). The Act defines religious employer as: “[...] the organization primarily employs persons who share the religious tenets of the organization”.

14 See *Everson v. Bd. of Educ. of Ewing Twp.*, 330 U.S. 1, 16 (1947). In the words of the Court, “a wall of separation between church and state” has been erected.

15 See Imbody, *J. Imbody: Obama “Freedom to Worship” Assaults First Amendment*, Wash. Times (Jan. 28, 2013), <http://www.washingtontimes.com/news/2013/jan/28/obama-freedom-to-worship-assaults-first-amendment/?page=all>.

16 See *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 134 S. Ct. 2751 (2014).

*Little Sisters of the Poor*¹⁷. I would summarize the litigation as follows: for businesses and for-profits, people of faith won an important but limited victory. As for the nonprofits, the results are far less than desired but probably tolerable. Let me explain what I mean.

The landmark case relating to for-profit businesses is commonly referred to as the *Hobby Lobby* case. It is actually the consolidated cases of *Burwell v. Hobby Lobby Stores*¹⁸ and *Conestoga Wood Specialties v. Sebelius*¹⁹. I will refer to it as *Hobby Lobby*. In this case, the Supreme Court ruled in a 5–4 vote that closely-held corporations cannot be required to provide contraception coverage for their employees²⁰.

Justice Alito, writing for the majority, decided the case under the Religious Freedom Restoration Act²¹, or RFRA, and not directly based on the First Amendment’s religious liberty provision²². RFRA essentially applies strict scrutiny to legislation and executive orders that burden the exercise of religious freedom²³. In assessing the Mandate through the RFRA lens, the Court wrote that the Obama Administration failed to show that the contraception Mandate is the “least restrictive means of advancing its interest” in providing birth control at no cost to women²⁴. Thus, the Court held that under RFRA it must be struck down.

In a related matter, the Court rejected “any suggestion that for-profit corporations are incapable of exercising religion because their purpose is simply to make money”²⁵. The Court wrote that this characterization “flies in the face of modern corporate law”²⁶, adding that by requiring religious corporations to cover contraception, “the HHS mandate demands that they engage in conduct that seriously violates their religious beliefs”²⁷.

While this a positive result, the *Hobby Lobby* decision is of limited scope in at least two important respects. First, it is written narrowly so as only to apply to the HHS contraception Mandate, and not to religious employers who object to other medical services such as blood transfusions or

17 See *Little Sisters of the Poor Home for the Aged, Denver, Colo. v. Sebelius*, 794 F.3d 1151 (2015).

18 See *Burwell*, 134 S. Ct. at 2751.

19 See *Conestoga Wood Specialties Corp. v. Sebelius*, 134 S. Ct. 678 (2013).

20 See *Burwell*, 134 S. Ct. at 2785.

21 See Religious Freedom and Restoration Act, 42 U.S.C. § 2000bb-1 (1993).

22 See U.S. Const. amend. I (1791).

23 See 42 U.S.C. § 2000bb-1(b)(1)(2) (1993).

24 See *Burwell*, 134 S. Ct. at 2780.

25 *Id.* at 2770.

26 *Id.*

27 *Id.* at 2775.

vaccines²⁸. Second, it applies only to closely-held corporations²⁹, the implication being that large and diverse corporations cannot successfully claim the capacity to exercise any particular religious purpose.

The Obama Administration responded to the *Hobby Lobby* decision in July 2015, by promulgating yet another accommodation, this time requiring closely-held businesses to operate under the same rules that apply to non-profit entities³⁰. Accordingly, I will now turn to nonprofit entities and the so-called accommodation that applies to them.

First, recall that the Mandate provides a limited exemption for single-denomination entities such as churches, convents and seminaries. The exemption may also extend to charitable and similar organizations that are housed by a church, such as a parish St. Vincent de Paul Society. But beyond these narrow confines, no exemptions are offered to nonprofits. In particular, no exemptions are available for religious universities, charities and hospitals because, as I noted, they do not limit their employment or ministry to persons of a single denomination.

As to these more diverse nonprofit entities, a limited accommodation was promulgated that provides that while the entity itself is not required to *directly* offer objectionable services to employees, it must contract with an insurance provider who, in turn, must offer these same services at no cost to the entity's employees³¹. If the entity does not contract with such a provider, it will suffer a severe penalty in the form of substantial fines³². In support of the accommodation, the government argued that the insertion of “middle man” - the insurance provider - attenuates the entity's participation in objectionable matters while still accomplishing the government's goal of promoting wide access to free contraception and related services³³. In response - and leaving aside the obvious fiction that the services will be provided at no cost by insurance companies - many nonprofits entities argued, correctly

28 *Id.* at 2805.

29 *Id.* at 2775 (“For all these reasons, we hold that a federal regulation's restrictions on the activities of a for-profit closely held corporation must comply with RFRA”).

30 See *Women's Preventative Services Coverage and Non-Profit Religious Organizations*, Ctrs. for Medicare & Medicaid Servs. (Mar. 2, 2016), <https://www.cms.gov/cciiio/resources/fact-sheets-and-faqs/womens-preven-02012013.html>.

31 See *Certain Preventative Services Under the Affordable Care Act* 79 Fed. Reg. 51,092 (2012), <https://www.federalregister.gov/articles/2015/07/14/2015-17076/coverage-of-certain-preventive-services-under-the-affordable-care-act>.

32 See 42 U.S.C. § 300gg-13(a)(b) (2010).

33 See Rozum, U. *The Affordable Care Act Keeps Insurance Companies as Middlemen Between Patients and Doctors*, Syracuse.Com (Mar. 2, 2016), http://www.syracuse.com/opinion/index.ssf/2014/02/the_affordable_care_act_keeps_insurance_companies_as_middleman_between_patients.html.

in my view, that despite the accommodation, they were still forced to choose between either being complicit in morally objectionable activities or suffering devastating fines³⁴.

The litigation concerning nonprofits has not yet reached a final resolution. Seven circuit courts of appeal have decided against the nonprofits³⁵ and two circuit courts of appeal have cases before them but have not yet decided the matter³⁶. To date, no court has issued a decision in favor of the nonprofits.

Most significantly, the United States Supreme Court has not decided a case concerning the nonprofits. Some time ago, the Supreme Court issued a stay in the *Little Sisters of the Poor* case³⁷. On November 6, 2015, the Supreme Court granted review in and consolidated all seven outstanding HHS mandate cases including *Little Sisters of the Poor*³⁸. This means that these cases would likely be argued in October, 2016, with a final decision on the merits for non-profit entities issued by June, 2017.

The *Hobby Lobby* decision notwithstanding, most of the experts I have talked with are pessimistic that the nonprofits will win on the merits before the Supreme Court. They predict that the Court will rule that the latest accommodation, which treats the nonprofits the same as the closely-held businesses, sufficiently attenuates the nonprofit's connection to the objectionable services and thus avoids any First Amendment or RFRA violation.

Assuming these pessimistic predictions are true, how should the nonprofits react to an unfavorable Supreme Court decision? What should they do? Should they (1) close the entity to avoid complying with the Mandate, (2) comply with the Mandate under protest or (3) stay open, refuse to comply with the Mandate, and pay the resulting fines?

In response, I will begin by observing that for most nonprofits there are only two realistic choices. Choice number 3, which includes paying the fines,

34 See *Nat'l Fed'n of Independent Business v. Sebelius*, 132 S. Ct. 2566 (2012).

35 See, e.g., *Michigan Catholic Conference and Catholic Family Servs. v. Burwell*, 807 F.3d 738 (6th Cir. 2015).

36 See, e.g., *Sharpe Holdings, Inc. v. U.S. Dep't. of Health & Human Servs.*, 801 F.3d 927 (8th Cir. 2015).

37 See *Do Little Sisters of the Poor Have a Case Against Obamacare?*, U.S. News (Mar. 2, 2016), <http://www.usnews.com/debate-club/do-the-little-sisters-of-the-poor-have-a-case-against-obamacare> ("On New Year's Eve, Supreme Court Justice Sonia Sotomayor issued a stay that temporarily blocked the contraception mandate in the Affordable Care Act from applying to religious-affiliated organizations. A group of nuns from Colorado called the Little Sisters of the Poor asked for the delay because they object to the law's contraception requirements").

38 See *Little Sisters of the Poor Home for the Aged, Denver, Colo. v. Sebelius*, 794 F.3d 1151 (U.S. 2015).

is not a genuine option. Most nonprofits cannot afford to pay the fines³⁹. And, even if the entities could initially afford to pay the fines, there is no guarantee that they would not later be raised to unaffordable levels. For most nonprofits – indeed, perhaps for all of them – there are only two real choices: comply with the Mandate or close down the institution.

As President and Dean, I seriously considered both options when I thought about what I would recommend to our Board if this situation should come to pass. Would I recommend complying with the Mandate? Or, would I recommend closing down the law school?

Here are my thoughts. Let me be absolutely clear at the outset that what I am going to express now are my personal thoughts about the subject and they in no way represent the official position of Ave Maria School of Law.

Refusing to participate in Mandate and closing the school would clearly a moral choice. Doing this would absolutely avoid any connection, proximate or actual (but for), with providing morally objectionable services. If the law school decided to close, my instinct is go down with a roar and not a whimper. At a minimum, this means the school should widely tell its story through the press. It might even include civil disobedience, such as not paying fines and ultimately forcing the government to close the school. I hesitate to recommend this course of action without further study, however, as it would be irresponsible for me to recommend a course of action without a better understanding of the potential legal and financial exposure and other possible adverse consequences that might be suffered by students, Board members, officers, faculty and staff.

But what about the other alternative - that is, staying open and complying with the Mandate as modified by the accommodations. Is this also a moral choice? While I believe that it can be, it does present important issues involving formal and material cooperation as well as scandal, which must be considered and addressed. Let me explain what I mean.

First, with regard to cooperation⁴⁰, I acknowledge that the line between culpable material cooperation and non-culpable remote involvement is often difficult to draw. Given the moral implications of such distinctions, however,

39 See *Frequently Asked Questions: Little Sisters of the Poor*, The Becket Fund for Religious Liberty <http://www.becketfund.org/faqlittlesistersofthepoor/#f8> (last visited Feb. 29, 2016) (The Little Sisters “would face the prospect of up to \$70 million in government fines per year unless they provided services contrary to Catholic teachings”).

40 See Russell E. Smith, *The Principles of Cooperation in Catholic Thought*, in *The Fetal Tissue Issue: Med. & Ethical Aspects* 81, 84 (Peter J. Cataldo et al. eds., 1994) (“Cooperation” in this context, is understood as “the participation of one agent in the activity of another agent to produce a particular effect or joint activity”).

it is sometimes necessary to identify these boundaries. Let me illustrate the point with an example.

Everyone would agree that a nurse who assists a doctor perform an abortion has formally cooperated in that abortion and is morally culpable for it. This is true because the nurse shares in the intention of the doctor to commit the forbidden act - the abortion⁴¹. The nurse's participation constitutes formal cooperation, and formal cooperation with evil is always morally unacceptable⁴².

But what about the taxi driver who takes the woman to Planned Parenthood where she will have the abortion? What about the police officer who makes sure the entrance to Planned Parenthood is not blocked? What about the utility worker who ensures that electric service is received at the Planned Parenthood facility? Are these persons morally culpable for abortions performed at the facility? Where does one draw the moral line?

In my judgment, none of these actors - the taxi driver, the police officer, or the utility worker - would have formally cooperated in abortions. None share the doctor's intent that abortions be performed.

But the question of formal cooperation does not end the moral inquiry. Assuming each actor could foresee that his action could help facilitate or assist the performance of an abortion, their cooperation is said to be "material"⁴³. Material cooperation may be moral or immoral, depending on the circumstances. The moral acceptability of material cooperation is evaluated with regard to the remoteness of the contribution to the morally prohibited act and the countervailing good that can be achieved through the cooperation or avoided through noncooperation⁴⁴. Under this approach, cooperation is morally justified if it is proportionate, i.e., if the good that is achieved through cooperation is weighty enough to counterbalance the bad action and the closeness of the actor's complicity to it⁴⁵.

Using the material cooperation approach to the Planned Parenthood hypothetical, I would hold that the taxi driver, the police officer and the utility worker are all probably not morally culpable for any abortions performed there. Their participation in abortions is remote and attenuated. Further, they are likely required to perform their respective actions (driving a taxi, policing a sidewalk, providing electricity) to retain their respectable

41 See Orville N. Griese, *Catholic Identity in Health Care: Principles and Practice* 387–88 (Nat'l Catholic Bioethics Center 1st ed.1987); see also Germain Grisez, *The Way of the Lord Jesus*, Vol. 3: Difficult moral questions 872–73 (Franciscan Press 1st ed. 1997).

42 Grisez, *supra* note 40, at 873.

43 See Grisez *supra* note 40, at 388, 873.

44 *Id.* at 876.

45 *Id.*

employment and earn a living wage, which they presumably use to support families and engage in beneficial activities. Thus, the good that is directly achieved through cooperation is weightier than the bad that is remotely assisted. On the other hand, if any of these actors have the discretion to opt out of particular assignments - such as the police officer keeping Planned Parenthood accessible - then they would they would be morally obligated to avoid even remote cooperation. But if this is not an option, I do not believe that any of these actors are morally required to quit their job applying a material cooperation analysis.

The same general considerations ought to pertain to businesses and nonprofit entities that decide to comply with the Mandate rather than to close their doors. Using Ave Maria School of Law as an example, compliance with the Mandate would not constitute formal cooperation as the school would not share the government’s (and the insurer’s) intent to provide the objectionable services.

Further, I believe Ave Maria’s compelled compliance with the Mandate would not constitute prohibited material cooperation. First, the school’s participation would be indirect and attenuated, and it seems unlikely that it would ultimately result in many if any morally prohibited consequences⁴⁶. Second, the school would be complying only as a consequence of the coercive threat of fatal government-imposed fines, and such compliance would occur only after the school did all it could to oppose and resist this through the courts and otherwise⁴⁷. Finally, the “good” in keeping the school open substantially outweighs the “bad” resulting from remote compliance. While this “good” is in many ways incalculable, one important measure of it is the hundreds of Ave Maria Law School graduates, trained in the Natural Law and the Catholic intellectual tradition, who everyday enhance the legal and broader culture, assist clients in need, and defend life and religious freedom. Indeed, some of these graduates are leading the charge in opposition to the Mandate and similar attacks upon religious liberty.

I recommend that if an entity is considering remaining open and complying with the Mandate, it should consult with a respected theologian about its decision. Further and if possible, the entity should solicit from the theologian a formal opinion that addresses, among other things, how the

46 Ave Maria School of Law attracts faculty and staff who support the School’s Mission. Accordingly, it seems unlikely that compliance with the Mandate will actually result in these persons engaging in many, if any, immoral acts relating to abortion, contraception, and sterilization.

47 Ave Maria School of Law resisted the Mandate in many ways besides the lawsuit. As President and Dean, I wrote legislators urging them remove the Mandate, and I spoke and published widely in opposition to it.

doctrine of formal and material cooperation applies to its particular circumstances. Tapping into such expertise and obtaining guidance would have many obvious benefits. It would help provide assurance to decision makers that they have acted morally and consistent with their religious principles. From a practical standpoint, it could also help decision makers prudently navigate the troubled waters they would surely confront. Finally, it could help reassure internal and external constituencies that the entity has not abandoned its core religious and moral principles.

The second major is consideration with regard to a decision to remain open involves the possibility of scandal. When used in this context, “[s]candal is an attitude or behavior which leads another to do evil”⁴⁸. Catholic tradition forbids scandal, especially when caused “by those who by nature or office are obliged to teach and educate others”⁴⁹. Given its status as a law school, Ave Maria has a special obligation to avoid scandal.

To this end, Ave Maria School of Law should unambiguously proclaim to its internal audience and more widely to the general public through the media that it strenuously objects to being coerced into compliance with the Mandate contrary to its religious beliefs and in contravention of its constitutional rights and protections. It should make clear that the school fought against the Mandate in court but lost there, and that its remaining choices are either to comply under protest or close down. It must publicly explain that it will continue to oppose the Mandate and do all that it can to change the requirement for compliance. This position must be clearly and repeatedly expressed, and the school must follow up on all the promises it makes.

There are broad public policy values that support a decision to remain open. I recoil at the idea of religious entities being bullied out of the public square by secular bureaucrats wielding offensive regulations like cattle prods. Surrendering this valuable turf to those who are religiously indifferent and intolerant would harm people of faith and the people they serve, and it certainly would damage American culture. I am confident I do not need to cite examples in support of this position.

While I believe that compliance under protest after exhausting legal recourse would be a moral choice, I understand and respect that there will be some men and women of conscience who will disagree and contend that the entity should close its doors rather than comply. I hope that good people who disagree with an entity’s decision to remain open would direct their enmity where it belongs: not toward the entity and its decision makers, but rather toward a government and its leaders who would trample upon God-given and

⁴⁸ See *Catechism of the Catholic Church* ¶ 2284 (1994).

⁴⁹ *Id.* at ¶ 2285.

constitutionally protected rights to score political points, advance the culture of death, and sequester religious expression to houses of worship.

One last observation: if our experience thus far with Mandate has taught us nothing else, it has made it abundantly clear that we cannot take religious freedom for granted. Religion is threatened in contemporary America. Nothing is guaranteed, including our most basic and inalienable constitutional rights. I have no doubt that secularists will continue their efforts to confine religious expression to the inside of churches and, perhaps, even try to exercise some control over what happens within their sacred walls. This must be vigorously opposed, each time and always. The stakes could not be higher.

Let me end on a positive thought. Some may ponder these troubling times and despair. I choose instead to embrace the challenges presented to us all and seize the opportunity to stand up in support of my faith and in support of a faithful interpretation of the Constitution. I believe we live in a time when each of us, each in our own way, can make real difference about something that really matters. We should be grateful to God for this opportunity to stand up for Him and for our country. I have great respect for any faith-based entity that chooses to remain open and persevere as an agent for change, rather than to close down and become yet another casualty of our post-Christian, secular culture.

LIBERTAD RELIGIOSA: NUEVOS MaticES
EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA
Religious Liberty: new nuances in American jurisprudence

María Delfina Orpelli*

Recibido: 11 de diciembre de 2015.

Aprobado: 2 de marzo de 2016.

Resumen: El presente texto analiza las dos interpretaciones que la jurisprudencia y doctrina norteamericanas han realizado sobre la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense que consagró el denominado muro de separación entre Iglesia y Estado. Tales interpretaciones son, por un lado, la del *establishment clause*, y, por el otro, la de *free exercise*. Ambas han sido aplicadas por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos a la hora de resolver los conflictos suscitados en torno a la libertad religiosa. Luego el texto realiza, a partir de tales casos, una clasificación temática sobre la jurisprudencia norteamericana en la aplicación de la Primera Enmienda.

Palabras clave: Primera Enmienda – Libertad religiosa – Neutralidad confesional – Religión y espacios públicos.

Abstract: This paper analyzes the two interpretations American jurisprudence and doctrine have done on the First Amendment of the US Constitution which enshrined the so-called wall of separation between Church and State. Such interpretations are on the one hand, the establishment clause, and, on the other, that of free exercise. Both have been applied by the Supreme Court of the United States in resolving conflicts arising around Religious Liberty. Then the text makes, from such cases, a thematic classification on American jurisprudence in the application of the First Amendment.

* Abogada (UCA). El presente trabajo ha sido realizado en el marco de la Adscripción a la Investigación en la Facultad de Derecho UCA durante 2015. Correo electrónico: mdoorpelli@hotmail.com

Keywords: First Amendment – Religious Liberty – Confesional Neutrality – Religion and Public Spaces.

I) Introducción

Para explicar el fenómeno religioso en los Estados Unidos, la doctrina expresa que se lo puede asimilar al concepto de mercado¹. En este sentido, las distintas religiones son vistas como asociaciones voluntarias y privadas que compiten por obtener miembros que adhieran a ellas, para lo cual deberán procurar la satisfacción del cliente. Tal como en cualquier mercado, el Estado debe brindar un marco de actuación para el mismo, procurando la existencia de instituciones que permitan su desarrollo, pero desde ningún concepto puede promover o proteger alguna religión en particular.

En síntesis, este modelo permite que el Estado promueva la religiosidad en general como un bien público, pero no brindar apoyo a una creencia en concreto. Así las cosas, ese país se constituye como un Estado completamente laico (imponiéndose la neutralidad religiosa de parte del gobierno), pero no hostil hacia el fenómeno religioso².

Desde 1791 se ha mantenido intacto el texto de la Primera Enmienda de la Constitución Norteamericana, que consagra lo que se ha conocido como un muro de separación entre la Iglesia y el Estado. Ésta dispone: “El Congreso no debe hacer ninguna ley que establezca una religión o prohíba el ejercicio libre de la misma [...]”.

De este texto constitucional se han desprendido dos doctrinas: por un lado, la de la *establishment clause*, y, por el otro, la de *free exercise*, cuyos límites y alcances son discutidos hasta el día de la fecha tanto por la doctrina como por la jurisprudencia³. Éstas se constituyen como los dos grandes grupos en los cuales se pueden clasificar los casos que han arribado a la Suprema Corte de los Estados Unidos⁴ concernientes a libertad religiosa.

1 Movsesian, M. L. (2012). Crosses and culture: state-sponsored religious displays in the US and Europe. *Oxford Journal of Law and Religion*, Vol. 1, No. 2, 388-362.

2 Gelli, M. A. (2005). Espacio público y religión en la Constitución Nacional Argentina. Laicismo y laicidad en una sociedad plural. *La Ley*, F, 1397.

3 McCauliff, C. M. A. (2010). National Report: United States (I), en Religion and the Secular State: National Reports. En The International Center for Law and Religion Studies, *The XVIIIth International Congress of Comparative Law Le XVIII^e Congrès International de Droit Comparé*. Brigham Young University. Provo. Utah.

4 Se hace especial hincapié en que se analizarán resoluciones de la Suprema Corte, pues éstas son definitivas, irrecurribles por las partes involucradas, y en consecuencia sientan doctrina sobre los temas que allí se tratan. Son múltiples los casos que se han planteado sobre estos temas en instancias anteriores, como ser las Cortes de Distrito, pero más allá de los inte-

Puntualmente, la doctrina de la *establishment clause* prevé que el Estado no puede consagrar una religión oficial, ni tampoco mostrar adherencia y/o apoyo a una religión en particular⁵. La cuestión que se plantea a raíz de esta cláusula radica en determinar qué actos concretos implican el establecimiento de una religión o bien una interferencia con las creencias de las personas⁶.

Son múltiples los casos⁷ que ha tratado la Suprema Corte de los Estados Unidos a propósito de este tema. A modo de esquema, éstos se pueden clasificar en cinco grupos:

1. Exenciones de impuestos: aquí se ha debatido si el Estado, al conceder ciertas exenciones impositivas a algunas entidades o escuelas de índole religioso, está favoreciendo a determinadas religiones y, por ende, violando el precepto constitucional⁸.
2. Oraciones en eventos públicos: los casos que aquí se enmarcan tienden a determinar si las oraciones de apertura o cierre de actos en la esfera pública, donde se invoca la protección o bien se hace referencia a un ser superior, pueden interferir con las creencias de los ciudadanos y, por consiguiente, ir contra la laicidad del Estado⁹.
3. Símbolos religiosos en el espacio público: en el mismo sentido que el caso anterior, se cuestiona si la exhibición de símbolos religiosos pueden vulnerar las creencias de los ciudadanos y, en consecuencia, constituir el establecimiento de una religión oficial en el Estado¹⁰.
4. Educación pública: aquí han sido múltiples los temas debatidos. Entre ellos vale destacar que se ha planteado si ciertos temas en la currícula, como ser el creacionismo¹¹, que en general se encuentra

resantes argumentos que en ellos se pudieran tratar, no establecen criterios aplicables a nivel nacional en los Estados Unidos.

5 Legal Information Institute, University of Cornell. Establishment Clause. Recuperado de www.law.cornell.edu/wex/establishment_clause.

6 Ídem. Gelli, M. A. (2005). Ob. cit.

7 Ídem. McCauliff, C. M. A. (2010). Ob. cit.

8 Sobre el particular ver los siguientes fallos de la Suprema Corte de los Estados Unidos: “Everson” (1947), “Illinois ex rel MacCollum” (1948), “Mitchell v. Hellms” (2000), “Gonzales v. O centro Espirita Beneficente Unia Do Vegetal” (2006).

9 A mayor abundamiento ver el fallo “Town Of Greece v. New York” (2014).

10 Sobre este tema, a modo de ejemplo se pueden consultar estos fallos: “Van Orden v. Perry” (2005), “McCreary Co.” (2005), “Salazar v. Buono” (2010), “Court of Alleghery v. ACLU” (1989), “Capitol Square Rev. And Advisory Bd. V. Pinette” (1995), “Lynch v. Donneley” (1984), “Stone v. Graham” (1980).

11 Shreve, G. (2010). National Report: United States (I), en Religion and the Secular State: National Reports. En The International Center for Law and Religion Studies, *The XVIIIth International Congress of Comparative Law Le XVIIIe Congrès International de Droit Comparé*. Brigham Young University. Provo. Utah.

asociado a religiones monoteístas como la cristiana, constituían una violación a la Primera Enmienda. Asimismo, otros casos han discutido acerca de la constitucionalidad de que los alumnos de escuelas públicas puedan tener horarios destinados a participar de celebraciones religiosas, o bien días libres en atención a ellas¹².

5. Fondos públicos: esta área tiene por objeto determinar si el Estado puede destinar fondos públicos a la manutención de centros de culto, así como también si puede brindar apoyo económico a escuelas confesionales, sin consistir ello en una violación a la *establishment clause*¹³.

Por otro lado, la cláusula de *free exercise* tiene como objeto proteger la libertad de opinión en temas de religión, así como también de prácticas religiosas en el ámbito público¹⁴. En este sentido, la pregunta que se hace la Suprema Corte al evaluar los casos que a continuación se clasificarán es si el gobierno realizó conductas que no permitieron al ciudadano o grupo de ciudadanos expresar libremente su religión. Sobre el particular, se pueden distinguir dos grupos:

1. Relaciones personales y laborales: este apartado engloba casos en los que se han debatido diversos temas, desde la poligamia¹⁵ hasta la discriminación laboral basada en creencias religiosas, siendo el objeto puntualizar si es posible que, en aras de la libertad de ejercicio de la religión, los individuos se encuentren exceptuados de cumplir ciertos preceptos legales¹⁶.
2. Libertad de expresión: uno de los casos más emblemáticos de la jurisprudencia norteamericana en este aspecto desarrolla el tema de la posibilidad de que los privados de la libertad puedan expresar su religión dentro del complejo penitenciario. En síntesis, lo que se ha preguntado la Suprema Corte en todos estos casos es si se habían llevado adelante conductas tendientes a censurar o bien restringir el ejercicio de una religión¹⁷.

12 Casos paradigmáticos han sido: “Zorach v. Clauson” (1952), “Lemon v. Kurtzman” (1971), “Wisconsin v. Yoder” (1972), “Epperson v. Arkansas” (1968), “Edwards v. Aguillard” (1987).

13 Para más información, se pueden leer: “Agostini v. Felton” (1997), “Hein v. Freedom from Religion Foundation” (2007), “Flast v. Cohen” (1968), “Frothingham v. Mellon” (1923).

14 Ídem. Legal Information Institute, University of Cornell.

15 “Reynolds” (1878).

16 “Employment Div. Dep’t of Human Resources v. Smith” (1990), “Church of Lukumi v. City of Hialeah” (1993).

17 A modo de ejemplo se pueden citar: “Engle v. Vitale” (1962), “Sch. Dist. Of Abington Twp v. Schempp” (1963), “Cuttor v. Wilkinson” (2005).

El objeto de esta investigación será plasmar cuál ha sido la evolución jurisprudencial en cada uno de estos rubros, para lo cual se analizarán los casos mencionados y lo que la doctrina ha dicho respecto de los mismos, a fin de poner de manifiesto cuáles son los límites que la Suprema Corte de los Estados Unidos otorga tanto a la *establishment* como a la *free exercise clause* en la actualidad.

II) Establishment Clause

a) ¿Puede el Estado eximir del pago de impuestos a entidades confesionales?

El fallo “Walz v. Tax Commissioner of the City of New York”¹⁸ fue el primero en el que se puso en tela de juicio una práctica habitual en los Estados americanos, en virtud de la cual se eximía del pago de impuestos a los bienes inmuebles que se utilizaran con fines religiosos, como ser templos y lugares de culto.

El precedente analiza que el Estado, al imponer el pago de un impuesto y/o de eximirlo, se entromete de alguna manera en la vida de las personas. Es así que siendo éste el caso de un impuesto relacionado con entidades confesionales, se plantea si resulta constitucional esta intromisión del Estado, en razón de lo previsto en la Primera Enmienda.

Ahora bien, los miembros de la Corte en el voto de la mayoría son claros en afirmar que la separación total entre Iglesia y Estado resulta imposible, aseverando por primera vez que es posible y está permitida una suerte de “benevolencia” dentro la neutralidad estatal.

Por ende, el quid de la cuestión en el caso era determinar si el grado de intromisión del Estado era excesivo en este caso, para lo cual se debía evaluar si la exención impositiva requería un seguimiento oficial y permanente de la situación por parte del Estado, llevando ello a un grado de intromisión prohibido. A esto se llamó “the Waltz test of excessive involvement”¹⁹.

18 Howard, V. K. (1971). Constitutional Law: Tax Exemption and Religious Freedom. Recuperado de <http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2385&context=mulr>.

19 Al respecto, vale destacar que el sistema de *common law*, adoptado por la Suprema Corte de los Estados Unidos, tiene su base en el desarrollo de “tests” (pruebas), cuya aplicación mecánica a los hechos del caso debería llevar a adoptar decisiones judiciales justas y homogéneas en casos similares. Ahora bien, estudiosos en la materia sostienen que una aplicación estricta de estos principios podría llevar a que los jueces se alejen del sentido común, y puntualmente de la relación entre los hechos del caso y de la normativa vigente. Por eso, puntualizan que más allá de los beneficios de ese sistema de *common law*, éste ha llevado a un pobre desarrollo de los principios y teorías que deberían guiar la función judicial, resaltando

Al respecto, argumenta la mayoría que la exención impositiva colabora con la separación que la Iglesia y el Estado deben mantener, pues justamente restringe la relación fiscal entre ambas, complementando y reforzando la tan deseada neutralidad estatal.

En síntesis, podemos afirmar que resulta constitucional la exención de impuestos a entidades confesionales, siempre que éstas pasen por el “Waltz test”, que consiste en responder a la pregunta: esta exención ¿requiere un seguimiento oficial y permanente de la situación por parte del Estado?

b) ¿Pueden los actos públicos comenzar con una oración religiosa?

Un punto central en el debate norteamericano en torno a la libertad religiosa ha sido la *legislative prayer*, oración inicial con la que múltiples municipios abren sus sesiones legislativas. En atención a su carácter eminentemente político, por el ámbito en el cual se realiza, se ha puesto a consideración a lo largo del tiempo si la misma resulta contraria a la neutralidad del Estado, que se encontraría avalada por la Primera Enmienda.

La Corte toma como precedente el caso “Marsh”, en virtud del cual se sostuvo que la Legislatura de Nebraska no violaba de manera alguna la Primera Enmienda al abrir sus sesiones con una oración conducida por un predicador al que se pagaba con fondos estatales.

En esa sentencia, se estableció que en virtud de la historia americana, también plasmada en otros pronunciamientos judiciales anteriores, se entendió que la función de esa oración era brindar solemnidad a la sesión, recordar a los participantes que se deben dejar de lado las diferencias en búsqueda del bien común y de una sociedad pacífica, y por lo tanto resultaba, en sí misma, constitucional.

Sin perjuicio de ello, en este caso no se avanza sobre hasta qué punto el contenido de la oración puede tornar esa plegaria en inconstitucional, convirtiéndola en violatoria de la *establishment clause*.

Es así que en “Greece v. Galloway” se volvió a plantear esta cuestión, y sobre ese punto en concreto la Corte aclara que no avala la *legislative prayer* sólo por formar parte de la tradición norteamericana, sino que va más allá

que eso resulta de vital importancia para no perder de vista la justicia del caso concreto. Para mayor desarrollo respecto de este tema, se puede consultar: Grossi, S. (2015). The US Courts' modern common law approach to judicial decision making. Recuperado de: https://books.google.com.ar/books?id=zj3WBQAAQBAJ&pg=PA2&lpg=PA2&dq=tests+in+us+jurisprudence&source=bl&ots=hEtw_tVorM&sig=VMQIdNfOI6D6svZWEWrKMOj4fY&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwia_tGww47LahUDiJAKHfuxApkQ6AEINDAE#v=onepage&q=tests%20in%20us%20jurisprudence&f=false

y establece que no es necesario poner un límite concreto a la *establishment clause*, donde está claro que la historia muestra que una determinada práctica está permitida.

En este sentido, puntualiza que el Congreso, desde los primeros tiempos, contaba con un predicador, lo que demuestra que “consideró las oraciones de apertura de las sesiones legislativas como un buen reconocimiento del rol de la religión en nuestra sociedad”²⁰.

Así las cosas, la pregunta que se hace la Corte es si las oraciones llevadas a cabo en “Greece” resultan encuadrables dentro de lo que la tradición ha aprobado a lo largo de los años.

Los demandantes sostienen que ello no es así, porque en “Marsh” no se aprobaron oraciones que contenían lenguaje sectario o temas de clara connotación cristiana, así como también esgrimieron que ello ejercía presión sobre aquellos participantes que no adherían a esa religión de mantenerse en el salón para no ofender al predicador, y tener que escuchar discursos que pudieran ser totalmente contrarios a sus creencias. Por ello, esta parte insiste en que las oraciones deben ser ecuménicas e inclusivas, circunscribiéndose a referencias generales a Dios o bien a un creador, en aras de la libertad religiosa de los presentes.

Al primer argumento esgrimido por los demandantes, la Corte aclara que en “Marsh” no se encontró a las oraciones practicadas en Nebraska consistentes con la *establishment clause* por el hecho de referirse a un Dios genérico, sino porque la historia y tradición de este tipo de oraciones ha demostrado que éstas pueden coexistir, en ese contexto, con el principio de laicidad y de libertad religiosa²¹.

En este sentido, aclaró que el hecho de permitir que los predicadores se expresen libremente según el culto que practican “Reconoce la creciente diversidad [religiosa] sin prohibir el contenido sectario, sino recibiendo a ministros de diversos cultos”²².

Interpreta que en “Marsh” no se sostiene que la constitucionalidad de este tipo de oraciones implique la neutralidad de su contenido, y afirmó que no se incurre en violación alguna a la *establishment clause* cuando estas oraciones hacen referencia a un dios o religión en particular.

A mayor abundamiento, manifestó que el contenido de la oración en sí escapaba del análisis de los jueces, salvo que la misma estuviera siendo utilizada con fines proselitistas, lo que no se dio en este caso.

20 “Greece v. Galloway”.

21 Cfr. Christopher, C. L. (2011). Legislative Prayer and the Secret Costs of Religious Endorsements. Recuperado de http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2011/08/Lund_MLR1.pdf.

22 “Greece v. Galloway”.

Por otro lado, puso de manifiesto que el monitorear el contenido de toda invocación conllevaría en sí mismo una violación a la libertad de expresión de los expositores, porque implicaría editar o censurar determinados discursos. Lo mismo sucedería si se brindara a los predicadores lineamientos para que sus oraciones resultaran lo más ecuménicas y generales posibles.

Asimismo, puntualiza en la imposibilidad de definir por consenso popular qué términos resultan lo suficientemente generales como para calificar de no sectaria una determinada oración. Entiende que resulta difícil concebir una invocación que resulte totalmente inclusiva, motivo por el cual sostiene que “una vez que se invita a la oración en la esfera pública, el gobierno debe permitir a quien da la oración que exprese su Dios o dioses según lo indica su conciencia, sin importar lo que un administrador o juez considere sectario”²³.

La Corte entiende que “Greece” realizó esfuerzos razonables para invitar predicadores de convicciones religiosas distintas a la cristiana, y que el hecho de que en su mayoría las invocaciones tuvieran como trasfondo el cristianismo simplemente resultó el fiel reflejo de la idiosincrasia de los residentes de la Municipalidad. En este sentido, no se podía afirmar que hubiera existido discriminación alguna hacia expositores que tuvieran otras creencias.

También los jueces reflexionan que en el caso de “Greece” los asistentes en todo momento resultaron libres para retirarse del salón si entendían que alguna oración ofendía sus creencias, sin que esto fuera entendido como irrespetuoso por parte de los miembros de la Junta. Ni tampoco su permanencia en el salón podía ser entendida como adherencia al contenido del discurso que se estaba llevando a cabo.

Aclaró que por el momento en el que tenía lugar la oración, “Greece” “está reconociendo el lugar central que la religión y las instituciones religiosas tienen en la vida de aquellos presentes. Máxime cuando algunas congregaciones no son simples hogares espirituales para los residentes, sino también proveedores de servicios sociales a los ciudadanos sin importar sus creencias”²⁴.

En síntesis, sobre este tipo de prácticas, el argumento principal de la Corte es que la tradición del Congreso y de los distintos municipios se encuentra acorde a lo que los mismos constituyentes habrían aceptado al momento de redactar la Primera Enmienda²⁵, y que el sólo hecho de que se otorgue un lugar a la religión en el espacio público ni implica intromisión por parte del Estado en la libertad religiosa de los individuos, ni favorece a una religión en particular.

23 Ídem.

24 Ídem.

25 Howe, A. (2014) Tradition! Today’s legislative prayer decision in Plain English. Recuperado de <http://www.scotusblog.com/2014/05/tradition-todays-legislative-prayer-decision-in-plain-english>.

c) La exhibición de símbolos religiosos: ¿vulnera las creencias de los ciudadanos?

Este ha sido uno de los temas más debatidos en torno a la *establishment clause*, y de hecho se han desarrollado tres doctrinas que buscan definir la neutralidad estatal.

La primera de ellas consideró que el Estado no puede exhibir símbolos religiosos con fines proselitistas, es decir, de manera tal que presione a los ciudadanos a convertirse o a adherir a un culto en particular²⁶.

Ejemplo de ello es el voto mayoritario en el caso “Salazar v. Buono”, donde se discutía si la cruz que se encontraba colocada en territorio federal como memorial de los soldados caídos en la guerra violaba la *establishment clause*.

Fue así que si bien los jueces consideraron que la cruz era un símbolo netamente cristiano, el Estado, al colocarlo, no buscaba hacer proselitismo, ni tampoco en el contexto concreto de la exhibición indicaba que se estuviera favoreciendo o apoyando aquella religión. Aclararon que la cruz era un símbolo utilizado en reiteradas oportunidades para homenajear, y que en este caso no evocaba un sentimiento religioso sino que buscaba recordar a los soldados que dieron su vida por la patria²⁷.

En una segunda postura, se entiende por neutralidad que el Estado no favorezca a una religión en particular al exhibir un determinado símbolo, sin importar si la intención detrás de ello es el proselitismo o no.

Esta concepción otorga mucha importancia al contexto en el cual se exhibe un símbolo en concreto, puesto que aquél podía brindar a un símbolo que se asocia con una religión en particular, un sentido neutral y cultural.

No sólo en “Salazar” se puede ver esta postura, sino también en el caso “Lynch v. Donnelly”²⁸ la Corte declaró constitucional la exhibición de un pesebre como parte de las decoraciones navideñas en un municipio, pues entendió que si bien el nacimiento era un símbolo que evocaba la religión cristiana, también era parte de los símbolos típicos de la festividad que se conmemoraba, y de hecho había sido exhibido junto con otros íconos de esa celebración, como por ejemplo renos²⁹.

Sobre el particular, la Corte también se expidió en el caso “Ten Commandments”, donde explicó que para valorar si se había afectado la Primera Enmienda, se debía evaluar el contexto en el cual había sido exhibido el símbolo en cuestión, lo que implicaba sopesar el lugar donde se había expuesto, el idioma en el que había sido presentado y su historia.

26 Ídem. Movsesian, M. L. (2012). Ob. cit.

27 “Salazar v. Buono” (1820).

28 “Lynch v. Donnelly”.

29 Ídem. Movsesian, M. L. (2012). Ob. cit.

La tercera concepción no ha tenido desarrollo jurisprudencial, pues es de las más extremas. En efecto, postula que el Estado debe no sólo abstenerse de todo proselitismo, y procurar no avalar una religión en particular, sino también evitar promover la religión en términos generales³⁰.

En consecuencia, los jueces han intentado dar lugar a los símbolos religiosos en los espacios públicos, y a fin de evitar violaciones a la Primera Enmienda han desarrollado estas tres posturas que colocarían límites a la exhibición de los mismos.

A través de estos “test” (¿el Estado proselitiza a través de este símbolo?, ¿el contexto en que se colocó el símbolo implicó que el Estado avalara esa religión?, ¿el Estado permitió que se colocara un símbolo que promueve la religión en general?) es que los jueces pretenden balancear, en el caso concreto, por un lado, la neutralidad estatal, y por el otro, el reconocimiento de la religión como parte del desarrollo humano³¹.

d) ¿Es posible articular educación laica y religiosa?

La Corte ha sostenido, en materia de educación, que el Estado no puede permitir que en sus establecimientos públicos se lleven a cabo oraciones o bien se exhiban símbolos que pudieran asociarse con una religión concreta, ello en aras de que las escuelas públicas no muestren adhesión alguna en materia religiosa.

En efecto, en el desarrollo jurisprudencial³² se han considerado violatorias de la Primera Enmienda las oraciones al inicio de la jornada³³, lecturas de libros religiosos³⁴, e incluso que se permitiera a los alumnos salir de clase para obtener educación religiosa de manera voluntaria³⁵ y que se enseñara la teoría creacionista del origen del universo³⁶.

Estas tendencias se han visto claramente en casos como “Santa Fe Independent School District v. Doe”³⁷, donde se discutió si era válido que un

30 Ídem. Movsesian, M. L. (2012). Ob. cit.

31 Lupu, I. C.; Elwood, F.; Davis, E.; Masci, D.; Tuttle, R. W.; Kirschner Berz, R. (2007). Religious Displays And The Courts. Recuperado de <http://www.pewforum.org/files/2007/06/religious-displays.pdf>.

32 ACLU Legal Bulletin. The Establishment Clause And The Schools: A Legal Bulletin. Recuperado de <https://www.aclu.org/establishment-clause-and-schools-legal-bulletin>.

33 “School Dist. of Abington Township v. Schempp”, 374 U.S. 203 (1963).

34 “Engel v. Vitale”, 370 U.S. 421 (1962).

35 “Illinois ex rel. McCollum v. Board of Educ.”, 333 U.S. 203, 209-10 (1948).

36 “Edwards v. Aguillard”, 482 U.S. 578, 596-97 (1987).

37 “Santa Fe Independent School District v. Doe” (2000). Recuperado de <https://www.law.cornell.edu/supct/html/99-62.ZS.html>.

estudiante llevara a cabo una oración antes de los juegos de fútbol que se desarrollaban en ese establecimiento educativo.

La Corte consideró que esto sí resultaba contrario a la Primera Enmienda, pues se desarrollaba en propiedad del gobierno (la escuela), y eso implicaba que el gobierno autorizaba y avalaba la realización de oraciones confesionales en el ámbito público, siendo que sólo serían aceptables oraciones que hicieran referencias generales a un ser superior.

El caso “Mitchell v. Helms”³⁸ versó sobre la distribución de fondos para la adquisición de material educativo en escuelas tanto estatales como privadas, aunque esos bienes fueran utilizados con fines de educación religiosa.

Éste tuvo su origen en una norma en virtud de la cual se proveía ayuda financiera a estos establecimientos, resultando que la mayoría de los beneficiarios fueron escuelas parroquiales y/o establecimientos educativos adheridos a alguna religión. Esto despertó polémica respecto a los alcances de la Primera Enmienda, pues era claro para los demandantes que al proveer fondos para estas entidades se estaba avalando el desarrollo de determinadas religiones.

Sin embargo, la Corte consideró que tal argumento no resultaba viable porque todas las escuelas eran elegibles para recibir tal tipo de ayuda económica, aún aquéllas que no fueran confesionales.

Así también expresaron que lo que las escuelas luego realizan con los fondos no es controlado por el Estado, y que, por ende, si con ellos se promueve alguna religión en particular no es el violatorio de la Primera Enmienda, sino que queda dentro del ámbito de la libertad de enseñanza.

Sobre este punto es donde la Corte ha mantenido la doctrina más rígida, separando considerablemente ambas esferas.

e) ¿Puede el Estado destinar fondos públicos a entidades confesionales?

La Corte ha establecido que es constitucional para el Estado apoyar financieramente entidades religiosas con fondos públicos³⁹.

Sobre ello se destaca el caso “Hein v. Freedom From Religion Foundation”, que se suscitó a partir de que el Estado concedió fondos públicos

38 “Mitchell v. Helms” (2000). Recuperado de <https://www.oyez.org/cases/1999/98-1648>.

39 Merriam, J. (2008). In Brief: Hein v. Freedom From Religion Foundation. Recuperado de <http://www.pewforum.org/2008/06/12/in-brief-hein-v-freedom-from-religion-foundation>.

para fomentar organizaciones religiosas que brindaban servicios sociales, alegando que éstas eran muy efectivas y traían grandes beneficios a la comunidad.

La asociación planteó que los contribuyentes no tenían por qué soportar que con el pago de sus impuestos se financiaran organizaciones religiosas, y que esto les daba el derecho de demandar al Estado.

La Corte consideró que los contribuyentes no tenían derecho a demandar, pues el dinero que el Estado brindaba a las organizaciones se encontraba dentro de su esfera de gastos discrecionales, y que sólo se violaría la Primera Enmienda si a través de una ley federal se decidiera apoyar una organización religiosa.

Es así que la Corte avala una práctica que habitualmente era realizada por el Estado, con miras al bien común.

III) Free Exercise Clause

a) ¿Es posible exceptuar del cumplimiento de preceptos legales a las personas con fundamento en la libertad religiosa?

En este apartado no se puede dejar de mencionar el emblemático caso de una persona mormona polígama que planteó que para poder expresar libremente sus convicciones religiosas se le debía excusar del cumplimiento de una ley federal anti-poligamia⁴⁰.

La Corte consideró que no debía hacerse lugar el planteo, porque la *free exercise clause* protegía las creencias religiosas, y no así las acciones que se deriven de ellas, que en este caso eran contrarias a una ley federal. Puntualmente, establece: “[...] las leyes están hechas para gobernar las acciones, y por eso aunque no deben interferir con meras creencias u opiniones religiosas, sí pueden hacerlo con las prácticas”⁴¹.

Ahora bien, esta visión restrictiva de la cláusula en cuestión fue evolucionando y adquiriendo nuevos sentidos.

En efecto, cuando el gobierno se negó a brindar una pensión por desempleo a un adventista que no aceptó un trabajo que lo obligaba a trabajar los sábados (día de descanso sagrado para tal religión), la Corte consideró que el Estado, a fin de garantizar el libre ejercicio de la libertad religiosa, debía procurar acomodar las leyes en casos donde se pusiera en juego una

40 “Reynolds v. United States” (1879).

41 Lupu, I. C.; Elwood, F.; Davis, E.; Masci, D.; Tuttle, R. W.; Kirschner Berz, S. (2007). *A Delicate Balance: The Free Exercise Clause and the Supreme Court*. Recuperado de <http://www.pewforum.org/files/2007/10/free-exercise-1.pdf>.

conducta motivada por convicciones religiosas si no existía un “compelling interest”⁴² del Estado para forzar la aplicación de esa ley⁴³.

También, expresaron que el Estado, al aplicar una ley, debía optar por los medios que menos vulneraran las prácticas religiosas, y por ende declararon inconstitucional la denegatoria de la pensión⁴⁴.

Así pues, este fallo se aparta de la doctrina sentada anteriormente, y en síntesis postula que el Estado no puede interferir con la práctica religiosa de los ciudadanos si no existe una clara causal de interés público para obrar de tal manera⁴⁵.

Sin embargo, la jurisprudencia continuó evolucionando, llegando a sus manos el caso “Employment Division v. Smith” (1990). Allí se trató el despido por mala conducta de dos personas que coordinaban un grupo de rehabilitación a las drogas, porque habían consumido un alucinógeno prohibido por la legislación del Estado de Oregon (donde se llevó a cabo la práctica) como parte de un ritual de la “Native American Church”.

Los damnificados argumentaban que el consumo de droga que realizaron se encontraba amparado por la *free exercise clause*, y que por ende no debía ser catalogado como mala conducta, más allá de la prohibición legal. Ello llevaba a que ambos coordinadores fueran elegibles para un subsidio que otorga el gobierno por desempleo.

La Corte concluyó que si bien la *free exercise clause* protege las creencias religiosas, no puede avalar que las acciones motivadas por éstas sean apartadas de las leyes, salvo que se verifique que la ley en cuestión coloca a una determinada religión en una posición de trato desfavorable⁴⁶.

Ejemplo de ello fue el caso “Church of Lukumi Babalu Aye v. Hialeah” (1993), donde se pusieron en tela de juicio leyes que pretendían regular los sacrificios de animales que realizaba de manera clandestina un culto en particular.

En este precedente, la Corte entendió que tales normas resultaban violatorias de la libertad de ejercicio que garantizaba la Primera Enmienda, porque iban dirigidas a regular el sacrificio de animales por motivos religiosos, y no así respecto de sacrificios o caza de animales llevados a cabo por otras razones⁴⁷.

42 Podría traducirse como un interés irresistible. En este caso concreto, se referiría a un interés, por parte del Estado, que no le permitiría permanecer indiferente frente a la situación.

43 Ídem. Lupu, I. C.; Elwood, F.; Davis, E.; Masci, D.; Tuttle, R. W.; Kirschner Berz, S. (2007), cit.

44 “Sherbert v. Verner” (1963).

45 Ídem. Lupu, I. C.; Elwood, F.; Davis, E.; Masci, D.; Tuttle, R. W.; Kirschner Berz, S. (2007), cit.

46 Ídem. Lupu, I. C.; Elwood, F.; Davis, E.; Masci, D.; Tuttle, R. W.; Kirschner Berz, S. (2007), cit.

47 “Church of Lukumi Babalu Aye v. Hialeah” (1993).

Ahora bien, esta doctrina continúa flexibilizándose, pues recientemente la Corte ha resuelto que es constitucional que un programa de becas permita a los alumnos elegir cualquier programa de estudios, con excepción del de teología⁴⁸.

La mayoría consideró que realizando un juego entre las dos cláusulas previstas en la Primera Enmienda era razonable excluir teología, porque esa carrera denotaba no sólo un interés académico en la religión sino también una marcada vocación hacia lo religioso, y frecuentemente hacia el clero, poniéndose en tela de juicio la neutralidad del Estado⁴⁹.

Como conclusión se puede establecer que sobre este punto la Corte ha sido cautelosa en valorar, caso por caso, si se ha violado o no la libertad de ejercicio, máxime por tratarse de casos en los cuales colisionan varios derechos.

b) ¿Se han llevado a cabo conductas tendientes a censurar y/o restringir el ejercicio de una religión?

Casos paradigmáticos han sido aquellos que trataron la libertad de ejercicio de la religión por parte de personas privadas de la libertad dentro de los complejos penitenciarios.

En el caso “Cutter v. Wilkingson” (2005), varios internos de diversas minorías religiosas (satanistas, wiccan y otros) manifestaron que en la prisión no tenían acceso a literatura alguna sobre sus creencias, así como tampoco tenían la oportunidad de llevar adelante sus rituales de culto.

Por su parte, el Estado de Ohio planteó que brindar a los reclusos lo que solicitaban era violatorio de la Primera Enmienda, pues constituiría una adhesión por parte del Estado hacia estas minorías religiosas, favoreciéndolas.

Ahora bien, la Corte consideró que ese no era el caso, pues en las prisiones ya se encontraban representadas las religiones mayoritarias, como ser el cristianismo, y que por ende procurar que también se diera lugar a las minorías era extender a estas manifestaciones religiosas las mismas garantías que las otras poseían.

También agregaron que se debía valorar caso por caso que no hubiera excesos en esta protección, pero dejaron en claro que de seguirse la posición que esgrimía el Estado de Ohio, toda manifestación religiosa debería ser prohibida en prisión, no existiendo razón válida alguna para ello, y que de

48 “Locke v. Davey” (2004).

49 Ídem. Lupu, I. C.; Elwood, F.; Davis, E.; Masci, D.; Tuttle, R. W.; Kirschner Berz, S. (2007), cit.

hecho si así se hubiera permitido, ello abriría la puerta para trasladar esa prohibición a todos los ámbitos estatales, por ejemplo: escuelas, unidades militares, oficinas del gobierno y servicios sociales⁵⁰.

IV) Conclusiones

A modo de corolario se puede afirmar que la jurisprudencia norteamericana, con respecto a los alcances de la Primera Enmienda, ha mantenido a lo largo de su desarrollo una clara diferencia entre dos doctrinas: por un lado, la *establishment clause* y, por otro, la *free exercise clause*.

Con respecto a la primera, se destaca la gran cantidad de temas que se han planteado en torno a ella, a pesar de lo cual sale a la luz como denominador común en las resoluciones más modernas la importancia de la tradición cultural para determinar si ha habido violación a la Primera Enmienda.

En mi opinión, este es uno de los matices más importantes que he encontrado a lo largo del presente estudio, pues la doctrina estadounidense se ha apartado de la rigidez con la que taxativamente aplicaba categorías a partir de las cuales evaluaba si el Estado estaba favoreciendo a una religión concreta, y han comenzado a cobrar prevalencia las características del caso concreto.

Creo que esta nueva concepción abre la puerta a resoluciones más justas, en las cuales pueden armonizarse más adecuadamente la neutralidad del Estado y la dimensión religiosa de la persona humana.

De igual modo, en el caso de la *free exercise clause*, la Corte ha intentado armonizar los derechos en pugna, y en general ha optado por dar prevalencia a la dimensión religiosa de la persona humana.

⁵⁰ Johnson, M. A. (2005). Court upholds prisoners' religious rights. Recuperado de <http://www.nbcnews.com/id/8047388/#.VoH7NBHVSj8>.

**LA FILOSOFIA EMERGENTE DAL DIRITTO DI FAMIGLIA
NEL NUOVO CODICE CIVILE E COMMERCIALE ARGENTINO**
*The Emerging Philosophy of Family Law
in The New Argentine Civil and Commercial Code*

Gabriella Gambino*

Recibido: 1º de octubre de 2015.
Aprobado: 20 de noviembre de 2015.

Resumen: El presente texto se propone comprender los principios y el paradigma atropológico que subyacen en la regulación de las relaciones de familia en el libro II del nuevo Código Civil y Comercial argentino. Consiste en una aproximación filosófico jurídica al tema que indaga sobre los fundamentos de las instituciones jurídicas. Respecto al sistema del Código anterior, la reforma ha introducido algunos cambios sustanciales tales como la separación entre sexualidad-matrimonio y entre matrimonio-procreación; la desaparición de la dicotomía hombre-mujer como condición del ser humano y de su identidad; la instauración de una institución matrimonial reducida a una única dimensión contractual. Esta reforma parece que ha diseñado una realidad familiar frágil, donde el único interés se encuentra en el individuo y su autonomía.

Palabras clave: Código Civil – Derecho de Familia – Matrimonio – Filiación – Paradigma antropológico.

Abstract: This paper aims to understand the principles and the anthropological paradigm underlying the regulation of family relations in Book II of the new Argentine Civil and Commercial Code. It is a philosophical approach to the subject legal investigates the foundations of legal institutions. Regarding the above code system, the reform has made some substantive

* Investigadora en Filosofía del Derecho y en Historia y Teoría del Derecho, Universidad Tor Vergata de Roma. Correo electrónico: gbn.gg@tiscali.it.

changes such as the separation between sexuality and marriage, between marriage-procreation; the disappearance of the male-female dichotomy as a condition of the human being and identity; the establishment of a marriage institution contractual reduced to a single dimension. This reform seems to have designed a fragile family situation, where the only interest, housed in the individual and their autonomy.

Keywords: Civil Code – Family Law – Marriage – Filiation – Anthropological Paradigm.

1. Per una lettura gius-filosofica dei cambiamenti introdotti dal nuovo diritto di famiglia

La disciplina del nuovo diritto di famiglia contenuta nel codice civile argentino, che entrerà in vigore nel 2016, costituisce il risultato di un immenso sforzo giuridico dottrinale, se non altro perché anche ad una prima rapida lettura in esso si evidenziano concetti, principi e idee che tentano di coniugare le nuove istanze etico-giuridiche della società post-moderna in materia di famiglia con gli istituti giuridici più tradizionali. Nel codice si ritrova una normativa complessa, arricchita di possibilità inedite per comporre e scomporre convivenze e famiglie, che rendono particolarmente interessante - ma senz'alcun dubbio ardua - la comprensione dei principi e del paradigma antropologico che sottostanno alle nuove relazioni familiari. Per tale ragione, la prospettiva rispetto alla quale intendo proporre la presente riflessione non è meramente giuridica, ma filosofico-giuridica: vestirò i panni, cioè, di colui che vuole andare alla ricerca del *proprium* del diritto, ossia di quelle dimensioni di verità che rendono il diritto espressione dell'*uomo* nella sua totalità.

Mentre le scienze giuridiche, infatti, osservano e studiano il fenomeno giuridico nel suo manifestarsi come *fatto*, la filosofia va alla ricerca dei suoi fondamenti, del *sensu* a cui esso rinvia in relazione all'essere umano e alle sue dimensioni costitutive. Tra queste sono senz'altro annoverabili la sessualità, la generazione della vita e la famiglia. In tale prospettiva mi accingo, pertanto, a proporre alcune osservazioni emerse dalla lettura del Libro Segundo del nuovo codice civile e commerciale argentino dedicato alle "Relaciones de familia".

Va anzitutto detto che rispetto al precedente sistema codicistico, il Legislatore argentino ha introdotto alcuni cambiamenti sostanziali che, per la prima volta, vedono riunite tutte quelle espressioni della più recente evoluzione sociale e scientifica orientata a pensare in maniera radicalmente diversa rispetto al passato i concetti di matrimonio, di famiglia e di filiazione.

Agli occhi dello studioso europeo, gli effetti delle tre grandi rivoluzioni occidentali del XX secolo sembrano essersi concentrati nel nuovo ordinamento: la rivoluzione sessuale, che ha separato la sessualità dal matrimonio e il matrimonio dalla procreazione; la rivoluzione del *gender*, che ha cancellato la dicotomia uomo/donna dalle condizioni di pensabilità dell'essere umano e della sua identità; la "*no-fault divorce*" *revolution*, che ha ridotto ad una dimensione contrattuale l'istituto del matrimonio. Così, nel nuovo codice, matrimonio etero e omosessuale, patti di convivenza (*uniones convivenciales*), divorzio breve, adozione di minori da parte di soggetti conviventi e single, accesso integrale ad ogni tecnica di fecondazione artificiale con donazione di gameti ed embrioni, sembrano disegnare l'immagine di una realtà familiare articolata, ma fragile, dove l'unico filo rosso è rappresentato dall'individuo e dalla sua autonomia, libera di creare e sciogliere legami, libera di far valere quella *volontà procreativa* (ex art. 562 c.c.) che può legittimamente rivendicare il "diritto al figlio". Emerge cioè l'idea, già da anni presente nella giurisprudenza europea, secondo la quale il matrimonio, da un lato, e la famiglia dall'altro, siano pensabili nel quadro della soggettività e della privatezza individuale: ciascuno deve poter vedere nel matrimonio e/o nella famiglia ciò che lo appaga, e non necessariamente una struttura di relazioni unitaria, stabile ed indissolubile¹ nell'interesse dei figli.

Sulla scia del percorso seguito anche dall'Unione Europea, infatti, il pensiero giuridico sudamericano in diverse occasioni aveva già manifestato attenzione e sensibilità nei confronti di una lettura egualitarista dei diritti fondamentali della persona, nell'ambito della quale si iscrive la riforma. In Argentina, la Ley 26.618 sul Matrimonio Igualitario, fin dal 2010 ha introdotto la disciplina del matrimonio omosessuale²; così come la Ley 26.862 dal 2013 disciplina l'"Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida"³. Quanto alla giu-

1 D'Agostino, F. (a cura di) (1985). *Famiglia, diritto e diritto di famiglia. Studi raccolti*. Milano. Cf. anche Nicolussi, A. (2010). "La famiglia nel diritto tra antico e moderno". In D'Agostino, F. (a cura di), *Valori giuridici fondamentali*. Roma, 73-99. Sono queste, infatti, le indicazioni che da anni provengono dalle interpretazioni della giurisprudenza europea indirizzate a tutti i Paesi: il riferimento distinto contenuto nell'art. 9° della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea al "diritto di sposarsi", da un lato, e al "diritto di fondare una famiglia", dall'altro - secondo alcuni - sarebbe stato introdotto proprio per legittimare forme di unione legale diverse da quella matrimoniale eterosessuale.

2 *Ley de matrimonio Igualitario* n. 26.618, 2010 e Decreto 1.054/2010. Indubbiamente, il testo della legge si è in gran parte ispirato al vigente codice civile spagnolo, in particolare all'art. 44, par. 2 (novellato dalla l. 13/2005) e all'art. 42.

3 La legge stabilisce il libero accesso ad ogni procedura capace di attivare una gravidanza, incluse le tecniche di donazione dei gameti e di embrioni ed ogni tecnica che il progresso medico-scientifico riuscirà a sviluppare e che sia autorizzata dalle autorità competenti. La normativa, peraltro, non fa riferimento al concetto di filiazione e prevede che il consenso informa-

risprudenza latino-americana, alcune decisioni della Corte Interamericana de Derechos Humanos hanno segnato anch'esse di recente un orientamento "egualitarista" in materia di famiglia⁴: vanno ricordati al riguardo il caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* del 24 febbraio 2012, nel quale la Corte per la prima volta ha riconosciuto il diritto alla non discriminazione in funzione dell'orientamento sessuale in relazione al concetto di famiglia e all'affidamento dei figli; nonché il caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* del 28 novembre 2012, relativo al divieto di fecondazione artificiale in Costa Rica, considerato lesivo dei "diritti alla vita privata e familiare", all'integrità personale in relazione all'autodeterminazione individuale, alla salute sessuale e riproduttiva, al diritto di godere dei benefici del progresso scientifico-tecnologico e, ancora una volta, al principio di non discriminazione.

2. L'irrilevanza giuridica della differenza sessuale nella famiglia argentina: implicazioni sulla filiazione

In termini di principio, il codice argentino ha esteso il concetto di famiglia alle convivenze - che, tuttavia, di per sé possono non avere una progettualità familiare e limitarsi ad una volontaria coabitazione tra due soggetti adulti - e ha cancellato dalla secolare definizione di *mater-monium* il presupposto della differenza sessuale, capace di generare ruoli, identità familiari e status attraverso la *realtà* della carne, un tempo riconosciuta dal diritto come qualificante e necessaria per il realizzarsi di queste condizioni soggettive⁵. Di fatto, la novella rende socialmente irrilevante il matrimonio,

to dei committenti possa essere ritirato fino al momento precedente l'impianto dell'embrione nell'utero della donna, lasciando nell'ombra il destino degli embrioni prodotti e non impiantati e trascurando quei principi sui quali gli ordinamenti giuridici occidentali da decenni si vanno arrovellando in relazione alla fecondazione artificiale, perché considerati il fondamento della civiltà giuridica: la tutela della vita umana sin dalla fecondazione, l'interesse a nascere del concepito, il suo diritto alla famiglia e alla doppia figura genitoriale, il principio terapeutico e il principio di gradualità delle tecniche. Aspetti, questi ultimi, che non sono stati affrontati nemmeno nel nuovo codice, che si è limitato ad introdurre il principio della filiazione nei confronti dei bambini nati in seguito all'uso di tali metodiche.

4 La Corte è stata istituita nell'ambito della Convenzione Americana dei Diritti Umani (San José de Costa Rica, 1969).

5 Va anche segnalato che in Argentina dal 2012 esiste la *Ley n. 26.743 sul Derecho a la identidad de género de las personas*, la quale stabilisce che ogni soggetto maggiorenne può cambiare liberamente la propria identità anagrafica di genere, anche più di una volta nel corso della vita (purché vi sia un'autorizzazione giudiziaria *ex art. 8°*). Un aspetto importante, che non contribuisce a creare certezza nei ruoli familiari e tra le identità se posto in relazione al nuovo diritto di famiglia, anch'esso indifferente alla differenza sessuale tra i coniugi e i conviventi.

ponendo le condizioni per il realizzarsi in Argentina di quel fenomeno di “de-matrimonializzazione” della società, descritto in Europa fin dagli anni Novanta da Irène Théry⁶. Nel codice, infatti, al di là della denominazione, non si percepisce la differenza *sostanziale* tra il matrimonio - ridotto a contratto - e la convivenza, considerati come modalità alternative per accedere ad una vita di coppia sessualmente neutra e interessata solo a gestire le condizioni affettive e materiali della convivenza, senza che in quest’ultima sia ravvisabile alcun criterio oggettivo e fondativo della famiglia.

Eppure, nella sua essenza, il matrimonio non è l’istituto sociale della coppia, ma *l’istituzione naturale* che lega la differenza tra i sessi alla differenza tra le generazioni. D’altro canto è sempre stata questa la funzione sociale del matrimonio: garantire l’ordine della sessualità nell’ordine delle generazioni. Ed è quest’ordine il presupposto della pace sociale, della giustizia, ma soprattutto del bisogno umano più profondo: quello di sapere di chi siamo figli. E’ per questa ragione antropologica che ogni cambiamento nella *comprensione* sociale del matrimonio non può che tradursi in un cambiamento nella comprensione della realtà familiare e filiale.

E’ quanto avvenuto in Argentina: la modifica della normativa civilistica che disciplina i rapporti di coppia (con l’introduzione del matrimonio omosessuale e le convivenze) ha consentito al Legislatore di sostituire con estrema facilità, dal punto di vista formale, il paradigma *unico della procreazione come generazione biologica e carnale* con il triplice modello della procreazione *naturale, artificiale e adottiva* anche per single, coppie dello stesso sesso, persone divorziate o che abbiano cessato la convivenza⁷. In tal senso, non si può non rilevare l’influenza di quell’orientamento dottrinale che tende ad individualizzare il rapporto genitore-figlio, sradicandolo dal *principio familiare*.

Nel matrimonio come istituto, infatti, la filiazione è il rapporto triadico e reciproco - tra tutti e tre i soggetti - del figlio con *i* genitori, i quali *collaborano* nell’adempimento dei doveri e *insieme* decidono nell’interesse del figlio, avendo nell’unità familiare un obiettivo comune, che viene a fondarsi sull’obbligo di convivenza e di fedeltà dei coniugi, quale presupposto per costruire una vita di stabilità e certezze.

Nella prospettiva argentina, invece, la genitorialità rischia di perdere le condizioni del suo stesso esistere, ossia il radicamento nella relazione sessuata e generativa tra uomo e donna, cosicché la categoria di figlio viene ridotta a quella di *soggetto* di fronte all’ordinamento: rileva solo essere individui, indipendentemente dallo *status* familiare e dalla possibilità anche

6 Théry, I. (1993). *Le Démariage*. Paris.

7 Art. 604 del *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*, 2014 (in vigore dal 1 gennaio 2016).

solo simbolica di accedere alle proprie origini. La definizione del rapporto di filiazione come rapporto del figlio con *il* genitore, con il quale avrà una relazione autonoma e individuale, rischia così di privare il figlio di quel contesto di relazioni primarie e originarie che da sempre strutturano le possibilità della sua identità. La relazione di un figlio con i propri genitori, infatti, è antropologicamente ancorata alla presenza carnale di corpi sessuati che, proprio in virtù di questa presenza e di questa differenza, hanno potuto generare. La genitorialità, in altre parole, è l'ambito umano nel quale la differenza iscritta nelle presenze incarnate è la *più irriducibile*. Essa non consiste solo nel gestire affetti, problemi educativi e valori morali, ma nell'istituire le strutture portanti dell'identità umana. *Il problema, insomma, è antropologico*. E ciò vale non solo nei confronti della genitorialità biologica, ma anche della genitorialità sociale. Nel caso dell'omogenitorialità, ad esempio, il problema giuridico non è costituito dall'orientamento sessuale di un individuo, ma dal fatto che nella vita di un bambino non ci siano un uomo e una donna come genitori, bensì due soggetti uguali, che agli occhi del bambino sono desessualizzati e disincarnati rispetto al loro essere madri e padri. E' la possibilità della differenza che rende possibile l'identità: essa è ciò che si ottiene perché non si confonde con altro. Nella realtà familiare, infatti, le identità soggettive prendono forma nella relazione a partire dalla realtà della carne, nella quale le differenze - prive di doppie presenze - permettono di sciogliere i dubbi⁸. Un aspetto non indifferente per garantire, attraverso il diritto, che la famiglia resti un contesto generativo di identità certe.

L'importanza del carnale - per i figli - si intuisce meglio se si comprende che la genitorialità non assolve solo ad una funzione solidaristica, affettiva o educativa, ma generativa, e, in quanto tale, genealogica: serve ad inserire il bambino in una catena di relazioni - la catena generazionale - costituita principalmente dalla parentela. Diventare genitori non comporta solo assumere un ruolo, ma acquisire una relazione simbolica. Perciò, filiazione non significa solo indicare qualcuno che allevierà il bambino, un adulto referente con cui avrà relazioni affettive, ma significa permettergli di collocarsi nella catena generazionale. La logica delle dissociazioni che, invece, presiede inevitabilmente la genitorialità omoparentale e quella artificiale - e che impedisce di avvicinare tra loro i termini madre e donna, padre e uomo, parentalità e parentela, sessualità e filiazione, procreazione e filiazione - corrisponde ad una discontinuità nella storia del bambino, ad una frammentazione reale e simbolica che può ripercuotersi sulle reali possibilità di comprensione della sua identità familiare.

8 Non a caso, per esempio nella lingua tedesca, doppio e dubbio hanno la stessa radice etimologica (*Zweifel* e *zwei*).

La *relazionalità* che si esprime nei legami tra le generazioni e nella stabilità delle unioni - che nel codice civile argentino appaiono così fragili - ha in sé una peculiare matrice simbolica. I legami familiari, strutturati nella carne, infatti, sono *sym-bolon* (dal verbo *syn-ballo*, combaciare, incontrare), parte di una totalità desiderata e cercata, che è ontologica, propria dell'identità umana: l'uomo ha bisogno della donna, la paternità ha bisogno della maternità, il figlio del padre e della madre. L'appartenenza di un individuo ad una particolare vicenda familiare si articola in un'ulteriore vicenda simbolica costituita dalle relazioni, che i legami istituiscono e che sono portatrici di significati che vincolano l'individuo: quello del *matris-munus* e del *patris-munus*. Il primo attiene al dono/compito materno del dare e garantire la vita, dell'offrire contenimento e contrastare la morte, istituire legami e memoria. Il secondo si riferisce alla trasmissione di beni (materiali e morali), al riconoscimento, alle idee di legge, ordine, giustizia. Potersi percepire nell'ambito di queste dinamiche simboliche è essenziale perché l'individuo acquisisca consapevolezza piena della propria identità⁹.

Nella recente prospettiva ordinamentale argentina, la *desessualizzazione* della coppia comporta inevitabilmente la *desessualizzazione* della maternità e della paternità, che smarriscono il loro carattere simbolico, biologico, relazionale. Genitori non sono più coloro che *generano* insieme in un contesto di donazione reciproca e di relazione, ma è genitore colui che - anche da solo - sceglie di "ottenere" un soggetto - con una delle pratiche sociali previste dal diritto - del quale prendersi cura, in funzione di un criterio volontaristico. Il principio della "volontà procreativa" sancito dal nuovo codice non può che sollevare alcuni interrogativi in relazione al principio antropologico procreativo. Se non altro perché, abbandonando la logica del dono della vita nel rapporto genitori-figli, esso pone una *domanda di senso* al diritto, laddove afferma l'idea che i figli non solo possano, ma debbano essere il frutto della decisione di un adulto, nell'ambito di una concezione volontaristica della relazione genitoriale - per la quale solo "se voglio, esisti" - capace di mettere in pericolo la percezione della gratuità dell'esistenza e ogni possibilità di generare in maniera piena ed autentica l'esperienza filiale. Nel discorso sociale si sta, infatti, imponendo l'idea per cui la genitorialità sia in ultima istanza il risultato di una *decisione parentale*, sia nei confronti del proprio figlio biologico, sia verso qualsiasi bambino nei cui confronti i genitori biologici non avanzino alcuna pretesa e che in alcun modo vorrebbero aver procreato insieme (vuoi perché ormai separati, vuoi perché

9 Scabini, E. (1995). *Psicologia sociale della famiglia. Sviluppo dei legami e trasformazioni sociali*. Torino, 86, sigs.

donatori anonimi e ignari di quei due gameti che casualmente sono stati uniti in vitro in un laboratorio).

Sul piano antropologico, i problemi alla base della teoria liberalista della famiglia, infatti, hanno in parte a che fare con la sostituzione *istituzionalizzata* del sesso con la tecnica. In particolare, la generazione eterologa ha imposto al diritto di sancire nuove *fictio iuris* destinate a fondare la filiazione non più sul principio di verità - ossia sulla conoscenza dei veri genitori biologici - ma sul principio di autodeterminazione dell'adulto. Come ha osservato autorevole dottrina, si sta realizzando negli ordinamenti di molti Paesi un singolare parallelismo tra la "concezione scienziata che tende ad annullare i *limiti oggettivi* all'agire umano e la nuova concezione di libertà, concepita come abolizione del *limite normativo*"¹⁰, con evidenti ripercussioni sul piano sociale ed esistenziale. Il progresso scientifico consente, infatti, da una parte, di esercitare con sempre maggiore estensione la propria libertà di scelta in ordine alla vita e, dall'altro, cerca sostegno in quel principio/diritto di autodeterminazione, al quale ormai viene sempre più facilmente ridotta la dimensione essenziale e *costitutiva* dell'essere umano¹¹, mera espressione della sua *voluntas*, senza che nelle sedi istituzionali e giurisdizionali nessuno riesca più a metterne in discussione né la logica, né quella *dimensione fondante che esso pare conferire perfino alla dignità umana*¹², sebbene di esso non si trovi alcuna *esplicita* menzione in alcun testo normativo di matrice costituzionale. Il principio di autodeterminazione, pensato come espressione somma del soggetto del diritto e della sua libertà giuridica, è da molti ormai considerato il fondamento di *nuovi diritti*¹³ in ordine alla procreazione e si muove in maniera intimamente connessa a quel concetto di *privacy*, che proviene dal sistema giuridico nordamericano, dove è legato al concetto di *personal liberty*. Il diritto alla *privacy* - osserva Mary Ann Glendon - è la "quintessenza del diritto all'autonomia individuale, un diritto all'autodeterminazione in tutte le questioni relative alle relazioni

10 Violini, L. (2012). "I diritti fondamentali e il loro futuro: il banco di prova del biodiritto". In Pin, A. (a cura di). *I nuovi diritti dell'uomo. Le sfide della società plurale*. Venezia, 121-142.

11 Così Rodotà, S. (2012). *Il diritto di avere diritti*. Roma, 260.

12 Lo stesso principio *pro-hominae* o *pro-personae* sviluppatosi anche nell'ambito della dottrina e della giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti dell'uomo non sembra essere sempre in grado di tutelare la dignità umana, quando viene fondato su un concetto di persona la cui dimensione costitutiva essenziale è rappresentata dall'autodeterminazione. In questi casi, infatti, il valore della persona viene a dipendere non dalla sua dignità ontologica intrinseca, considerata pur sempre come bene in sé, ma dalla sua capacità volitiva.

13 Violini, L. (2013). "Valori giuridici non negoziabili del diritto pubblico". In *Iustitia*, 7-22.; Id. (2007). "Note su matrimonio e famiglia nella costituzione italiana: garanzia istituzionale o libertà individuale?". In Pin, A. (a cura di). *Il traffico dei diritti insaziabili*. Soveria Mannelli, 149-166.

personali, sessuali, affettive”¹⁴. Costantemente richiamato dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e dalla Corte Interamericana dei Diritti Umani, sta modificando sia la concezione della persona come soggetto-in-relazione, sia della famiglia come luogo primario di identità e di presenze incarnate. Si pensi a come il riferimento alla “privatezza delle decisioni familiari” sia stato di recente utilizzato ovunque per abbattere i divieti ancora presenti nelle legislazioni nazionali nei confronti della fecondazione eterologa e della maternità surrogata, legittimando un modello familiare dove la figura genitoriale biologica è strutturalmente assente e il minore può essere “programmato” senza poter conoscere le proprie origini¹⁵. Ridurre l’autonomia decisionale a fondamento e misura di tutte le cose rende necessariamente *oggetto* tutto ciò che sottostà al suo potere.

In tal senso, l’istituzionalizzazione della fecondazione eterologa lascia anche emergere una particolare considerazione del tipo di famiglia a cui il Legislatore ha dato forma. Le riforme più recenti del diritto di famiglia negli ordinamenti occidentali mostravano da tempo un chiaro segno di emancipazione dall’idea organicistica e autoritaria della famiglia conformando i doveri dei genitori al rispetto della persona del figlio nella sua unicità e irripetibilità. In altre parole, il criterio del *best interest* del minore non consentiva più la rimessione di esso alla autorità incondizionata dei genitori, vincolando quest’ultima al rispetto della persona del figlio e della sua identità. Le recenti spinte individualistiche, che esaltano l’autodeterminazione rispetto al modo di mettere al mondo i propri figli e al prosieguo della famiglia, sembrano invece far riemergere sullo sfondo una concezione autoritaria di essa che, come in passato sacrificava il bene della persona *all’idolatria della famiglia*, anche oggi appare fondata sul diritto dei *patres*, decisi a vedere soddisfatto il proprio “desiderio di genitorialità”, subordinando - nella scala gerarchica dei valori ordinamentali - il minore ai propri genitori¹⁶. D’altra parte, lo stesso fenomeno di contrattualizzazione del matrimonio, che sgancia la volontà dei coniugi da un modello di convivenza capace di valorizzare i doveri di cura della prole nel tempo - i coniugi, infatti, devono “potersi rifare” una vita anche a scapito di quella dei minori, il cui consenso

14 Glendon, M. A. (2007). “La visione dignitaria dei diritti sotto assalto”. In Antonini, L. (a cura di). *Il traffico dei diritti insaziabili*. Soveria Mannelli, 59-94.

15 Se non nei rari casi in cui la conoscenza dell’identità del donatore sia ammessa dall’autorità giudiziaria. Peraltro, in Argentina la Ley 26.061 del 2005 prescrive che: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia [...]” (art. 11).

16 Si pensi anche alle derive eugenetiche che potranno vincolare le caratteristiche del figlio alla scelta delle qualità dei donatori dei gameti.

non è alla base della convivenza - sembra riproporre in chiave moderna un'antica tendenza del diritto romano, per cui chi non è *sui iuris* (come il bambino nato da eterologa) riceve una tutela non alla stregua di un diritto, ma di un *favore*¹⁷.

3. La desessualizzazione del diritto conduce alla rinuncia del suo carattere fondativo

Insomma, il nuovo diritto di famiglia - così desessualizzato, sia in relazione al rapporto di coppia, sia in relazione alla procreazione - sembra aver dato forma a quello che la dottrina europea più recente ha definito un “diritto libero”, ossia quel pensiero, oggi ampiamente diffuso, che pare avere definitivamente abbandonato l'idea di un ordine, di matrice giusnaturalistica, pre-esistente al diritto positivo. In tal senso, esso si pone sulla scia della modernità laddove si contraddistingue per il suo *carattere antiggiuridico*, non perché sia insofferente ad ogni sistema regolativo, ma perché sta riducendo il diritto a dimensione *eteronoma* della coesistenza e sta rinunciando al suo carattere *fondativo*.

L'idea di fondo è che il diritto, pur stabilendo un ordine, non è interessato a tenere conto della sostanza della realtà, ma solo delle sue forme esteriori, funzionali, dunque, non a ciò che il soggetto è, ma a ciò che il soggetto ha o vuole ottenere: ciò che gli spetta rappresenta il *suo* diritto (di fare, di ottenere), considerato come quanto di più connaturato vi sia al soggetto, perché di sua spontanea e immediata percezione¹⁸. Tale approccio può essere ricondotto a quella moderna comprensione del fenomeno giuridico che è stata paragonata ad un nuovo “stato di natura” centrato sulla *libertà* delle pulsioni e dei desideri, una condizione nella quale ogni individuo è in grado di autorealizzarsi secondo la propria volontà desiderante¹⁹. Sergio Cotta l'ha definita la “metafisica della soggettività” nella sua versione individualistica, costruita sulla convinzione che il soggetto sia *estraneo* al diritto, ossia non ne rechi in sé né l'esigenza né il principio²⁰.

In tal modo al diritto non si riconosce più quel carattere che struttura le dinamiche fondamentali della coesistenza a partire dall'ordine della re-

17 Nicolussi, A. (2010). “Diritto di famiglia e nuove letture della costituzione”. In D'Agostino, F. (a cura di). *Valori costituzionali. Per i sessanta anni della Costituzione italiana* (Atti del Convegno nazionale dell'UGCI Roma, 5-7 dicembre 2008). Quaderni di Iustitia. Torino, 165-199.

18 Cotta, S. (1991). *Il diritto nell'esistenza, Linee di ontofenomenologia giuridica*. Milano, 41, sigs.

19 Romano, B. (1984). *Il riconoscimento come relazione giuridica fondamentale*. Roma.

20 Cotta, S. *Il diritto nell'esistenza*, cit., 47.

altà e di ciò che l'uomo è - secondo il principio di latina memoria *hominum causa omne ius constitutum est* (Digesto)²¹ - ma un carattere eteronomo, funzionale alle esigenze e ai bisogni soggettivi che man mano si presentano nella società, secondo un principio di contingenza delle norme e dei valori.

Eppure, se la regola serve ad oggettivare il diritto soggettivo, essa non può che prendere in considerazione dinamiche oggettivabili della coesistenza. La regola, infatti, serve a far emergere quel dover-essere della coesistenza a partire dall'essere inteso come essenza della soggettività.

In relazione al matrimonio e alla famiglia, il diritto non è mai stato solo funzionale alla gestione di dinamiche estrinseche ai soggetti, ma sostanziale espressione di una modalità di essere e di manifestarsi dell'*humanum* nella bipolarità sessuale. Per questo - agli occhi del filosofo - appare strano che esso possa farsi carico della sola dimensione affettiva tra due soggetti, come oggi si pretende che faccia, poiché essa non è fondativa. Al contrario essa è instabile, è sfuggente, non oggettivabile e come tale non può essere costretta da una volontà normativa. Il diritto, infatti, non trova le proprie radici nelle volontà mutevoli, ma nella verità delle cose.

Come spiegava Giuseppe Capograssi, "la legge è il primo punto fermo, la prima certezza alla quale la volontà [dell'uomo] con aspro sacrificio si affida, [...] per essere volontà obiettiva, per sottrarre se stessa alla volubilità dei suoi fini soggettivi e particolari ed affermarsi come volontà seria, cioè adeguata alla obiettività, alle esigenze e alle conseguenze dell'azione. [...] Si tratta per la volontà di spogliarsi della sua soggettività volubile e cangiante, di cogliere quelli che sono i suoi fini profondi al di sotto di quelli particolari"²². Solo in tal senso il diritto può essere autentica regola dell'agire.

Nel matrimonio, in particolare, la regola da sempre serve ad oggettivare delle dinamiche relazionali strutturali, che dal diritto - come affermava Hegel - vengono sottratte alla dimensione capricciosa ed egoista della coesistenza. Dinamiche che inevitabilmente prendono le mosse da quella dialettica tra i sessi con cui si esprime l'essere umano, e che non sono riconducibili alla sola dimensione affettiva²³.

In conclusione, il nuovo codice civile argentino pone senza alcun dubbio ai giuristi una sfida di rilevante entità. Nella tradizione giuridica occidentale, l'idea originaria dell'istituto familiare ha sempre inteso riconoscere alla famiglia la sua autonomia, non la sua sovranità; la sua pre-esistenza natu-

21 Cotta, S. (1992). "I principi generali del diritto. Considerazioni filosofiche". In *Atti del Convegno sui principi generali del diritto* (Roma, 27-29 maggio 1991). Roma. Accademia Nazionale Lincei, 38, sigs.

22 Capograssi, G. (1959). "Scritti postumi ed inediti". In *Opere*, III. Milano, 396-398.

23 Cf. D'Agostino, F. (1982). *Diritto e secolarizzazione. Pagine di filosofia giuridica e politica*. Milano, 133-142.

rale rispetto allo Stato, non la sua artificialità. Sotto questi aspetti, i nuovi principi della famiglia argentina appaiono sfuggenti. Ridotta quest'ultima ad un diritto in balia delle volontà²⁴, spetterà ora ai singoli lo sforzo immenso di mantenere viva la consapevolezza che nella coesistenza non tutto ciò che mi appare come *un bene per me è un bene in sé*; che anche se la legge "scritta" mi permette di scegliere in maniera radicalmente autonoma, c'è pur sempre una legge aurea "non scritta" che sommestamente mi ricorda di "non fare agli altri quello che non vorresti fosse fatto a te". In fondo, è forse questo il richiamo più intenso alla giustizia che emerge dal nuovo diritto di famiglia argentino.

24 Il rischio, infatti, è che "la concezione puramente legalistica dei diritti, attribuendoli in forma astratta e in misura esclusiva all'individuo, [...] ne favorisce il delirio di onnipotenza, quella *hybris* che lo può condurre erroneamente a ritenere che tutto gli sia lecito e nessun limite sia posto alla sua libertà". Benedetto XVI (2008). *Discorso ai membri dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite*. New York.

**CRISIS FINANCIERAS Y USURA EN EL SIGLO XVI
Y EN EL PRESENTE**

Financial Crises and Usury in the Sixteenth Century and in The Present

Pablo E. Czornenki*

Recibido: 2 de abril de 2016.
Aprobado: 20 de abril de 2016.

Resumen: El texto realiza un análisis de las causas que en forma cíclica han generado las sucesivas crisis económico-financieras mundiales, haciendo hincapié en el aspecto moral. El concepto de usura estudiado desde una perspectiva histórica nos permite ver la posición asumida por los maestros Tomás de Mercado y Francisco de Vitoria frente a las prácticas de la época en el comercio español. Desde allí se realiza una comparación con la actualidad en la misma problemática.

Palabras clave: Usura – Crisis económicas – Moral – Tomás de Mercado.

Abstract: The text makes an analysis of the causes that have generated cyclically successive global economic and financial crisis, emphasizing the moral aspect. The concept of usury studied from a historical perspective allows us to see the position taken by Tomas de Mercado and Francisco de Vitoria against the practices of the time teachers in the Spanish trade position. From there a comparison with the same problem today is done.

Keywords: Usury – Economic Crisis – Moral – Thomas de Mercado

* Abogado (UCA). Doctorando del Doctorado en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesor adjunto (UCA). Correo electrónico: czornenki@hotmail.com.

Introducción

El mundo padece en la actualidad la mayor crisis económica y financiera de los últimos ochenta años. Pocos discuten en la actualidad que son precisamente las prácticas usurarias y la codicia sin límite de algunos las causas principales de la actual crisis. En efecto, para que la denominada “industria de valores” colapsara de una forma tan espectacular fueron necesarios varios ingredientes, todos asociados a prácticas usurarias. Los bancos hipotecarios concedieron préstamos a personas que no podían pagarlos. Los bancos de inversión diseñaron paquetes con estas hipotecas y los convirtieron en complejos instrumentos. Las calificadoras de riesgo dieron su bendición, los inversionistas compraban porque los valores subían y realizaban ganancias fabulosas. Finalmente, las autoridades no advirtieron (porque no supieron, porque no pudieron o porque no quisieron) de la situación.

Ahora bien, si analizamos la evolución de la economía mundial de los últimos años, verificamos una notable prosperidad de la mayor parte del mundo basada en el concepto de crecimiento económico. En este sentido, podemos trazar un paralelo con el crecimiento del comercio que se experimentara en España a partir del siglo XVI con motivo del comercio con las Indias occidentales. Las prácticas de los comerciantes y banqueros de entonces no diferían mucho de las de nuestros contemporáneos, y resulta particularmente ilustrativo lo escrito por algunos maestros de entonces. Su lucha se centró en combatir ciertas prácticas que se consideraban aberrantes, en especial la usura.

Procederemos entonces a realizar una breve reflexión en punto a las causas que en forma cíclica generan las sucesivas crisis económico-financieras mundiales, haciendo hincapié en el aspecto moral. Analizando el concepto de usura desde una perspectiva histórica veremos la posición asumida por los maestros Tomás de Mercado y Francisco de Vitoria frente a las prácticas de la época en el comercio español. Finalmente, invitaremos a reflexionar sobre la interacción entre la moral y la economía.

Pasado y presente

En las últimas décadas ha habido un crecimiento fenomenal del volumen de bienes y servicios junto con una permanente búsqueda de mayores beneficios. La humanidad se encuentra inmersa en una vertiginosa carrera de la mano del fenómeno de la globalización.

El problema no es la falta de riqueza en el mundo. El nivel de riqueza mundial, constituido por el valor total de todos los activos financieros y no financieros menos la deuda total, también ha registrado un fuerte crecimen-

to, y prácticamente se ha duplicado en los últimos quince años, pasando de 160 billones de dólares en el año 2000 a 267 billones de dólares en 2015¹. La cuestión es que más de la mitad de la riqueza mundial estará en manos de sólo el 1 % de la población el próximo año, cuando se espera que aumente con fuerza la desigualdad global. Los 80 individuos más ricos del mundo han tenido la misma riqueza que el 50 % más pobre de la población total, es decir, 3500 millones de personas, en tanto que 1000 millones de personas tienen que sobrevivir con menos de 1,25 dólares al día. Sencillamente, no es razonable ni desde el punto de vista económico, ni, desde luego, el ético, que haya tanto en manos de tan pocos². Principalmente porque en muchos casos la forma en que se multiplican las ganancias corresponde a prácticas indebidas relacionadas con la especulación y no con la genuina producción.

En la actualidad los negocios se han multiplicado y han adquirido una mayor complejidad. Esta complejidad a veces se encuentra justificada, pero tampoco es una novedad el diseño de figuras contractuales poco claras con el propósito de engañar solapadamente. Ya lo advertía el maestro Mercado, economista de la escuela de Salamanca y teólogo dominico: “[...] en cualquiera de estos tratos no puede dejar de haber, supuesta la malicia y avaricia humana, algunos engaños y mil ardidés tan ingeniosos y, a las veces, tan encubiertos, que es menester particular ingenio para entenderlos”³.

El comercio del siglo XVI se encontraba muy regulado y las políticas eran de neto corte proteccionista: “Así está proveído en lo que toca a Indias por ley del reino, con estas palabras: Mandamos que ningún extranjero pueda tratar en Indias, ni ningún extranjero ni morisco ni arriero pueda mercar oro ni plata en barra ni en pasta, so pena de perderlo y destierro perpetuo. Porque mercadeando los de fuera ni hay riqueza durable en el reino, ni buenas costumbres antiguas, de los cuales daños y males son testigos de vista España, Sevilla y las Indias”⁴. El Estado participaba con un marcado intervencionismo: “[...] en ninguna manera conviene dejarlo todo en confuso, a la voluntad y arbitrio de los merchantes, como en algunas o en todas las partes de Indias hacen los mercaderes que llaman de Castilla, alegando para ello privilegios y exenciones que los reyes les han concedido, que, si es verdad, no deja de ser en gran daño de la comunidad. No en balde las leyes ponen tanto rigor en que el gobernador, y no el mercader, ponga los precios, porque cada

1 Informe del Credit Suisse sobre Riqueza Global Año 2015.

2 Informe publicado por Oxfam GB para Oxfam Internacional, con ISBN 978-1-78077-997-3, en enero de 2016. Oxfam GB, Oxfam House, John Smith Drive, Cowley, Oxford, OX4 2JY, Reino Unido.

3 De Mercado, T. (1977). *Suma de Tratos y Contratos*, Libro II, Cap. II. Edición de Nicolás Sánchez Albornoz, Miguel de Cervantes, 43.

4 *Ibidem*, Libro II, Cap. IV, 60.

uno es amigo de su interés, en especial que el fin y deseo de estos señores es enriquecer y su codicia grande, y subirán por estas razones muy contra razón el precio, si en su mano se deja”⁵.

Hoy los Estados que representan las principales economías del mundo buscan avanzar hacia una mayor regulación del sistema financiero. Simultáneamente, las naciones adoptan medidas proteccionistas de sus industrias nacionales a fin de evitar una mayor caída del empleo.

En la antigüedad, el mayor exponente de los abusos en el comercio se lo definía a través de la usura. Usura era sinónimo de interés. El término proviene del latín “usus”. Este concepto comienza a variar a partir del siglo XIII con el llamado capitalismo temprano, para terminar significando hoy día el cobro de un interés exorbitante o abusivo. Ahora bien, puede suceder que lo que se preste no sea precisamente dinero, ya que puede negociarse con alimentos, “comodities” o bienes de uso. Y también puede suceder que se verifique la usura en ciertos contratos que no implican estrictamente la entrega de dinero por parte del prestamista al prestatario, como por ejemplo la autorización para girar al descubierto en el contrato de cuenta corriente bancaria o el crédito que se otorga al usuario de una tarjeta de crédito. En consecuencia, el alcance que le daremos al término es el de “abuso que se manifiesta en el cobro de una retribución excesiva o desproporcionada, usualmente bajo la forma de interés, con motivo del otorgamiento de un crédito o préstamo de cosas fungibles, en general dinero”.

En la Europa feudal la economía era de estabilidad y no de crecimiento. No existía el concepto de “crecimiento económico” calculado sobre la base del crecimiento porcentual del producto bruto interno de una economía en un período determinado. Es decir, existía un cierto cúmulo de riquezas que no variaba sustancialmente, y el enriquecimiento de una persona, implicaba necesariamente el empobrecimiento de otra. En el siglo XVI Francisco de Vitoria y Tomás de Mercado se destacan por su lucha contra las prácticas usurarias.

Francisco de Vitoria, un dominico licenciado en artes y teólogo brillante, fue un intelectual que tuvo destacada presencia en el ambiente cultural y académico del siglo XVI, frecuentemente consultado en la época en cuestiones de moral práctica. Vitoria analiza las realidades socioeconómicas de su tiempo desde una perspectiva moral, ya que consideraba que la realidad económica era solo un elemento de un todo más amplio. Un elemento propio de la inserción de la persona en la comunidad y, por ello, analiza aquellas prácticas que consideraba injustas y perjudiciales para los sujetos particulares y para el bien común de la sociedad. Vitoria no se conforma con estudiar los hechos concretos, sino que también analiza el contexto y las

5 *Ibidem*, Libro II, Cap. IV, 64.

circunstancias en que acontecen y muy especialmente la intención. Reconoce la necesidad de que exista el comercio y los comerciantes que lucren con el transporte de las mercaderías, cambistas, etc., pero por el servicio que prestan deben recibir un justo beneficio. Condena a aquellos que llevan adelante prácticas monopólicas e intentan enriquecerse en tiempos de carestía de trigo. Aborda el concepto del justo precio y del justo beneficio y distingue según se trate de cosas que son necesarias para la subsistencia de aquellas que son suntuarias, y respecto de las cuales puede pedirse cualquier precio, con tal de que no haya engaño, fraude, violencia o ignorancia. Toma la figura del varón honesto, bueno o prudente en la fijación del precio justo. Este es capaz de dar una solución justa y no solo útil o conveniente para sí mismo.

Tomás de Mercado, quien escribe sobre temas económicos, dice que “aprovecharse de la situación del necesitado para prestarle a usura es un crimen semejante al homicidio”⁶. Asimismo afirma que “no saber en un negocio qué es lo justo y qué su contrario, es no entender nada de él. Porque esto es lo primero, que de cualquier negocio, el Cristiano debe saber, por no perder el bien eterno, tratando el temporal”⁷.

Mercado fundamenta su posición en la ley natural, diciendo: “No obligamos a nadie por nuestra sola autoridad o voluntad, sino por otra mayor que es eficaz y poderosa para obligar a todos los hombres, que es la de Dios, la de la naturaleza, la de la Iglesia o de la república, y, primeramente, de la razón y ley natural, que es de do más cerca toda esta doctrina se deriva, como quien es la medida y regla más propia de las obras humanas, y la que menos hasta ahora platican y entienden los tratantes, que casi ninguno de ellos tiene o juzga un contrato por lícito o ilícito por ser conforme o repugnante a la ley natural, ni aun cuando oyen estas palabras las entienden más que si fueran griegas”⁸.

Sostiene Mercado, citando a San Agustín, que el hombre sabe perfectamente cuándo obra mal, no importa que crea en Dios o no. “No hay alma, por perversa que sea, en cuya conciencia Dios no hable. ¿Quién escribió en nuestros corazones la ley natural, sino Dios? Y mandó que no hiciésemos a otros el mal que no querríamos para nos. Para entender esto no es menester aprenderlo en los libros, en la misma naturaleza lo leemos, por el cual principio y regla sabe muchas verdades necesarias quien se quiere informar, no de todos, sino de su mismo corazón. ¿Quién si se pregunta querría me hurtasen mi dinero, o trigo o ganado, que no se responde aborrecerlo y tenerlo por muy malo? Lo mismo que de él murmuren o le injurien o sus hijos y

6 De Mercado, T. (1975). *Homilía 34, El pensamiento social y económico de la Escolástica*, vol. I. Madrid, 159.

7 De Mercado, T. (1975). *Suma de Tratos y Contratos*. Madrid. Editora Nacional, 441 y sig.

8 De Mercado, T. *Suma de Tratos y Contratos*, ob. cit., Libro I, Cap. I.

súbditos le desobedezcan; por do entiende que tampoco debe él hacer a otro ninguno de estos males. San Jerónimo, en la epístola *ad Metriadem*, dice: Hay en el alma una santidad y pureza natural que, como reina, sentencia lo que es bueno y malo. ¿Qué cosa es ley sino una recta razón que enseña y veda como conviene?”⁹ Continúa Mercado diciendo “que era de ley natural hacer en nuestros negocios igualdad al prójimo y que lo contrario era contra la misma lumbrera del alma que nos da ser. Sólo nos resta en este tercer capítulo bajar más en particular, extendiendo esta doctrina con varios ejemplos, do no poca utilidad se sacará. Y aun, hablando claro, no resta más en toda la obra de singularizar esta regla tan suprema, pues en toda ella sólo se enseña a tratar unos con otros sin agraviarse”¹⁰. Ello no significa que necesariamente el hombre deba actuar siempre sin obtener nada a cambio, pues no podría sobrevivir. Entiende que el contrato de préstamo es un negocio que de suyo manda se haga sin interés. Es decir, que integra aquellos actos que la naturaleza humana exige se realicen conforme las virtudes de la misericordia y la liberalidad que en manera alguna puede contemplar ganancias.

Sin embargo, conocedor de la naturaleza humana, Mercado dice que “no se puede negar –como dice Aristóteles– que el intento común del tratante es aumentar su caudal negociando, deseo, según dice Solón, que lo había experimentado, sin regla, medida, ni término. Aunque, como dice allí el Filósofo, deberían tenerlo la riqueza y su deseo, pues no son más que un instrumento de la vida, que es tan breve; pero es tan gustoso a todos, que es argumento que tienta al mercader con eficacia su codicia, y que con dificultad y raro deja de ser vencido, [...]”¹¹. Al acto de prestar no se le asigna ningún valor ya que no da trabajo ni insume tiempo y no encuentra motivos que fundamenten una ganancia; sí admite Mercado que el prestamista imponga una pena para el caso de que el deudor demore su devolución. Si la pena no fue acordada expresamente el mismo tiene, no obstante, la obligación de reparar el daño que ocasiona al acreedor con motivo de no devolver el préstamo en tiempo y forma. Diferirá la situación según la pena haya sido acordada a priori o no en tanto en el primer caso procede siempre que haya mora, en tanto que en el segundo habrá que demostrar el perjuicio sufrido. El maestro Mercado clasifica la usura en dos tipos según la forma que asume: a) manifiesta y formal y b) paliada, cubierta o disfrazada. La primera modalidad se instrumenta mediante el contrato de préstamo, en tanto que la segunda se puede configurar por diversos medios, calificándolos “de muchos contratos usurarios”.

9 Ibidem, Libro I, Cap. I, 30.

10 Ibidem, Libro I, Cap. II, 36.

11 Ibidem, Libro I, Cap. III.

Admite Mercado que existe una ganancia en el contrato de préstamo con motivo del daño emergente y el lucro cesante. El daño emergente (*damnum emergens*) se configura cuando quien presta tiene una suma de dinero determinada que él mismo necesita, pero que aún así presta exponiéndose entonces el prestamista a sufrir un daño y asumiendo un riesgo. En cuanto al lucro cesante (*lucrum cessans*), no es otra cosa que distraer dinero que podría haber sido utilizado en su propio negocio como consecuencia del pedido de préstamo. El fundamento del interés que se cobra en estos dos casos no sería el préstamo considerado en sí mismo, sino el daño que el prestamista sufre por causa del préstamo, o la ganancia que deja de percibir. Recomienda Mercado que en la oportunidad de celebrarse los contratos se estipulen expresamente las compensaciones basadas en daño emergente o lucro cesante. Así, “[...] las mismas leyes civiles, entendiendo esta verdad, mandan que si alguno difriere la paga, le compela después el juez a pagar con usuras, según el acreedor pudiera en aquel tiempo ganar con su dinero”¹².

También trata Mercado la usura en el caso de compra-venta. Habrá interés usurario cuando exista una diferencia entre el precio de contado fijado para esa operación y el precio que efectivamente se paga con posterioridad a la entrega de la mercadería. Puede también haber usura por parte de quien compra una determinada mercadería cuando por anticipar su pago reduce el precio de la mercancía. Cita como ejemplo a aquellos que compran lana, que se aprovechan de la necesidad de los productores que tienen que alimentar a sus ovejas; a ellos se les anticipaba dinero y se les pagaba menos que el precio vigente. Tampoco el correr riesgos autoriza a abusarse de la otra parte: “[...] a un negocio alias ilícito no lo hace lícito correr riesgo, ni esto es razón que justificara lo que en él se interesare. Cierto es que el usurero prestando corre riesgo y también quien fía ropa, y ni el uno ni el otro puede interesar por ello. Así pues, vender a tanto más del justo precio es delito; no lo abona correr riesgo. Correr peligro es anexo e inseparable casi a todos los contratos de mercancía, entre los cuales no hay duda haber muchos ilícitos do se interesa contra justicia estando llenos de su peligro, y todos fueran lícitos si el riesgo los justificara. Do se manifiesta que correr riesgo no justifica ningún contrato si de suyo no es justo”¹³.

Entendía Mercado que el transporte tampoco justificaba los abusos: “Sólo inventaron este embuste de correr el riesgo, imaginando que esto les daba facultad para vender tan caro; mas no les da ninguna, como primero probamos. Aunque, cierto, dado fuera bastante para justificar alguna ganancia, no justificaría tanta, porque llevan mucho más que este riesgo se

12 *Ibidem*, Libro II, Cap. XIII, 115.

13 *Ibidem*, Libro II, Cap. XVI, 118.

estima. V. g., cincuenta pipas de vino entregadas en Cazalla valían, a quince cada una, setecientos y cincuenta ducados. Véndenlas a treinta pagadas en Nueva España, lo cual excede mucho a lo que costara el asegurar las pipas de ida y la plata de vuelta. Así que no tiene fundamento ninguno verdadero, ni menos firme, esta maraña y embuste, sino su codicia, ni excusa razonable, sino su voluntad ciega y tan codiciosa”¹⁴.

En la economía moderna, el contrato de préstamo o mutuo es un instrumento esencial en el mundo de hoy ya que permite a las personas acceder a ciertos bienes o servicios en forma inmediata, potenciando su poder adquisitivo y otorgándoles la posibilidad de mejorar su calidad de vida. La actividad empresarial también requiere del crédito para su crecimiento. En especial las pequeñas y medianas empresas. Pueden ser verdaderos motores de crecimiento en tanto generan crédito. Hoy es indiscutido el concepto de “capital productivo” como fuente de desarrollo y crecimiento directo de las empresas. Ahora bien, para que estos préstamos cumplan con el objeto mencionado, los créditos deben ser correctamente otorgados y adecuadamente utilizados por sus beneficiarios. En cuanto a su otorgamiento, debe verificarse que los oferentes ofrezcan los préstamos en condiciones de equidad. En definitiva, que no se aprovechen de la situación de sus prestatarios. Se viola esta condición fundamentalmente cuando se cobran intereses con motivo del préstamo y los mismos resultan abusivos o exorbitantes, configurándose la usura. Pero ¿cuál es la medida del interés justo?

Tal vez podamos acercarnos a una respuesta afirmando que el interés es justo en la medida que justiprecia la productividad económico - social de un capital determinado¹⁵. En punto a esta cuestión sostenía Mercado: “Demás de esto, certísimo es que todos están obligados a vender cada cosa por lo que vale. Esto es un dictamen natural de la razón, que, sin doctor ninguno ni ley positiva, lo enseña a todas las naciones. Mas, cuál sea justo precio de cada una, la naturaleza no lo tasa ni señala. Ella las crió y produjo, mas no las apreció, porque, a la verdad, no las crió para que se vendiesen y enajenasen, sino para que como de todos a todos sirviesen, según declaramos en el capítulo segundo. Nuestra malicia las hizo particulares y nuestra necesidad venales. Ingenio fue humano el comprar y vender, e invención de los hombres hacer el oro y plata precio de lo restante”¹⁶.

Desde la década de 1980, las actividades del sector financiero van más allá de ofrecer servicios financieros a ciudadanos y empresas. En la actualidad, incluyen también una serie de herramientas y procesos diseñados

14 *Ibidem*, Libro II, Cap. XVI, 119.

15 Palma, J. A. (2004). “Usura e interés”. *Doctrina Social de la Iglesia*. Ed. Universidad Austral.

16 De Mercado, T. *Suma de Tratos y Contratos*, ob. cit., Libro I, Cap. IV, 63.

para crear valor a partir de las transacciones, la especulación y el valor de los activos; aunque estos mecanismos no generan valor agregado ni están vinculados a la producción o la productividad en la economía real, son los que en la actualidad dominan el sector financiero¹⁷. Los beneficios y las remuneraciones del sector financiero están muy por encima de lo que verdaderamente ocurre en la economía real. Los ingresos que tuvieron los directivos de Bear Stearns y Lehman Brothers, entre 2003 y 2008, fueron exorbitantes (se los estima entre 650 millones y 450 millones de dólares, respectivamente)¹⁸. En pleno siglo XXI se está discutiendo la procedencia de la devolución de las ganancias exorbitantes percibidas por los ejecutivos de las entidades financieras que colapsaran.

Mercado también proponía la restitución de la ganancia usuraria, por cuanto: “No es suya, ni adquieres señorío ni jurisdicción en ella, todo es hurto, ora sean bienes raíces, o muebles, y como ajeno es menester volverlo a su dueño”. Por tanto, en caso de fallecimiento del prestamista deben devolverse los bienes que hubiera recibido con usura por entender que no son de su propiedad. Esta obligación pasa a los herederos del usurero y a todos los que hayan colaborado con él, incluidos los que le aconsejaron a proceder de esa manera, los factores, cobradores, corredores y escribanos.

Recientemente, trabajadores del sector bancario de todo el mundo se han visto implicados en escándalos relacionados con préstamos con condiciones leoninas y discriminatorias, prácticas abusivas en el servicio de tarjetas de crédito, manipulación de los mercados (por ejemplo, la tasa Libor) y otra serie de irregularidades, lo cual ha extendido la opinión de que este sector también se caracteriza por una baja moralidad y una elevada cultura de corrupción¹⁹. A nivel individual, los gestores financieros también aprovechan las oportunidades para apropiarse ellos mismos de parte de estos beneficios generados, a veces de forma ilegal. Una reciente encuesta a trabajadores del sector financiero de Estados Unidos y el Reino Unido reveló que más de un tercio (el 34 %) de los que ganaban 500.000 dólares anuales o más habían presenciado o tenían conocimiento directo de malas prácticas en su lugar de trabajo. El 23 % de los encuestados creía probable que sus compañeros hubiesen participado en actividades ilegales o poco éticas para cumplimentar metas.²⁰.

17 Philippon, T. y Reshef, A. (2012). Los salarios y capital humano en la industria financiera de Estados Unidos: 1909-2006.

18 Bebchuck, L.; Cohen, A. y Spamann, H. (2009). Los salarios del fracaso: Compensaciones a los ejecutivos en Bear Sterns y Lehman 2000-2008.

19 Stiglitz, J. E Ed New Vision (2012). “Las fallas del “Mercado en el sistema financiero”.

20 Tenbrunsel, A. y Thomas, J. (2015). “The street the bull and the crisis”. A Survey of the US & UK Financial Services Industry Presented by The University of Notre Dame and Labaton Sucharow LLP, May 2015.

El maestro Mercado advertía sobre la codicia sin límites de algunos diciendo: “Do es muy de advertir que no es lo mismo querer ganar de comer y querer enriquecer, que la una voluntad es buena y recta, la otra viciosa y perniciosa. El apetito de sustentarse a sí y a su familia es natural, más el deseo de las riquezas es abominable. Conócese y apréndese claramente cuánta distancia hay del un intento al otro que quien busca mantenerse, luego que esto alcanza, se quieta, no metiéndose de ahí adelante en más negocios que a él le bastan para sacar un moderado interés, pero quien tiene por blanco atesorar y aumentar su caudal, nunca se contenta por más que alcance, porque ni el dinero tiene término, ni el deseo cuando en él se emplea –como dice Salomón– jamás se harta. Y en esto se ve claramente que ningún buen fin de los tres, ni aun mantenerse, tienen por principal el día de hoy los tratantes, sino éste que es enriquecer –cosa que jamás podrán cumplidamente alcanzar–, en que, dado tengan ya con que puedan bien pasar, no se recogen ni se ponen en orden; antes, con la posibilidad en que se ven, conciben grandes pretensiones de mayores haberes y entonces se arrojan a mayores cargazones y se engolfan entrando en ese laberinto de cambios, usuras, censos y tributos, donde viven más desasosegados que cuando pobres. Dice Aristóteles, ningún término tiene el mercader en atesorar dineros y ajuntar posesiones, porque con el peso de su codicia ha caído en el lazo y tentación del demonio, do dice el Apóstol que suelen caer los que quieren enriquecer”²¹. Aunque resulta inevitable tener que lidiar con la codicia: “[...] porque la codicia trae consigo la necedad y ceguedad, y faltar codiciosos en el mundo sería faltar el sol en el cielo, que es imposible”²².

Por otra parte, recomienda Mercado ser prudente en la pretensión de ganancias: “No entiende esta gente cuán verdadera y general es la sentencia de Hesíodo, autor griego, do dice ‘Sólo el necio ignora que la mitad es más que el todo’, regla que más la enseña la experiencia que las palabras, pero, no obstante la contrariedad de vocablos, es una doctrina admirable, dicha con sutileza e ingenio. Que en estos negocios civiles más es la mitad que el todo, porque quien se contenta con una mediana ganancia no se arroja ciego de su codicia en peligrosos aprietos, antes, con la seguridad que siempre busca, va continuando y aumentando su moderado interés. Mas quien el todo quiere métese por conseguirle en peligros tan apretados que deja necesariamente parte del mismo empleo y caudal; a los cuales fuera muy más útil cortar por medio su avaricia. Si los mercaderes pretendiesen ganar poco, seríales este poco más que el mucho que ahora desean; cargarían de contado, partirían a

21 De Mercado, T. *Suma de Tratos y Contratos*, ob. cit., Libro I, Cap. IV, 54.

22 *Ibidem*, Libro II, Cap. IX, 84.

buen tiempo, serían allá muy mejor recibidos y con tales medios habría muy raras pérdidas. Mas, cuando no hay moderación en el desear, no hay modo en el negociar, y el negocio desaforado no puede no precipitar al tratante en el profundo de la pobreza, porque para todos, para mercaderes y merchantes, cambiadores y banqueros, aseguradores y almorzarifes, es muy provechosa la regla de Hesíodo; aunque propísimamente tiene su lugar en príncipes y señores que ponen pechos y tributos a sus vasallos, los cuales han y deben entender que la mitad de lo que ellos querrían les será siempre más y mejor que el todo, so pena de ser, si así no lo entienden, los que dice el refrán en la primera parte: que sólo el necio lo ignora. Ni es seguro el caudal –volviendo a nuestro propósito– del mercader que, tratando por la mar, no tiene cuenta con el tiempo saliendo cuando el viento corra blando, la mar echada, el viaje apacible y la llegada sea sana”²³.

Conclusiones

El mundo enfrenta un problema económico, pero su causa es de orden moral. El orden y la paz social presuponen la real búsqueda del bien común de los miembros que la integran. Y en esta tarea, la economía desempeña un rol fundamental, por cuanto en ella se realiza el intercambio de bienes y servicios escasos necesarios para la digna subsistencia de las personas. Para que la sociedad crezca en este orden y paz deseados, los intercambios en el ámbito económico deben ser esencialmente justos. Si se rompe en la actividad económica con la contraparte, no solo se perjudica al otro en forma individual, sino que se perjudica la sociedad toda. Comparto la opinión de Juan Antonio Widow, quien dice que “particularmente Molina y Mercado, y en general todos los teólogos que se ocupan de los temas económicos, tienen por objeto, en primer lugar, establecer cuáles son las condiciones que debe cumplir la economía para que haya orden y paz social. En este sentido, es claro que las faltas reiteradas contra la justicia conmutativa crean muchos agravios, los cuales son más profundos si ellas se cometen fundándose en la situación de necesidad en que se halle el agraviado”²⁴. “La paz social no puede entenderse como un irenismo o como una mera ausencia de violencia lograda por la imposición de un sector sobre los otros. La paz tampoco se reduce a una ausencia de guerra, fruto del equilibrio siempre precario de las fuerzas. La paz se construye día a día [...]”²⁵.

23 *Ibidem*, Libro II, Cap. XXIII, 149.

24 Widow, J. A. (2004). “La ética económica y la usura”. En *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*. Año X. Universidad “Adolfo Ibáñez” de Viña del Mar.

25 Exhortación Apostólica, *Evangelii Gaudium*, del Santo Padre Francisco, N° 18.

En particular, la financiación debe estar orientada y ayudar a la producción y no desviarse hacia la especulación. En el mundo actual, “la actividad financiera está guiada a veces por criterios meramente autorreferenciales, sin consideración del bien común a largo plazo. La reducción de los objetivos de los operadores financieros globales a un brevísimo plazo de tiempo reduce la capacidad de las finanzas para desempeñar su función de puente entre el presente y el futuro, con vistas a sostener la creación de nuevas oportunidades de producción y de trabajo a largo plazo. Una finanza restringida al corto o cortísimo plazo llega a ser peligrosa para todos, también para quien logra beneficiarse de ella durante las fases de euforia financiera”²⁶. Y el Estado debe participar activamente en el control de la especulación. Las compañías enfrentan hoy una creciente presión para comportarse éticamente y se debe aplicar una regulación ética de la búsqueda de ganancias. La nueva arquitectura financiera debe estar sostenida por un marco ético. Hoy no alcanza con diagnosticar adecuadamente una crisis. Ni siquiera es suficiente con proponer caminos para salir de ella. Se requieren actos concretos por parte de hombres comprometidos con una nueva filosofía en la forma de procurar y distribuir las ganancias. Se necesita decir basta a la especulación como forma de generar riqueza. “Recordemos el principio de subsidiariedad, que otorga libertad para el desarrollo de las capacidades presentes en todos los niveles, pero al mismo tiempo exige más responsabilidad por el bien común a quien tiene más poder. Es verdad que hoy algunos sectores económicos ejercen más poder que los mismos Estados. Pero no se puede justificar una economía sin política, que sería incapaz de propiciar otra lógica que rija los diversos aspectos de la crisis actual”²⁷. Tenemos la oportunidad de construir una economía más humana que anteponga los intereses de la mayoría más necesitada.

Está suficientemente demostrado cómo opera el proceso especulativo y el daño que finalmente produce. “[...] lo cierto es que hay un proceso básico y recurrente, que se presenta con un alza de los precios, ya sea en los valores, los bienes raíces, las obras de arte o cualquier otra cosa. Este incremento atrae tanto atención como compradores, lo cual produce el efecto ulterior de que los precios sean aún más altos. Las expectativas generadas quedan de este modo justificadas por la acción misma que hace subir los precios. El proceso continúa y el optimismo generado por el efecto que tienen en el mercado acaba siendo algo que está al orden del día. Los precios aún suben más y entonces, por razones que serían objeto de un debate interminable,

²⁶ Mensaje de Su Santidad Benedicto XVI para la celebración de la Jornada Mundial de la Paz, 1º de enero de 2009.

²⁷ Carta Encíclica *Laudato Si'*, del Santo Padre Francisco, sobre el cuidado de la casa común.

el proceso acaba. El descenso resulta siempre más súbito de lo que fue el incremento. Y además, el globo que ha sido pinchado no se desinfla de un modo ordenado. Insisto en que no hago predicciones, me limito más bien a observar que este fenómeno se ha manifestado muchas veces desde el año 1637, cuando los especuladores holandeses vieron en los bulbos de los tulipanes la mágica rueda de su fortuna [...]”²⁸.

Pero además del adecuado diagnóstico, también se necesita de valor para llevar adelante las ideas. De lo contrario, como decía el maestro Mercado, seguiremos viendo que “hay personas que escribiendo no osan condenar una costumbre general de la patria, dado vean a la clara, como dicen, ser disonante de la razón, sólo por no oponerse al torrente. Mas deberían considerar que hay naciones de muy atrás dadas a un vicio e infamadas de él, en el cual no dejan de pecar aunque sea el vicio antiquísimo y, por consiguiente, no se ha de callar o solapar la verdad cuando el oficio público obliga a decirla”²⁹.

En resumen, hay que superar la avidez y la estrechez de miras. Es tiempo de que la ética ayude a la economía a superar la crisis. Debemos superar el subdesarrollo moral.

28 Galbraith, J. K. (1954). *El crash de 1929*. Buenos Aires. Ariel, 8 y 9.

29 De Mercado, T. *Suma de Tratos y Contratos*, ob. cit., Libro II, Cap. XVII, 122.

**LA JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD EN FRANCIA.
SUS ALCANCES Y CONSECUENCIAS**
The Judicialization of Health in France. Its Scope and Consequences

Guillaume Rousset*

Recibido: 28 de febrero de 2016.

Aprobado: 2 de marzo de 2016.

Resumen: El presente trabajo aborda la problemática de la judicialización de la salud en Francia. En la primera parte, se analiza esta judicialización como una realidad incierta. Se señala la importancia de diferenciar el número de demandas y el número de sentencias condenatorias. Además, se advierte que a menudo los medios de comunicación y las compañías de seguros insisten en la cantidad, a veces muy significativa, de los montos totales a pagar y el número de condenas, pero se debe tener en cuenta que un monto grande de indemnización no necesariamente significa un creciente número de condenas. Igualmente, se incorpora la necesidad de considerar cuáles son las especialidades que están involucradas en dichas acciones y la naturaleza de la responsabilidad que esté en juego. También se propone comparar el número de demandas y condenas con el número de actos médicos realizados. Se constata que en términos de estadísticas, los elementos de reflexión disponibles actualmente son parciales y dispares. En la segunda parte, se abordan los diversos efectos de la judicialización de la salud, ya sea positivos o negativos, en relación a la multiplicidad de actores: los pacientes, los profesionales y los centros de salud, las compañías de seguros o los sistemas de salud.

Palabras clave: Judicialización de la salud – Responsabilidad civil médica – Relación médico-paciente.

* Profesor de Derecho y Miembro del Instituto para la Docencia y la Investigación sobre las Organizaciones Sanitarias y Sociales (IFROSS), Universidad Jean Moulin Lyon 3, Francia. Correo electrónico: guillaumerousset@free.fr.

Abstract: This paper addresses the problem of judicialization of health in France. In the first part, judicialization is analyzed as an uncertain reality. The importance of differentiating the number of lawsuits and the number of convictions is noted. In addition, it is noted that often the media and insurance companies insist on the amount of the money paid and the number of convictions, but it must be kept in mind that a large amount of money paid as compensation does not necessarily mean an increasing number of convictions. The article also incorporates the need to consider which are the medical specialties that are involved in such tort actions and the nature of the responsibility involved. It is also proposed to compare the number of lawsuits and convictions with the number of medical acts performed. It is noted that the statistics about judicialization currently available are partial and diverse. In the second part, the various effects of judicialization of health, either positive or negative, are addressed, regarding the multiplicity of actors involved: patients, professionals and health centers, insurance companies or health systems.

Keywords: Health judicialization – Medical Civil Responsibility – Physician – Patient Relationship.

En muchos otros países, la judicialización de la salud es un tema cada vez más discutido y que periódicamente cobra actualidad. En Francia, algunos hechos de gran repercusión mediática, como la tragedia de sangre contaminada, son una cabal prueba de ello¹. Suscitando interés tanto de los investigadores como de los profesionales de la salud, pacientes o ciudadanos, la judicialización debe ser precisada en cuanto a su contenido. En primer lugar, hay que distinguir la judicialización de la juridización. Este último concepto refiere a la creciente importancia de las normas legales, mientras que el primero se refiere al papel del juez en la salud. Al respecto, es importante remarcar que la judicialización es percibida a menudo con un carácter negativo, peyorativo, como una desviación y una fuente de abusos², a diferencia del ejemplo contrario, que sería el modelo americano³.

1 Sobre la judicialización de manera más global, sin reducirse al campo de la salud, Rouvillois, R. (2008). *La société au risque de la judiciarisation*. París. Litec, 149.

2 Laurent, V. (2006). "Procès médicaux en France: vers une dérive à l'américaine?" En *Médecine et Culture*, N° 4, 23; dentro de otra perspectiva, Mémeteau G. (2001). "Des médecins qui avaient peur du droit...". En *Gaz. Pal.*, 1346.

3 Drucker, F.-K. (2004). "Justice et santé, l'exemple américain". En *Sève-Les Tribunes de la santé*, N° 5, 31; Sage, W. M. (2001). "The Lawyerization of Medicine". En *Journal of Health Politics*, Vol. 26, N° 5. Para una aproximación cruzada entre Estados Unidos y Francia, Laude,

Más allá de su delimitación, esta temática es esencial, ya que presenta variados desafíos. Si se probara su carácter de desviación, ello tendría impacto en la percepción que se tiene del paciente, el cual sería visto como litigioso y abusivo. También tendría consecuencias sobre el comportamiento de los profesionales de la salud, el equilibrio general del sistema y las aseguradoras, por ejemplo, debido a los mayores costos de indemnización que deben pagarse.

Esta judicialización se presenta a veces como una realidad creciente, especialmente en el discurso de los medios de comunicación o de las compañías de seguros. El análisis que se hará a continuación se centra esencialmente en las consecuencias de este fenómeno⁴. ¿Cuál es su realidad? ¿Cuál es su ámbito de aplicación? ¿Es un temor reciente? No parece ser el caso. Es interesante observar que la preocupación por este fenómeno es bastante antigua. Así, un autor ha podido declarar que “otro día, el enfermo se quejaba, con razón o sin ella, a su familia, a sus vecinos; por el contrario, hoy en día, cada pequeño hecho de este tipo es reportado inmediatamente por el periódico local, reimpresso por otros periódicos y el Ministerio Público recibe la orden de perseguir el asunto por pedido de los pacientes, las familias o incluso por un competidor sin escrúpulos”⁵. ¿Fueron dichas estas palabras en el día de hoy? No. ¡Corresponden a 1898! Otros afirman que “la responsabilidad médica ha entrado en una nueva vía, como es la actual multiplicidad de pleitos entre los pacientes y los médicos; sentencias en estas temáticas conforman un abundante número de jurisprudencia”⁶. Ello llevó a algunos a sostener que “si el médico es responsable –como se dice a menudo–, dudará en utilizar nuevos métodos en el tratamiento”, y en última instancia, el paciente se verá afectado⁷. Parece que el miedo a la judicialización es cíclico. Por lo tanto, es útil tratar de buscar un punto intermedio, de forma muy modesta, sobre la realidad y los efectos de la judicialización de la salud.

A. (2010). “La judiciarisation en France, sur la trace des États-Unis?”. En *Les Tribunes de la santé*, N° 26, 49.

4 Por ejemplo, Lansac, J.; Sabouraud S. (2004). “Les conséquences de la judiciarisation de la médecine sur la pratique médicale”. En *Sève-Les Tribunes de la santé*, N° 5, 47; Desplats, P. E.; Faict, Th.; Favrolt, N.; Gerbaud, L. (2008). “L’influence de la judiciarisation sur les pratiques médicales - Quand Esculape craint Thémis”. En *RGDM*, N° 28, 125.

5 Brouardel, P. (1898) *La responsabilité médicale*. París. Ed. J.-B. Baillièrre et Fils, 44.

6 Camerman, M. (1932). *La responsabilité civile du médecin*. París. Thèse de droit, 5.

7 Guénot, J. (1904). *Du consentement nécessaire au médecin pour pratiquer une opération chirurgicale*. París. Thèse de droit, 27.

I. La judicialización de la salud, una realidad incierta

Al estudiar la judicialización de la salud, antes que considerar las cifras, es importante distinguir los diversos elementos implicados.

En primer lugar, es esencial diferenciar el número de demandas y el número de sentencias condenatorias. Iniciar una demanda contra un profesional de la salud no es, obviamente, algo neutral, incluso si la responsabilidad finalmente no queda demostrada en juicio, pues el demandado no sale indemne del proceso en lo personal y profesional. A su vez, plantear la cuestión de si hubo responsabilidad no significa que en todos los casos y en forma sistemática haya habido responsabilidad establecida judicialmente. Un eventual aumento en el número de demandas no significa de forma automática un aumento en el número de condenas. Si un usuario cree que un profesional es responsable, ello no significa que lo sea según la ley. De alguna manera, el juez actúa como un filtro.

Entonces, los medios de comunicación y las compañías de seguros a menudo insisten en la cantidad, a veces muy significativa, de los montos totales a pagar y el número de condenas. Pero debemos tener en cuenta que un monto grande de indemnización no necesariamente significa un creciente número de condenas. De hecho, un grupo de acciones están vinculadas con la discapacidad causada a niños pequeños durante una cesárea o el parto. En tanto el importe de la indemnización es proporcional a la gravedad del daño, y ello incluye el tiempo durante el cual el paciente sufrirá esta discapacidad, es lógico que estos casos conlleven una compensación muy sustancial. Las estadísticas sobre los montos totales de indemnizaciones pagadas por una compañía de seguros también arrojan números muy importantes, pero sin que esto permita deducir si existieron muchos litigios y condenas. Un ejemplo demuestra esto: en uno de los juicios, un médico fue condenado a pagar 10 millones de euros por una discapacidad que se produjo después de una operación⁸. 10 millones de euros por una condena, aunque es una cifra inesperada, no se corresponde con 10 condenas a 1 millón de euros o con 1.000 condenas de 1.000 euros.

Además, si hay un aumento en el número de demandas y/o de condenas, hay que afinar el análisis para determinar cuáles son las especialidades que están involucradas en dichas acciones. Algunas disciplinas, como la Ginecología y Obstetricia, suelen estar en mucho riesgo, pero ello no permite inferir que todas las especialidades queden sujetas a la judicialización.

⁸ Pelé, A. (2012). "Un chirurgien condamné à verser 10 millions d'euros". En *Le Figaro*, 26 juin 2012.

Además, la judicialización depende de la naturaleza de la responsabilidad que esté en juego. El impacto jurídico y simbólico, de hecho, varía si está implicada una eventual responsabilidad penal, por el riesgo de una sanción, o si se trata de un proceso orientado a la indemnización de daños, civil o administrativa, o si se busca una sanción disciplinaria por sanciones específicas de ética profesional.

Por último, es útil comparar el número de demandas y condenas con el número de actos médicos realizados. Por ejemplo, en los hospitales públicos de París se atendieron en 2011 más de 7 millones de pacientes, mientras que más de 1 millón de pacientes recibieron atención de emergencia. Al respecto, sería interesante saber el número de demandas y sentencias condenatorias en proporción a los actos médicos realizados. Si los números revelan 100 o 1000 acciones intentadas cada año, ello al final representa una proporción particularmente baja.

En términos de estadísticas, los elementos de reflexión disponibles actualmente son parciales y dispares. Sin embargo, por lo general, tienden a relativizar la realidad de la judicialización. Por ejemplo, en general, es decir, tomando todos los litigios en forma indiferenciada, desde el año 2002 el número de demandas contra médicos se presenta como prácticamente estable⁹ y las cifras no avalan la tesis de una inflación de las demandas de mala praxis¹⁰. Si se examinan las estadísticas con más detalle, los datos del Consejo de Estado nos muestran que desde 2005 las demandas por responsabilidad contra un hospital se han reducido significativamente¹¹. Este es también el caso en materia penal, donde algunos jueces observan un descenso de los procesos¹². En relación a los seguros, hay un aumento en la cantidad de montos pagados por indemnización, pero ello no necesariamente se vincula con un aumento en el número de reclamos, que se percibe estable o en ligero aumento¹³. Sin embargo, las percepciones sobre este fenómeno están divididas: algunos rela-

9 Laurent, V., "Procès médicaux en France: vers une dérive à l'américaine?", ob. cit.

10 Corte de Casación. *La santé dans la jurisprudence de la cour de cassation*. Rapport annuel 2007. Paris. La Documentation française, 2008, 48.

11 Martin, D. (2007) "Le nouveau droit de l'indemnisation des risques sanitaires: entre procédure amiable et contentieux". En Tabuteau, D. (dir.). *Les droits des malades et des usagers du système de santé, une législation plus tard*. Paris. Éditions de Santé/Presses de Sciences Po, 73, spé. 75.

12 Bertella-Geffroy, O. "Justice pénale, santé individuelle et santé publique". En *Gaz. Pal.*, N° spé. Droit de la santé N° 2, 8, spé. 10.

13 Conseil de la concurrence, Décision N° 06-D-34 du 9 novembre 2006 *relative à des saisines concernant le domaine de l'assurance de la responsabilité civile médicale*, disponible sur le site officiel du Conseil de la concurrence; Bras, P. L.; D'Autume, C.; Roussille, B.; Saintoyant, V. (2007). *L'assurance en responsabilité civile médicale*. Rapport de l'IGAS, 8.

tivizan su existencia¹⁴, mientras que otros consideran que la judicialización es un hecho y analizan las consecuencias que consideran nocivas¹⁵.

Por lo tanto, en apariencia, la judicialización se presenta como una realidad pequeña, que debe ser mirada en perspectiva a partir del primer gran estudio publicado sobre el tema, que por lo general confirma esto con una sólida demostración¹⁶. Sin embargo, esta interpretación puede ser puesta en tela de juicio a partir de un fenómeno que debe ser incluido en el análisis: la consolidación de los mecanismos alternativos de resolución de controversias, que tratan de solucionar los conflictos sin recurrir a los tribunales. Comisiones de conciliación y compensación, como la ONIAM, el Defensor de los derechos ante la salud y la seguridad de la atención médica, pueden verse como una forma de “anti-judicialización” o “de-judicialización”, sesgando el estudio de las cifras de demandas y condenas.

II. La judicialización de la salud y sus diversos efectos

Sea cual sea su tamaño, ¿cómo debemos interpretar esta judicialización? De hecho, puede parecer lógica si la observamos en forma contextualizada. ¿No experimenta toda la sociedad un movimiento hacia la judicialización¹⁷? El campo de la salud, sus profesionales, sus instituciones y sus usuarios forman parte de la sociedad y es coherente que queden sometidos a esta tendencia general, como partes de un todo. De manera más general, no puede sorprender que exista una responsabilidad profesional si un médico comete una falta. Cualquier irregularidad conlleva una responsabilidad y ello no puede considerarse como algo litigioso o desviado. No se trata de algo problemático, sino que es bastante saludable en términos de igualdad de trato entre los ciudadanos.

A partir de estos elementos, existe una amplia variedad de efectos relacionados con la judicialización, ya sean positivos o negativos, debido a la multiplicidad de actores: los pacientes, los profesionales y los centros de salud, las compañías de seguros o los sistemas de salud.

Para el paciente, se advierte una sorprendente dualidad. Para algunos autores, la judicialización trajo aparejada una mejora en las prácticas

14 Helmlinger, L.; Martin, D. (2004). “La judiciarisation de la médecine, mythe et réalité”. En *Sève-Les Tribunes de la santé*, N° 5, 39.

15 Lansac, J. ; Sabouraud, S. “Les conséquences de la judiciarisation de la médecine sur la pratique médicale”, ob. cit.

16 Laude, A.; Pariente, J.; Tabuteau D. (2012). *La judiciarisation de la santé*. Les éditions de santé, 367.

17 Rouvillois, R. *La société au risque de la judiciarisation*, ob. cit.

médicas¹⁸. Esto parece extraño, pero los exámenes se han tornado más completos, más precisos y hay un mayor cuidado de la calidad de la atención. Si bien se presenta como algo positivo en un primer momento, que la calidad mejore por el miedo a un juicio no parece ser el sistema más adecuado. Pero también se remarcan los efectos directamente negativos de la judicialización. ¿Qué pasa con la pérdida de la confianza y el enturbiamiento del coloquio personalizado debido a la ruptura de una relación que produce un litigio? ¿Qué pasa con la posibilidad de no realizar actos ante el riesgo médico y de una acción judicial de envergadura, que ponen en peligro el acceso a la atención?

En cuanto concierne a los profesionales e instituciones de salud, la judicialización puede desarrollar un contexto para el ejercicio profesional no sereno, que favorezca la aparición de la llamada “medicina defensiva”¹⁹, que se caracteriza por un aumento injustificado en el número de actos médicos destinados a tranquilizar al paciente y, aún más, a prevenir cualquier reproche en el contexto de un futuro juicio. Por cierto, este aumento en el gasto no puede considerarse como indiferente, ya que puede favorecer un desinterés hacia las especialidades que enfrentan mayores riesgos, con el peligro de un problema de acceso a la atención. No debemos pasar por alto tampoco el aumento de las primas de seguros relacionados con tales especialidades. Para las aseguradoras, precisamente, la judicialización puede también tener consecuencias en términos de aumento de los litigios, de las sentencias y de los montos de indemnización pagados, y la siniestralidad puede verse impactada. El sistema de salud en su conjunto puede sufrir a través de un movimiento global desfavorable, desafiando el equilibrio general establecido.

18 Desplats, P. E.; Faict, Th.; Favrolt, N.; Gerbaud, L. “L’influence de la judiciarisation sur les pratiques médicales - Quand Esculape craint Thémis”, ob. cit.

19 Barbot, J.; Fillion, E. (2006). “La ‘médecine défensive’: critique d’un concept à succès”. En *Sciences sociales et santé*, vol. 24, N° 2, 5.

**MEDIO AMBIENTE Y BIEN COMÚN:
ENTRE UN DERECHO Y UN DEBER FUNDAMENTAL**
*Environment and Common Good:
Between a Right and a Fundamental Duty*

Wambert Gomes Di Lorenzo*

Recibido: 1º de abril de 2016.
Aprobado: 20 de abril de 2016.

Resumen: El autor analiza la regulación constitucional del medio ambiente como derecho fundamental y como deber. Luego indaga sobre los fundamentos de tal derecho-deber mostrando cómo la dignidad humana, desde el punto de vista antropológico, posee consecuencias práctico-jurídicas. Por último, relaciona estos conceptos con el de bien común, causa final del orden jurídico.

Palabras clave: Medio ambiente – Dignidad humana – Bien Común – Derechos constitucionales – Deberes jurídicos.

Abstract: The author analyzes the constitutional regulation of the environment as a fundamental right and a duty. Then delves into the fundamentals of such a right and duty to show how human dignity, from the anthropological point of view, has practical and legal consequences. Finally, it relates these concepts to the common good, final cause of the legal order.

Keywords: Environment - Common Good - Human Dignity – Duties.

* Doctor en Filosofía del Derecho. Máster en Derecho del Estado y Teoría del Derecho. Profesor del Programa de Posgrado en Derecho de UCS. Profesor de la Facultad de Derecho de PUCRS. Correo electrónico: wambert@terra.com.br.

1. Bien común: fundamento de los derechos y deberes fundamentales

Aunque la Constitución Federal haya reservado todo el Título II –del artículo 5° al 17– para los derechos y garantías fundamentales, como es sabido no los abarca completamente. El texto constitucional trata lo que se relaciona al medio ambiente como derecho –fundamental, en esencia– en el artículo 225 que, por sí sólo, consume un capítulo entero –VI– dentro del Título VIII que trata del orden social.

Sin embargo, el *caput* del artículo mencionado¹, además del derecho fundamental de disfrutar de un medio ambiente “ecológicamente equilibrado”, afirma un deber fundamental de “defenderlo y preservarlo para las presentes y las futuras generaciones”. El texto adquiere una doble naturaleza normativa porque *el medio ambiente ecológicamente equilibrado* es tanto un *derecho* como un *deber*.

Es notorio que el derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, así como los demás derechos fundamentales emanan inmediatamente, desde el punto de vista ético, de la dignidad de la persona humana². Aunque los derechos no sean generadores de tal dignidad, ellos se originan en ella y son garantías de su realización. Así, el orden constitucional brasileño expresa, en el artículo 1° de la Constitución, una opción antropológica clara que determinará la unidad de la propia Constitución³.

Siendo la dignidad el primer fundamento ético de los derechos fundamentales de la persona humana ella también es un *fin mediato*, que pasa por la realización de varios *fines inmediatos*, que en el fondo son medios igualmente garantizados y consagrados en la lista de los derechos fundamentales. Tales garantías se refieren, por deducción, a la dignidad integral de la persona, que presupone la dignidad en cada dimensión del existir⁴.

Jacques Maritain advierte que, a partir de la matriz antropológica elegida, la aplicación de los derechos fundamentales tiene resultados prácticos dispares. Explica: “[...] el individualismo los fundamenta en el poder que cada persona tiene de apropiarse individualmente de los bienes naturales para poder hacer libremente lo que quiera; el colectivismo los fundamenta en el poder de someter los bienes básicos al comando colectivo del cuerpo

1 *Caput*: “Art. 225. Todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial a la sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y las futuras generaciones”.

2 Francisco. *Laudato Si'*. §§ 90; 93.

3 “Art. 1°. La República Federativa del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, constituye Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: [...] III - la dignidad de la persona humana; [...]”.

4 Francisco. *Laudato Si'*. § 124.

social; y el personalismo los fundamenta en el poder de colocar esos mismos bienes *al servicio de la conquista común de bienes intrínsecamente humanos, morales y espirituales y de la libertad humana de autonomía*⁵. Los defensores de cada modelo siempre acusarán a los demás por ignorar derechos esenciales del ser humano. Sin embargo, destaca: “[...] *es tan innecesario ser discípulo de Rousseau para reconocer los derechos del individuo, como ser un marxista para reconocer los derechos económicos y sociales*”⁶.

No hay un derecho fundamental o un derecho humano a la dignidad. Esta no es un derecho, ni se apoya en cualquier derecho. Sí es su origen y fundamento, y le es anterior y superior. Afirmar la dignidad de la persona humana es decir que posee en sí misma derechos y deberes universales, inviolables e inalienables que emanan directamente de su naturaleza.

La persona humana vuelve el bien común inteligible. Si para el Estado el bien común es un fin, para la persona es el medio y exige la realización de derechos y deberes sin los cuales la dignidad de la persona se volvería una simple alegoría. Así, no se puede afirmar una plenitud humana aislada, a pesar de la sociedad o mismo del cuerpo político. Sin el bien común la plenitud humana se volvería una fábula, una utopía.

Aunque el concepto de bien común y su aplicación al tema ambiental sea el asunto de la próxima parte, es importante destacar que este es el lugar común del cual derivan tanto los derechos como los deberes fundamentales.

El bien común no es un fin en sí mismo, y sí un medio de realización de los fines últimos de la persona humana. Maritain dice que el bien común pierde su esencia si no vuelve a las personas y se redistribuye entre ellas. Dice también que él no mantiene su naturaleza si no respeta aquello que le es superior⁷. Para Maritain, va más allá de un bienestar público, pues es la buena vida humana en la multitud, común tanto al todo, como a las partes. No es apenas una colección de haberes públicos, y sí la integración sociológica de toda la conciencia cívica⁸.

Muchas teorías políticas reconocen la naturaleza social y común del bien humano⁹ pero, como dice Gabriel Chalmeta, sólo el bien común es un bien humano que constituye el fin común de todos los miembros de la

5 Según Maritain, J. (1966). *O Homem e o Estado*. Rio de Janeiro. Agir, 126.

6 Ídem, 124.

7 Según Maritain, J. (1981). *La persona y el bien común*. Buenos Aires. Club de Lectores, 68.

8 Según Maritain, J. *O Homem e o Estado*, ob. cit., 21.

9 Según Chalmeta, G. (2002). *La justicia política en Tomás de Aquino: una interpretación del bien común político*. Pamplona. EUNSA, 155.

sociedad¹⁰ y el conjunto de condiciones para el buen desempeño de la actividad política¹¹. No exige que los miembros de una comunidad tengan los mismos valores y objetivos, es el lugar común de bienes propios de la naturaleza humana, bienes individuales comunes a todas las personas.

2. El medio ambiente: bien común universal

El bien común puede ser definido como *el conjunto de todas las condiciones necesarias para que todos, y cada uno, realicen su dignidad de persona humana*. Dicho eso, se percibe que el bien común tiene una *tríplex natura: teleológica, mediática y real*.

Además de fin último de la sociedad política –y de varios otros grupos sociales intermedios–, el bien común es medio para que la persona realice sus fines últimos, y también es el conjunto de cosas que satisfacen sus necesidades en vista de esos fines últimos.

En el primer sentido, de *telos*, la sociedad política existe –y este es el único sentido de su existencia– por las personas y para realizar el *bien de todos y de cada uno*. Es decir, la realización de cada individuo *del* cuerpo social *en el* cuerpo social. Eso, en parte, describe sintéticamente la teoría *instrumentalista* del Estado de Jacques Maritain, según la cual el Estado es apenas un instrumento del bien común¹².

En el segundo sentido, de *medio*, el bien común es un medio para la dignidad de la persona humana. Quiere decir que, aunque la realización de la persona sea la realización de los fines de un individuo, ella requiere la vida social como medio necesario.

En la tercera acepción, de *res*, el bien común es un conjunto de cosas necesarias. De bienes esenciales a la vida. Esos bienes corresponden inmediatamente a derechos fundamentales consagrados. Quiere decir que la lista de derechos fundamentales corresponde a la lista de los bienes fundamentales, de los bienes comunes, necesarios a todos y a cada uno. El más elemental de los bienes comunes es el *bienestar* que, por su naturaleza económica, tiene contenido satisfactorio y remite a la saciedad de necesidades fundamentales de la persona.

10 Según Chalmeta, G. (2003). *Ética Social: Familia, profesión y ciudadanía*. Pamplona. EUNSA, 201.

11 *Ibíd*em, 203.

12 Según Maritain, su teoría *instrumentalista* se opone a una noción *despótica* de Estado basada en una teoría *sustancialista o absolutista*, que quiere el Estado como un sujeto de derechos, una persona moral, un todo en sí mismo y que, por eso, a veces se sobrepone al *Cuerpo Político*, a veces lo absorbe integralmente. Según Maritain, *J. O Homem e o Estado*, ob. cit., 23.

En todos los sentidos el medio ambiente es el bien común mas rudimentario. El deber de todos es preservarlo, por lo tanto, su conservación hace parte de la lista de finalidades de la actividad estatal. Es un medio –por definición– donde las personas realizan sus fines. Y, es, también, un conjunto de bienes esenciales a la propia vida¹³.

La percepción de la necesidad de la tutela del medio ambiente no es nueva, aunque el tema ambiental lo sea. En la Roma Clásica ya existía la noción de que algunos bienes tenían destinación universal, aunque se situasen en el espacio de una comunidad en particular. Eran *res extra patrimonium* y *extra commercium*. Tenidas como *cosas de ninguno*, eran también *res nullius humani juris*¹⁴, *cosas universales*¹⁵, las cuales Gaio dividió en *comunes, universitates* y *publicae*. Las *res comunes*, como sugiere, son de uso común e incluyen aquellas indispensables a la propia existencia humana, como el aire y el agua. Las *res universitates* pertenecían a las comunidades políticas, tales como el teatro, el *forum*, el circo, el estadio y cualquier bien que estuviese bajo el dominio del poder público y que perteneciesen al medio ambiente urbano. Las *res publicae* eran todas las cosas de dominio público¹⁶, incluyendo cosas de la naturaleza, como los bosques, pero también todo aquello que pertenecía a todos y que todos podían disfrutar sin restricciones. Bienes materiales de posesión del pueblo y de la población, como calles, plazas, vías públicas, paseos, etcétera¹⁷. Bienes reservados por el Derecho para el uso general de los ciudadanos¹⁸, que pertenecían al pueblo, considerado como persona moral, o sea, el *ager publicus* y el *servi publici*¹⁹.

3. El medio ambiente: derecho y deber fundamental

De esta manera, la tutela del ambiente consiste en el deber universal de respetar lo que es universal. Consiste, también, en una obligación de respetar todas las categorías de seres pertenecientes al orden natural²⁰. Tal responsabilidad toma dimensiones globales en la medida de la globalidad de la propia crisis ecológica y sus implicaciones igualmente globales²¹, de-

13 Francisco. *Laudato Si'*. § 95.

14 D. 50. 16. 15.

15 *Res universitates*: “universitates sunt [...] civitatum” (D. 1. 8. 6. 1).

16 D. 18. 1. 6.

17 *Quae publicis usibus destinata sunt* (D. 50. 16. 17.pr).

18 Según Bonfante, P. (1957). *Istituzioni di Diritto Romano*. Torino. Giappichelli, 239.

19 Según Girard, P. F. (1901). *Manuel Élémentaire de Droit Romain*. Paris. Arthur Rousseau, 237.

20 Según Juan Pablo II. *Centesimus annus*, 40.

21 Según Juan Pablo II. *Sollicitudo rei socialis*, 34.

rivadas de la relación entre los varios ecosistemas entre sí y del valor de la biodiversidad, riquezas de toda la humanidad²², en la medida en que contribuyen con los equilibrios esenciales indispensables a la vida²³.

Entonces, al consagrar como derecho fundamental al medio ambiente equilibrado, el orden jurídico interno e internacional busca no sólo traducir para el campo jurídico un crédito común sino una responsabilidad común de todos para con todos. Eso exige un orden jurídico internacional uniforme e implica una conformidad de los órdenes jurídicos internos con los padrones de tutela establecidos universalmente.

Eso exige del Estado control y regulación por parte de las actividades potencialmente nocivas al medio ambiente y la protección de los ecosistemas más vulnerables y de los más esenciales para la vida en el planeta. Exige, también, políticas públicas preventivas de degradación de la atmósfera y de la biosfera y un control eficaz de los efectos de las nuevas tecnologías²⁴.

Esa tutela jurídica por sí sólo no basta, pues el efecto de la norma en el tema ambiental es, por lo general, meramente punitivo, no siendo ejecutable, en la mayoría de los casos, cualquier pretensión de algún efecto restaurativo del daño. Esa tutela debe asumir una naturaleza pedagógica y hacer madurar el sentido de responsabilidad y fomentar el cambio de mentalidad y de los estilos de vida²⁵.

Considerando esa no ejecutabilidad de un efecto restaurativo en la mayoría de los casos en temas ambientales, el *principio de la precaución* es un instrumento fundamental de tutela de éstos bienes fundamentales a la vida humana²⁶. La controversia científica o la escasez de datos impera en buena parte de los problemas que se relacionan al medio ambiente de forma universal. Por ejemplo, véase el calentamiento global. Esa incertidumbre o la existencia de posición o datos contradictorios no son un libelo para actividad de riesgo, pero exigen un deber de cautela y de prevención. La aplicación de ese principio no implica sólo impedir la actividad pero invertir en la investigación científica (ejecutada por el Estado o exigida por la regulación de la actividad) para prevenir los daños ambientales, por veces irreparables.

La aplicación del *principio de la precaución*²⁷ implica también el respeto al ritmo de la naturaleza, en particular de aquellas actividades que le

22 Según Juan Pablo II. *Ecclesia in América*, 25.

23 Según *Compêndio de Doutrina Social da Igreja*, 466.

24 Según CDSI, 468.

25 Según ídem.

26 Según CDSI, 469.

27 Francisco. *Laudato Si'*. § 177.

impactan de forma directa, considerando la agotabilidad y la limitación de sus recursos²⁸.

La aplicación del principio de precaución rompe el sentido de la maximización del lucro como fin último de la actividad económica. El tratamiento del tema ambiental no debe someterse a la lógica del cálculo financiero de los costos y beneficios²⁹. Los mecanismos del mercado son insuficientes para proteger o promover la preservación del medio ambiente³⁰.

La lógica financiera interfiere directamente en las relaciones de justicia, fundamentales para la promoción, realización y alcance de este bien común universal. La doctrina actual denomina este tema *justicia ambiental*³¹, que consiste en parte en la redistribución de los costos de las actividades peligrosas al medio ambiente. Estos costos recaen, por lo general, sobre los más pobres.

Así, el primer deber fundamental es el reconocimiento de todas las personas como acreedoras de un medio ambiente equilibrado. Siendo cada acto de preservación y de protección o de destrucción una conducta debida al otro, así considerado tanto en su individualidad de persona cuanto como parte de un grupo humano³².

La sustentabilidad de la actividad humana, como tal, es un reto del bien común universal, reto que consiste en el hecho de no haber actividad productiva que no sea destructiva, como dice Hannah Arendt. Enseña que el carácter destructivo de la actividad humana es uno de los factores que distingue *el homo faber –que trabaja sobre– del animal laborans –que se mezcla con*³³. El hombre inevitablemente destruye para producir³⁴. El empeño en la sustentabilidad, es decir, en el esfuerzo de disminución y prevención de los riesgos de la actividad productiva, es un imperativo de la solidaridad con el otro, tanto considerado contemporáneo como en relación con las generaciones futuras³⁵.

Ese flujo y reflujo entre el derecho a un medio ambiente equilibrado y el deber de promover y preservar su equilibrio tiene su ambiente en el bien común. Son relaciones de idas y venidas entre un derecho y un deber sobre la misma cosa en sí, que tiene su nexos ético explicado también a partir de la relación entre el bien individual y el bien común. Tal relación es regida

28 Según Juan Pablo II. *Sollicitudo rei socialis*, 26.

29 Francisco. *Laudato Si'*. § 186.

30 Cf. Juan Pablo II. *Centesimus annus*, 40.

31 Francisco. *Laudato Si'*. § 49.

32 Cf. Juan Pablo II. *Centesimus annus*, 40.

33 Cf. Arendt, H. (2001). *A Condição Humana*. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 149.

34 Cf. idem, 151.

35 Francisco. *Laudato Si'*. §159.

por el *principio de correlación*. Un principio secundario que, según Karol Wojtyła, regula la *correlación entre el bien de la persona y el bien común*. Como en un ciclo virtuoso, al cumplir con su deber con el bien común, la persona fomenta sus propios derechos fundamentales³⁶. El bien común es antes que nada un lugar común donde se depositan los deberes y se quitan los derechos³⁷. La corrupción de tal principio genera dos extremos: la subordinación del bien común a un bien individual y la aniquilación del bien de la persona ante un bien colectivo y total³⁸.

El principio de correlación tiene raíces en Tomás de Aquino, cuando dijo que *todo bien de la parte se ordena al todo*³⁹ y que *el bien común se debe preferir siempre al bien privado*⁴⁰. Y es explicado también por Maritain, cuando dice que la persona debe buscar servir a la comunidad y al bien común libremente, aspirando a su propia plenitud⁴¹.

36 Según Wojtyła, K. (2005). *Mi visión del hombre*. Madrid. Ediciones Palabra, 317.

37 Francisco. *Laudato Si'*. § 184.

38 Según ídem, 318.

39 Aquino, Tomás de. *Summa Theologiae*. II-II, q 58, a. 6.

40 Ibídem, II-II, q 68, a. 1, res. 3

41 Según Maritain, J. *La persona...*, ob. cit., 82.

IN MEMORIAM

Dr. Jorge Adolfo Mazzinghi

A los 92 años falleció en Buenos Aires el Dr. Jorge A. Mazzinghi, quien fuera Decano de nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Había nacido en Buenos Aires el 24 de septiembre de 1923. Se graduó de Abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, en 1948, e inició su actividad de investigación en el Seminario de Derecho Civil junto al prestigioso civilista, Jorge Llambías, docente a quien tuve el gusto de conocer en mis primeros años en la Facultad.

Inició su carrera docente en 1959, en la UCA, en la cátedra de Derecho Civil V (Derecho de Familia y Sucesiones), asignatura de la que fue titular a partir de 1964 y profesor Emérito de la UCA en 1997. Hombre de acción, se distinguió profesionalmente como Abogado en temas de familia en el estudio fundado junto con José Mariano Astigueta, en 1952. También litigó en los tribunales eclesiásticos de Buenos Aires.

En 1970 fue designado Vicedecano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y en 1971 reemplazó como Decano al Dr. Santiago de Estrada, designado Embajador ante la Santa Sede. Fue elegido Decano en 1973 y renunció en 1977, al regreso del Dr. Estrada. En 1981 fue designado Vicerrector de la Universidad Católica Argentina, función que desempeñó hasta 1984. Y entre 1991 y 1994 fue Vicerrector de la Universidad Austral.

Adquirió prestigio como investigador y tratadista en Derecho de Familia. Su resultado fueron muchos artículos de su especialidad y un tratado en cuatro tomos, que aún se utiliza, como la formación de un importante grupo de discípulas que vuelcan sus enseñanzas en la cátedra de Derecho de Familia en la UCA.

Su vocación docente y su trabajo como abogado –que no abandonó hasta sus últimos años de vida– no le impidieron ejercer funciones públicas. Fue Secretario de Cultura de la Municipalidad de Buenos Aires entre 1955 y 1958 y 1962/3.

En 1966 fue designado Subsecretario de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación por el ministro Costa Méndez, en la presidencia del general Onganía, cargo que ejerció por tres años. Cabe destacar que ello no le impidió seguir dictando regularmente sus clases en la Facultad.

Entre 1988 y 1993 fue miembro del Pontificio Consejo para la Familia y entre 1997 y 2001 dirigió el diario *El Derecho*, propiedad de la UCA.

Florentino “hasta la médula” y orgulloso de ello, desarrolló su fibra literaria, distinguiéndose por una traducción del Dante.

Para concluir, permítanseme algunos recuerdos personales que surgen de mi presencia como Prosecretario en la Facultad en esos años; en primer lugar, todos recordamos la originalidad de su trazo de escritura con la inolvidable y llamativa tinta verde.

También se destaca su capacidad de trabajo y rapidez en la toma de decisiones. Resulta sintomático que pasara pocas horas en su despacho pero la gestión funcionaba sin tropiezos.

En cuanto se refiere a mi vida profesional, el Dr. Mazzinghi marcó, en gran medida, los trazos iniciales de la misma.

A poco de graduarme en Historia, en 1975 me ofreció la Secretaría Académica de la Facultad sin ser abogado, solo profesor de la carrera de Ciencias Políticas, y aún con cierta oposición en el claustro por esta circunstancia, propuesta que defendió y logró su aprobación por el Consejo Superior de la Universidad.

En 1976, cuando me ofrecieron el decanato de la Facultad de Humanidades de la Universidad Nacional de Mar del Plata, fue obviamente el primero que escuchó mis dudas y vacilaciones. De esa oportunidad –hace cuarenta años ya– todavía recuerdo sus palabras: “Acepte. Se irá siendo Florencio y volverá como el Dr. Hubeňak”.

Para terminar una anécdota. La última vez que le vi fue hace pocos años, para pedirle un artículo para un libro que coordiné, pedido al que terminó accediendo aunque lamentablemente no pudo redactarlo. En esa ocasión, ante mi pedido, me dijo con su entonación tan particular y su fina ironía: “Florencio, yo ya no actualizó mi curriculum, más bien estoy redactando mi obituario”.

Gracias, Dr. Mazzinghi, en nombre de la Facultad y en el mío propio, por toda su obra. Dios se la recompense.

Florencio Hubeňak

PARTE IV

DOCUMENTOS

**MENSAJE DEL SANTO PADRE FRANCISCO PARA
LA CELEBRACIÓN DE LA XLIX JORNADA MUNDIAL
DE LA PAZ, 1° DE ENERO DE 2016**
Vence la indiferencia y conquista la paz

Dios no es indiferente. A Dios le importa la humanidad, Dios no la abandona

1. Al comienzo del nuevo año, quisiera acompañar con esta profunda convicción los mejores deseos de abundantes bendiciones y de paz, en el signo de la esperanza, para el futuro de cada hombre y cada mujer, de cada familia, pueblo y nación del mundo, así como para los Jefes de Estado y de Gobierno y de los Responsables de las religiones. Por tanto, no perdamos la esperanza de que 2016 nos encuentre a todos firme y confiadamente comprometidos, en realizar la justicia y trabajar por la paz en los diversos ámbitos. Sí, la paz es don de Dios y obra de los hombres. La paz es don de Dios, pero confiado a todos los hombres y a todas las mujeres, llamados a llevarlo a la práctica.

Custodiar las razones de la esperanza

2. Las guerras y los atentados terroristas, con sus trágicas consecuencias, los secuestros de personas, las persecuciones por motivos étnicos o religiosos, las prevaricaciones, han marcado de hecho el año pasado, de principio a fin, multiplicándose dolorosamente en muchas regiones del mundo, hasta asumir las formas de la que podría llamar una “tercera guerra mundial en fases”. Pero algunos acontecimientos de los años pasados y del año apenas concluido me invitan, en la perspectiva del nuevo año, a renovar la exhortación a no perder la esperanza en la capacidad del hombre de superar el mal, con la gracia de Dios, y a no caer en la resignación y en la indiferencia. Los acontecimientos a los que me refiero representan la capacidad de la humanidad de actuar con solidaridad, más allá de los intereses individualistas, de la apatía y de la indiferencia ante las situaciones críticas.

Quisiera recordar entre dichos acontecimientos el esfuerzo realizado para favorecer el encuentro de los líderes mundiales en el ámbito de la COP 21, con la finalidad de buscar nuevas vías para afrontar los cambios climáticos y proteger el bienestar de la Tierra, nuestra casa común. Esto nos remite a dos eventos precedentes de carácter global: la Conferencia Mundial de Addis Abeba para recoger fondos con el objetivo de un desarrollo sostenible del mundo, y la adopción por parte de las Naciones Unidas de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, con el objetivo de asegurar para ese año una existencia más digna para todos, sobre todo para las poblaciones pobres del planeta.

El año 2015 ha sido también especial para la Iglesia, al haberse celebrado el 50 aniversario de la publicación de dos documentos del Concilio Vaticano II que expresan de modo muy elocuente el sentido de solidaridad de la Iglesia con el mundo. El papa Juan XXIII, al inicio del Concilio, quiso abrir de par en par las ventanas de la Iglesia para que fuese más abierta la comunicación entre ella y el mundo. Los dos documentos *Nostra aetate* y *Gaudium et spes* son expresiones emblemáticas de la nueva relación de diálogo, solidaridad y acompañamiento que la Iglesia pretendía introducir en la humanidad. En la Declaración *Nostra aetate*, la Iglesia ha sido llamada a abrirse al diálogo con las expresiones religiosas no cristianas. En la Constitución pastoral *Gaudium et spes*, desde el momento que “los gozos y las esperanzas, las tristezas y las angustias de los hombres de nuestro tiempo, sobre todo de los pobres y de cuantos sufren, son a la vez gozos y esperanzas, tristezas y angustias de los discípulos de Cristo”¹, la Iglesia deseaba instaurar un diálogo con la familia humana sobre los problemas del mundo, como signo de solidaridad y de respetuoso afecto².

En esta misma perspectiva, con el Jubileo de la Misericordia, deseo invitar a la Iglesia a rezar y trabajar para que todo cristiano pueda desarrollar un corazón humilde y compasivo, capaz de anunciar y testimoniar la misericordia, de “perdonar y de dar”, de abrirse “a cuantos viven en las más contradictorias periferias existenciales, que con frecuencia el mundo moderno dramáticamente crea”, sin caer “en la indiferencia que humilla, en la habitualidad que anestesia el ánimo e impide descubrir la novedad, en el cinismo que destruye”³.

Hay muchas razones para creer en la capacidad de la humanidad que actúa conjuntamente en solidaridad, en el reconocimiento de la propia interconexión e interdependencia, preocupándose por los miembros más frági-

1 Conc. Ecum. Vat. II, Const. past. *Gaudium et spes*, 1.

2 Cf. *ibíd.*, 3.

3 Bula de convocación del Jubileo extraordinario de la Misericordia, *Misericordiae vultus*, 14-15.

les y la protección del bien común. Esta actitud de corresponsabilidad solidaria está en la raíz de la vocación fundamental a la fraternidad y a la vida común. La dignidad y las relaciones interpersonales nos constituyen como seres humanos, queridos por Dios a su imagen y semejanza. Como criaturas dotadas de inalienable dignidad, nosotros existimos en relación con nuestros hermanos y hermanas, ante los que tenemos una responsabilidad y con los cuales actuamos en solidaridad. Fuera de esta relación, seríamos menos humanos. Precisamente por eso, la indiferencia representa una amenaza para la familia humana. Cuando nos encaminamos por un nuevo año, deseo invitar a todos a reconocer este hecho, para vencer la indiferencia y conquistar la paz.

Algunas formas de indiferencia

3. Es cierto que la actitud del indiferente, de quien cierra el corazón para no tomar en consideración a los otros, de quien cierra los ojos para no ver aquello que lo circunda o se evade para no ser tocado por los problemas de los demás, caracteriza una tipología humana bastante difundida y presente en cada época de la historia. Pero en nuestros días, esta tipología ha superado decididamente el ámbito individual para asumir una dimensión global y producir el fenómeno de la “globalización de la indiferencia”.

La primera forma de indiferencia en la sociedad humana es la indiferencia ante Dios, de la cual brota también la indiferencia ante el prójimo y ante lo creado. Esto es uno de los graves efectos de un falso humanismo y del materialismo práctico, combinados con un pensamiento relativista y nihilista. El hombre piensa ser el autor de sí mismo, de la propia vida y de la sociedad; se siente autosuficiente; busca no sólo reemplazar a Dios, sino prescindir completamente de él. Por consiguiente, cree que no debe nada a nadie, excepto a sí mismo, y pretende tener sólo derechos⁴. Contra esta autocomprensión errónea de la persona, Benedicto XVI recordaba que ni el hombre ni su desarrollo son capaces de darse su significado último por sí mismo⁵; y, precedentemente, Pablo VI había afirmado que “no hay, pues, más que un humanismo verdadero que se abre a lo Absoluto, en el reconocimiento de una vocación, que da la idea verdadera de la vida humana”⁶.

La indiferencia ante el prójimo asume diferentes formas. Hay quien está bien informado, escucha la radio, lee los periódicos o ve programas de televisión, pero lo hace de manera frívola, casi por mera costumbre: estas

4 Cf. Benedicto XVI, Carta. enc. *Caritas in veritate*, 43.

5 Cf. *ibíd.*, 16.

6 Carta. enc. *Populorum progressio*, 42.

personas conocen vagamente los dramas que afligen a la humanidad pero no se sienten comprometidas, no viven la compasión. Esta es la actitud de quien sabe, pero tiene la mirada, la mente y la acción dirigida hacia sí mismo. Desgraciadamente, debemos constatar que el aumento de las informaciones, propias de nuestro tiempo, no significa de por sí un aumento de atención a los problemas, si no va acompañado por una apertura de las conciencias en sentido solidario⁷. Más aún, esto puede comportar una cierta saturación que anestesia y, en cierta medida, relativiza la gravedad de los problemas. “Algunos simplemente se regodean culpando a los pobres y a los países pobres de sus propios males, con indebidas generalizaciones, y pretenden encontrar la solución en una ‘educación’ que los tranquilice y los convierta en seres domesticados e inofensivos. Esto se vuelve todavía más irritante si los excluidos ven crecer ese cáncer social que es la corrupción profundamente arraigada en muchos países —en sus gobiernos, empresarios e instituciones—, cualquiera que sea la ideología política de los gobernantes”⁸.

La indiferencia se manifiesta en otros casos como falta de atención ante la realidad circunstante, especialmente la más lejana. Algunas personas prefieren no buscar, no informarse y viven su bienestar y su comodidad indiferentes al grito de dolor de la humanidad que sufre. Casi sin darnos cuenta, nos hemos convertido en incapaces de sentir compasión por los otros, por sus dramas; no nos interesa preocuparnos de ellos, como si aquello que les acontece fuera una responsabilidad que nos es ajena, que no nos compete⁹. “Cuando estamos bien y nos sentimos a gusto, nos olvidamos de los demás (algo que Dios Padre no hace jamás), no nos interesan sus problemas, ni sus sufrimientos, ni las injusticias que padecen [...] Entonces nuestro corazón cae en la indiferencia: yo estoy relativamente bien y a gusto, y me olvido de quienes no están bien”¹⁰.

Al vivir en una casa común, no podemos dejar de interrogarnos sobre su estado de salud, como he intentado hacer en la *Laudato si'*. La contaminación de las aguas y del aire, la explotación indiscriminada de los bosques, la destrucción del ambiente, son a menudo fruto de la indiferencia del hombre respecto a los demás, porque todo está relacionado. Como también el comportamiento del hombre con los animales influye sobre sus relaciones

7 “La sociedad cada vez más globalizada nos hace más cercanos, pero no más hermanos. La razón, por sí sola, es capaz de aceptar la igualdad entre los hombres y de establecer una convivencia cívica entre ellos, pero no consigue fundar la hermandad” (Benedicto XVI, Carta. enc. *Caritas in veritate*, 19).

8 Exhort. ap. *Evangelii gaudium*, 60.

9 Cf. *ibíd.*, 54.

10 *Mensaje para la Cuaresma 2015*.

con los demás¹¹, por no hablar de quien se permite hacer en otra parte aquello que no osa hacer en su propia casa¹².

En estos y en otros casos, la indiferencia provoca sobre todo cerrazón y distanciamiento, y termina de este modo contribuyendo a la falta de paz con Dios, con el prójimo y con la creación.

La paz amenazada por la indiferencia globalizada

4. La indiferencia ante Dios supera la esfera íntima y espiritual de cada persona y alcanza a la esfera pública y social. Como afirmaba Benedicto XVI, “existe un vínculo íntimo entre la glorificación de Dios y la paz de los hombres sobre la tierra”¹³. En efecto, “sin una apertura a la trascendencia, el hombre cae fácilmente presa del relativismo, resultándole difícil actuar de acuerdo con la justicia y trabajar por la paz”¹⁴. El olvido y la negación de Dios, que llevan al hombre a no reconocer alguna norma por encima de sí y a tomar solamente a sí mismo como norma, han producido crueldad y violencia sin medida¹⁵.

En el plano individual y comunitario, la indiferencia ante el prójimo, hija de la indiferencia ante Dios, asume el aspecto de inercia y despreocupación, que alimenta el persistir de situaciones de injusticia y grave desequilibrio social, los cuales, a su vez, pueden conducir a conflictos o, en todo caso, generar un clima de insatisfacción que corre el riesgo de terminar, antes o después, en violencia e inseguridad.

En este sentido, la indiferencia y la despreocupación que se deriva constituyen una grave falta al deber que tiene cada persona de contribuir, en la medida de sus capacidades y del papel que desempeña en la sociedad, al bien común, de modo particular a la paz, que es uno de los bienes más preciosos de la humanidad¹⁶.

Cuando afecta el plano institucional, la indiferencia respecto al otro, a su dignidad, a sus derechos fundamentales y a su libertad, unida a una cultura orientada a la ganancia y al hedonismo, favorece, y a veces justifica, actuaciones y políticas que terminan por constituir amenazas a la paz. Dicha actitud de indiferencia puede llegar también a justificar algunas políticas

11 Cf. Carta. enc. *Laudato si'*, 92.

12 Cf. *ibíd.*, 51.

13 Discurso a los miembros del Cuerpo Diplomático acreditado ante la Santa Sede (7 de enero de 2013).

14 *Ibíd.*

15 Cf. Benedicto XVI, *Intervención durante la Jornada de reflexión, diálogo y oración por la paz y la justicia en el mundo*, Asís, 27 de octubre 2011.

16 Cf. Exhort. ap. *Evangelii gaudium*, 217-237.

económicas deplorables, premonitoras de injusticias, divisiones y violencias, con vistas a conseguir el bienestar propio o el de la nación. En efecto, no es raro que los proyectos económicos y políticos de los hombres tengan como objetivo conquistar o mantener el poder y la riqueza, incluso a costa de pisotear los derechos y las exigencias fundamentales de los otros. Cuando las poblaciones se ven privadas de sus derechos elementales, como el alimento, el agua, la asistencia sanitaria o el trabajo, se sienten tentadas a tomárselos por la fuerza¹⁷.

Además, la indiferencia respecto al ambiente natural, favoreciendo la deforestación, la contaminación y las catástrofes naturales que desarraigan comunidades enteras de su ambiente de vida, forzándolas a la precariedad y a la inseguridad, crea nuevas pobreza, nuevas situaciones de injusticia de consecuencias a menudo nefastas en términos de seguridad y de paz social. ¿Cuántas guerras ha habido y cuántas se combatirán aún a causa de la falta de recursos o para satisfacer a la insaciable demanda de recursos naturales?¹⁸

La indiferencia a la misericordia: la conversión del corazón

5. Hace un año, en el *Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz* “no más esclavos, sino hermanos”, me referí al primer icono bíblico de la fraternidad humana, la de Caín y Abel (cf. *Gn* 4, 1-16), y lo hice para llamar la atención sobre el modo en que fue traicionada esta primera fraternidad. Caín y Abel son hermanos. Proviene los dos del mismo vientre, son iguales en dignidad, y creados a imagen y semejanza de Dios; pero su fraternidad creacional se rompe. “Caín, además de no soportar a su hermano, Abel, lo mata por envidia cometiendo el primer fratricidio”¹⁹. El fratricidio se convierte en paradigma de la traición, y el rechazo por parte de Caín a la fraternidad de

17 “Pero hasta que no se reviertan la exclusión y la inequidad dentro de una sociedad y entre los distintos pueblos será imposible erradicar la violencia. Se acusa de la violencia a los pobres y a los pueblos pobres pero, sin igualdad de oportunidades, las diversas formas de agresión y de guerra encontrarán un caldo de cultivo que tarde o temprano provocará su explosión. Cuando la sociedad –local, nacional o mundial– abandona en la periferia una parte de sí misma, no habrá programas políticos ni recursos policiales o de inteligencia que puedan asegurar indefinidamente la tranquilidad. Esto no sucede solamente porque la inequidad provoca la reacción violenta de los excluidos del sistema, sino porque el sistema social y económico es injusto en su raíz. Así como el bien tiende a comunicarse, el mal consentido, que es la injusticia, tiende a expandir su potencia dañina y a socavar silenciosamente las bases de cualquier sistema político y social por más sólido que parezca” (Exhort. ap. *Evangelii gaudium*, 59).

18 Cf. Carta enc. *Laudato si'*, 31; 48.

19 *Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz 2015*, 2.

Abel es la primera ruptura de las relaciones de hermandad, solidaridad y respeto mutuo.

Dios interviene entonces para llamar al hombre a la responsabilidad ante su semejante, como hizo con Adán y Eva, los primeros padres, cuando rompieron la comunión con el Creador. “El Señor dijo a Caín: ‘¿Dónde está Abel, tu hermano?’. Respondió Caín: ‘No sé; ¿soy yo el guardián de mi hermano?’. El Señor le replicó: ‘¿Qué has hecho? La sangre de tu hermano me está gritando desde el suelo’” (*Gn 4, 9-10*).

Caín dice que no sabe lo que le ha sucedido a su hermano, dice que no es su guardián. No se siente responsable de su vida, de su suerte. No se siente implicado. Es indiferente ante su hermano, a pesar de que ambos estén unidos por el mismo origen. ¡Qué tristeza! ¡Qué drama fraterno, familiar, humano! Esta es la primera manifestación de la indiferencia entre hermanos. En cambio, Dios no es indiferente: la sangre de Abel tiene gran valor ante sus ojos y pide a Caín que rinda cuentas de ella. Por tanto, Dios se revela desde el inicio de la humanidad como Aquel que se interesa por la suerte del hombre. Cuando más tarde los hijos de Israel están bajo la esclavitud en Egipto, Dios interviene nuevamente. Dice a Moisés: “He visto la opresión de mi pueblo en Egipto y he oído sus quejas contra los opresores; conozco sus sufrimientos. He bajado a liberarlo de los egipcios, a sacarlo de esta tierra, para llevarlo a una tierra fértil y espaciosa, tierra que mana leche y miel” (*Ex 3, 7-8*). Es importante destacar los verbos que describen la intervención de Dios: Él ve, oye, conoce, baja, libera. Dios no es indiferente. Está atento y actúa.

Del mismo modo, Dios, en su Hijo Jesús, ha bajado entre los hombres, se ha encarnado y se ha mostrado solidario con la humanidad en todo, menos en el pecado. Jesús se identificaba con la humanidad: “El primogénito entre muchos hermanos” (*Rm 8, 29*). Él no se limitaba a enseñar a la muchedumbre, sino que se preocupaba de ella, especialmente cuando la veía hambrienta (cf. *Mc 6, 34-44*) o desocupada (cf. *Mt 20, 3*). Su mirada no estaba dirigida solamente a los hombres, sino también a los peces del mar, a las aves del cielo, a las plantas y a los árboles, pequeños y grandes: abrazaba a toda la creación. Ciertamente, él ve, pero no se limita a esto, puesto que toca a las personas, habla con ellas, actúa en su favor y hace el bien a quien se encuentra en necesidad. No sólo, sino que se deja conmover y llora (cf. *Jn 11, 33-44*). Y actúa para poner fin al sufrimiento, a la tristeza, a la miseria y a la muerte.

Jesús nos enseña a ser misericordiosos como el Padre (cf. *Lc 6, 36*). En la parábola del buen samaritano (cf. *Lc 10, 29-37*) denuncia la omisión de ayuda frente a la urgente necesidad de los semejantes: “lo vio y pasó de largo” (cf. *Lc 6, 31-32*). De la misma manera, mediante este ejemplo, invita a sus oyentes, y en particular a sus discípulos, a que aprendan a detenerse

ante los sufrimientos de este mundo para aliviarlos, ante las heridas de los demás para curarlas, con los medios que tengan, comenzando por el propio tiempo, a pesar de tantas ocupaciones. En efecto, la indiferencia busca a menudo pretextos: el cumplimiento de los preceptos rituales, la cantidad de cosas que hay que hacer, los antagonismos que nos alejan los unos de los otros, los prejuicios de todo tipo que nos impiden hacernos prójimo.

La misericordia es el corazón de Dios. Por ello debe ser también el corazón de todos los que se reconocen miembros de la única gran familia de sus hijos; un corazón que bate fuerte allí donde la dignidad humana –reflejo del rostro de Dios en sus creaturas– esté en juego. Jesús nos advierte: el amor a los demás –los extranjeros, los enfermos, los encarcelados, los que no tienen hogar, incluso los enemigos– es la medida con la que Dios juzgará nuestras acciones. De esto depende nuestro destino eterno. No es de extrañar que el apóstol Pablo invite a los cristianos de Roma a alegrarse con los que se alegran y a llorar con los que lloran (cf. *Rm* 12, 15), o que aconseje a los de Corinto organizar colectas como signo de solidaridad con los miembros de la Iglesia que sufren (cf. *1 Co* 16,2-3). Y san Juan escribe: “Si uno tiene bienes del mundo y, viendo a su hermano en necesidad, le cierra sus entrañas, ¿cómo va a estar en él el amor de Dios?” (cf. *1 Jn* 3, 17; cf. *St* 2, 15-16).

Por eso “es determinante para la Iglesia y para la credibilidad de su anuncio que ella viva y testimonie en primera persona la misericordia. Su lenguaje y sus gestos deben transmitir misericordia para penetrar en el corazón de las personas y motivarlas a reencontrar el camino de vuelta al Padre. La primera verdad de la Iglesia es el amor de Cristo. De este amor, que llega hasta el perdón y al don de sí, la Iglesia se hace sierva y mediadora ante los hombres. Por tanto, donde la Iglesia esté presente, allí debe ser evidente la misericordia del Padre. En nuestras parroquias, en las comunidades, en las asociaciones y movimientos, en fin, dondequiera que haya cristianos, cualquiera debería poder encontrar un oasis de misericordia”²⁰.

También nosotros estamos llamados a que el amor, la compasión, la misericordia y la solidaridad sean nuestro verdadero programa de vida, un estilo de comportamiento en nuestras relaciones de los unos con los otros²¹. Esto pide la conversión del corazón: que la gracia de Dios transforme nuestro corazón de piedra en un corazón de carne (cf. *Ez* 36, 26), capaz de abrirse a los otros con auténtica solidaridad. Esta es mucho más que un “sentimiento superficial por los males de tantas personas, cercanas o lejanas”²². La solidaridad “es la determinación firme y perseverante de empeñarse por el

20 Bula de convocación del Jubileo extraordinario de la Misericordia, *Misericordiae vultus*, 12.

21 Cf. *ibíd.*, 13.

22 Juan Pablo II, Carta. enc. *Sollicitudo rei socialis*, 38.

bien común; es decir, por el bien de todos y cada uno, para que todos seamos verdaderamente responsables de todos”²³, porque la compasión surge de la fraternidad.

Así entendida, la solidaridad constituye la actitud moral y social que mejor responde a la toma de conciencia de las heridas de nuestro tiempo y de la innegable interdependencia que aumenta cada vez más, especialmente en un mundo globalizado, entre la vida de la persona y de su comunidad en un determinado lugar, así como la de los demás hombres y mujeres del resto del mundo²⁴.

Promover una cultura de solidaridad y misericordia para vencer la indiferencia

6. La solidaridad como virtud moral y actitud social, fruto de la conversión personal, exige el compromiso de todos aquellos que tienen responsabilidades educativas y formativas.

En primer lugar me dirijo a las familias, llamadas a una misión educativa primaria e imprescindible. Ellas constituyen el primer lugar en el que se viven y se transmiten los valores del amor y de la fraternidad, de la convivencia y del compartir, de la atención y del cuidado del otro. Ellas son también el ámbito privilegiado para la transmisión de la fe desde aquellos primeros simples gestos de devoción que las madres enseñan a los hijos²⁵.

Los educadores y los formadores que, en la escuela o en los diferentes centros de asociación infantil y juvenil, tienen la ardua tarea de educar a los niños y jóvenes, están llamados a tomar conciencia de que su responsabilidad tiene que ver con las dimensiones morales, espirituales y sociales de la persona. Los valores de la libertad, del respeto recíproco y de la solidaridad se transmiten desde la más tierna infancia. Dirigiéndose a los responsables de las instituciones que tienen responsabilidades educativas, Benedicto XVI afirmaba: “Que todo ambiente educativo sea un lugar de apertura al otro y a lo trascendente; lugar de diálogo, de cohesión y de escucha, en el que el joven se sienta valorado en sus propias potencialidades y riqueza interior, y aprenda a apreciar a los hermanos. Que enseñe a gustar la alegría que brota de vivir día a día la caridad y la compasión por el prójimo, y de participar activamente en la construcción de una sociedad más humana y fraterna”²⁶.

23 *Ibíd.*

24 *Cf. ibíd.*

25 *Cf. Catequesis durante la Audiencia general* (7 de enero de 2015).

26 *Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz 2012*, 2.

Quienes se dedican al mundo de la cultura y de los medios de comunicación social tienen también una responsabilidad en el campo de la educación y la formación, especialmente en la sociedad contemporánea, en la que el acceso a los instrumentos de formación y de comunicación está cada vez más extendido. Su cometido es sobre todo el de ponerse al servicio de la verdad y no de intereses particulares. En efecto, los medios de comunicación “no sólo informan, sino que también forman el espíritu de sus destinatarios y, por tanto, pueden dar una aportación notable a la educación de los jóvenes. Es importante tener presente que los lazos entre educación y comunicación son muy estrechos: en efecto, la educación se produce mediante la comunicación, que influye positiva o negativamente en la formación de la persona”²⁷. Quienes se ocupan de la cultura y los medios deberían también vigilar para que el modo en el que se obtienen y se difunden las informaciones sea siempre jurídicamente y moralmente lícito.

La paz: fruto de una cultura de solidaridad, misericordia y compasión

7. Conscientes de la amenaza de la globalización de la indiferencia, no podemos dejar de reconocer que, en el escenario descrito anteriormente, se dan también numerosas iniciativas y acciones positivas que testimonian la compasión, la misericordia y la solidaridad de las que el hombre es capaz.

Quisiera recordar algunos ejemplos de actuaciones loables, que demuestran cómo cada uno puede vencer la indiferencia si no aparta la mirada de su prójimo, y que constituyen buenas prácticas en el camino hacia una sociedad más humana.

Hay muchas organizaciones no gubernativas y asociaciones caritativas dentro de la Iglesia, y fuera de ella, cuyos miembros, con ocasión de epidemias, calamidades o conflictos armados, afrontan fatigas y peligros para cuidar a los heridos y enfermos, como también para enterrar a los difuntos. Junto a ellos, deseo mencionar a las personas y a las asociaciones que ayudan a los emigrantes que atraviesan desiertos y surcan los mares en busca de mejores condiciones de vida. Estas acciones son obras de misericordia, corporales y espirituales, sobre las que seremos juzgados al término de nuestra vida.

Me dirijo también a los periodistas y fotógrafos que informan a la opinión pública sobre las situaciones difíciles que interpelan las conciencias, y a los que se batan en defensa de los derechos humanos, sobre todo de las

²⁷ *Ibíd.*

minorías étnicas y religiosas, de los pueblos indígenas, de las mujeres y de los niños, así como de todos aquellos que viven en condiciones de mayor vulnerabilidad. Entre ellos hay también muchos sacerdotes y misioneros que, como buenos pastores, permanecen junto a sus fieles y los sostienen a pesar de los peligros y dificultades, de modo particular durante los conflictos armados.

Además, numerosas familias, en medio de tantas dificultades laborales y sociales, se esfuerzan concretamente en educar a sus hijos “contracorriente”, con tantos sacrificios, en los valores de la solidaridad, la compasión y la fraternidad. Muchas familias abren sus corazones y sus casas a quien tiene necesidad, como los refugiados y los emigrantes. Deseo agradecer particularmente a todas las personas, las familias, las parroquias, las comunidades religiosas, los monasterios y los santuarios, que han respondido rápidamente a mi llamamiento a acoger una familia de refugiados²⁸.

Por último, deseo mencionar a los jóvenes que se unen para realizar proyectos de solidaridad, y a todos aquellos que abren sus manos para ayudar al prójimo necesitado en sus ciudades, en su país o en otras regiones del mundo. Quiero agradecer y animar a todos aquellos que sé trabajan en acciones de este tipo, aunque no se les dé publicidad: su hambre y sed de justicia será saciada, su misericordia hará que encuentren misericordia y, como trabajadores de la paz, serán llamados hijos de Dios (cf. *Mt* 5, 6-9).

Paz en el signo del Jubileo de la Misericordia

8. En el espíritu del Jubileo de la Misericordia, cada uno está llamado a reconocer cómo se manifiesta la indiferencia en la propia vida, y a adoptar un compromiso concreto para contribuir a mejorar la realidad donde vive, a partir de la propia familia, de su vecindario o el ambiente de trabajo.

Los Estados están llamados también a hacer gestos concretos, actos de valentía para con las personas más frágiles de su sociedad, como los encarcelados, los emigrantes, los desempleados y los enfermos.

Por lo que se refiere a los detenidos, en muchos casos es urgente que se adopten medidas concretas para mejorar las condiciones de vida en las cárceles, con una atención especial para quienes están detenidos en espera de juicio²⁹, teniendo en cuenta la finalidad reeducativa de la sanción penal y evaluando la posibilidad de introducir en las legislaciones nacionales penas alternativas a la prisión. En este contexto, deseo renovar el llamamiento

²⁸ Cf. *Ángelus* (6 de septiembre de 2015).

²⁹ Cf. *Discurso a una delegación de la Asociación Internacional de Derecho Penal* (23 de octubre de 2014).

a las autoridades estatales para abolir la pena de muerte allí donde está todavía en vigor, y considerar la posibilidad de una amnistía.

Respecto a los emigrantes, quisiera dirigir una invitación a repensar las legislaciones sobre los emigrantes, para que estén inspiradas en la voluntad de acogida, en el respeto de los recíprocos deberes y responsabilidades, y puedan facilitar la integración de los emigrantes. En esta perspectiva, se debería prestar una atención especial a las condiciones de residencia de los emigrantes, recordando que la clandestinidad corre el riesgo de arrastrarles a la criminalidad.

Deseo, además, en este Año jubilar, formular un llamamiento urgente a los responsables de los Estados para hacer gestos concretos en favor de nuestros hermanos y hermanas que sufren por la falta de *trabajo, tierra y techo*. Pienso en la creación de puestos de trabajo digno para afrontar la herida social de la desocupación, que afecta a un gran número de familias y de jóvenes y tiene consecuencias gravísimas sobre toda la sociedad. La falta de trabajo incide gravemente en el sentido de dignidad y en la esperanza, y puede ser compensada sólo parcialmente por los subsidios, si bien necesarios, destinados a los desempleados y a sus familias. Una atención especial debería ser dedicada a las mujeres –desgraciadamente todavía discriminadas en el campo del trabajo– y a algunas categorías de trabajadores, cuyas condiciones son precarias o peligrosas y cuyas retribuciones no son adecuadas a la importancia de su misión social.

Por último, quisiera invitar a realizar acciones eficaces para mejorar las condiciones de vida de los enfermos, garantizando a todos el acceso a los tratamientos médicos y a los medicamentos indispensables para la vida, incluida la posibilidad de atención domiciliaria.

Los responsables de los Estados, dirigiendo la mirada más allá de las propias fronteras, también están llamados e invitados a renovar sus relaciones con otros pueblos, permitiendo a todos una efectiva participación e inclusión en la vida de la comunidad internacional, para que se llegue a la fraternidad también dentro de la familia de las naciones.

En esta perspectiva, deseo dirigir un triple llamamiento para que se evite arrastrar a otros pueblos a conflictos o guerras que destruyen no sólo las riquezas materiales, culturales y sociales, sino también –y por mucho tiempo– la integridad moral y espiritual; para abolir o gestionar de manera sostenible la deuda internacional de los Estados más pobres; para adoptar políticas de cooperación que, más que doblarse a las dictaduras de algunas ideologías, sean respetuosas de los valores de las poblaciones locales y que, en cualquier caso, no perjudiquen el derecho fundamental e inalienable de los niños por nacer.

Confío estas reflexiones, junto con los mejores deseos para el nuevo año, a la intercesión de María Santísima, Madre atenta a las necesidades

de la humanidad, para que nos obtenga de su Hijo Jesús, Príncipe de la Paz, el cumplimiento de nuestras súplicas y la bendición de nuestro compromiso cotidiano en favor de un mundo fraterno y solidario.

*Vaticano, 8 de diciembre de 2015
Solemnidad de la Inmaculada Concepción de la Santísima Virgen María
Apertura del Jubileo Extraordinario de la Misericordia*

FRANCISCUS

**DISCURSO DEL SANTO PADRE FRANCISCO AL CUERPO
DIPLOMÁTICO ACREDITADO ANTE LA SANTA SEDE
SALA REGIA, LUNES 11 DE ENERO DE 2016**

Excelencias, Señoras y Señores:

Les doy la cordial bienvenida a esta cita anual, que me da la oportunidad de presentarles mis mejores deseos para el nuevo año, y de reflexionar con ustedes sobre la situación de nuestro mundo, bendecido y amado por Dios, y, sin embargo, cansado y afligido por tantos males. Doy las gracias al nuevo Decano del Cuerpo Diplomático, Su Excelencia el Sr. Armino Fernandes do Espírito Santo Vieira, Embajador de Angola, por las amables palabras que me ha dirigido en nombre de todo el Cuerpo Diplomático acreditado ante la Santa Sede. Al mismo tiempo, quiero recordar de manera especial a los difuntos Embajadores de Cuba, Rodney Alejandro López Clemente, y de Liberia, Rudolf P. von Ballmoos, cuando se cumple casi un mes de su muerte.

Aprovecho la ocasión también para saludar de modo particular a los que participan por primera vez en este encuentro, reconociendo con agrado que, en el último año, se ha incrementado el número de embajadores residentes en Roma. Es un signo importante del interés con que la comunidad internacional sigue la actividad diplomática de la Santa Sede. Prueba de ello son también los acuerdos internacionales firmados o ratificados durante el año que acaba de terminar. En particular, quisiera mencionar los acuerdos en materia fiscal firmados con Italia y con los Estados Unidos de América, que demuestran el creciente compromiso de la Santa Sede en favor de una mayor transparencia en materia económica. Igualmente importantes son los acuerdos de carácter general, orientados a regular los aspectos esenciales de la vida y de la actividad de la Iglesia en varios países, como el acuerdo firmado en Dili, con la República Democrática de Timor Oriental.

Del mismo modo, deseo mencionar el intercambio de los instrumentos de ratificación del Acuerdo con Chad sobre el estatuto jurídico de la Iglesia Católica en ese país, así como el Acuerdo firmado y ratificado con

Palestina. Se trata de dos acuerdos que, junto con el Memorandum de Entendimiento entre la Secretaría de Estado y el Ministerio de Asuntos Exteriores de Kuwait, demuestran, entre otras cosas, que la convivencia pacífica entre los creyentes de distintas religiones es posible, allí donde la libertad religiosa se reconoce, y se garantiza la posibilidad efectiva de colaborar en la edificación del bien común, en el respeto mutuo de la identidad cultural de cada uno.

Por otro lado, toda experiencia religiosa auténticamente vivida promueve la paz. Nos lo recuerda la Navidad que acabamos de celebrar y en la que hemos contemplado el nacimiento de un niño indefenso, “llamado: Maravilla de Consejero, Dios fuerte, Padre de eternidad, Príncipe de la paz” (Is 9, 5). El misterio de la Encarnación nos muestra el verdadero rostro de Dios, para quien el poder no significa fuerza y destrucción, sino amor; la justicia no significa venganza, sino misericordia. He querido que se situara en esta perspectiva el *Jubileo Extraordinario de la Misericordia*, que inauguré excepcionalmente en *Bangui* durante mi *viaje apostólico a Kenia, Uganda y República Centroafricana*. En un país tan golpeado por el hambre, la pobreza y los conflictos, en el que la violencia fratricida de los últimos años ha dejado profundas heridas en las almas, desgarrando la comunidad nacional y generando pobreza material y moral, la *apertura de la Puerta Santa de la Catedral de Bangui* pretendía ser un signo de aliento para alzar la mirada, para retomar el camino y para volver a encontrar las razones para el diálogo. Allí donde se ha abusado del nombre de Dios para cometer injusticias, he querido reafirmar, junto con la *comunidad musulmana de la República Centroafricana*, que “quien dice que cree en Dios ha de ser también un hombre o una mujer de paz”¹, y, por lo tanto, de misericordia, porque nunca se puede matar en nombre de Dios. Sólo una forma ideológica y desviada de religión puede pensar que se hace justicia en nombre del Omnipotente masacrando deliberadamente a personas indefensas, como ocurrió en los sanguinarios atentados terroristas de los últimos meses en África, Europa y Oriente Medio.

La Misericordia ha sido el “hilo conductor” que ha guiado mis viajes apostólicos durante el año pasado. Me refiero en primer lugar a la *visita a Sarajevo*, ciudad profundamente golpeada por la guerra en los Balcanes y capital de un país, Bosnia y Herzegovina, que tiene un significado especial para Europa y para el mundo entero. Como encrucijada de culturas, naciones y religiones se está esforzando, con resultados positivos, en construir puentes nuevos, valorar lo que une y ver las diferencias como oportunidades de crecimiento en el respeto de todos. Esto es posible a través del diálogo

1 *Encuentro con la Comunidad Musulmana*, Bangui, 30 de noviembre de 2015.

paciente y confiado, que sabe respetar los valores de la cultura de cada uno y acoger lo que hay de bueno en las experiencias de los demás².

Pienso también en el viaje a *Bolivia, Ecuador y Paraguay*, donde encontré pueblos que no se rinden ante las dificultades, y se enfrentan con valentía, determinación y espíritu de fraternidad a los muchos retos que los afligen, empezando por la pobreza generalizada y las desigualdades sociales. En el viaje a *Cuba y a los Estados Unidos de América* pude abrazar a dos países que durante mucho tiempo han estado divididos, y que han decidido escribir una nueva página de la historia, emprendiendo un camino de acercamiento y reconciliación.

En *Filadelfia, con ocasión del Encuentro Mundial de las Familias*, así como durante el viaje a *Sri Lanka y Filipinas*, y con el reciente *Sínodo de los Obispos*, he recordado la importancia de la familia, que es la primera y más importante escuela de la misericordia, en la que se aprende a descubrir el rostro amoroso de Dios y en la que nuestra humanidad crece y se desarrolla. Por desgracia, sabemos cuántos desafíos tiene que afrontar la familia en este tiempo en el que está “amenazada por el creciente intento, por parte de algunos, de redefinir la institución misma del matrimonio, guiados por el relativismo, la cultura de lo efímero, la falta de apertura a la vida”³. Hoy existe un miedo generalizado a la estabilidad que la familia reclama y quienes pagan las consecuencias son sobre todo los más jóvenes, a menudo frágiles y desorientados, y los ancianos, que terminan siendo olvidados y abandonados. Por el contrario, “de la fraternidad vivida en la familia, nace [...] la *solidaridad en la sociedad*”⁴, que nos lleva a ser unos responsables de los otros. Esto sólo es posible si en nuestras casas, así como en nuestra sociedad, no permitimos que se sedimenten el cansancio y los resentimientos, sino que damos paso al diálogo, que es el mejor antídoto contra el individualismo, tan extendido en la cultura de nuestro tiempo.

Estimados Embajadores:

Un espíritu individualista es terreno fértil para que madure el sentido de indiferencia hacia el prójimo, que lleva a tratarlo como puro objeto de compraventa, que induce a desinteresarse de la humanidad de los demás y termina por hacer que las personas sean pusilánimes y cínicas. ¿Acaso no son estas las actitudes que frecuentemente asumimos frente a los pobres, los marginados o los últimos de la sociedad? ¡Y cuántos últimos hay en

2 Cf. *Encuentro con las Autoridades*, Sarajevo, 6 de junio de 2015.

3 *Encuentro con las Familias*, Manila, 16 de enero de 2015.

4 *Encuentro con la Sociedad Civil*, Quito, 7 de julio de 2015.

nuestras sociedades! Entre estos, pienso sobre todo en los emigrantes, con la carga de dificultades y sufrimientos que deben soportar cada día en la búsqueda, a veces desesperada, de un lugar donde poder vivir en paz y con dignidad.

Quisiera, por tanto, detenerme a reflexionar con ustedes sobre la grave emergencia migratoria que estamos afrontando, para discernir sus causas, plantear soluciones, y vencer el miedo inevitable que acompaña un fenómeno tan consistente e imponente, que a lo largo del año 2015 ha afectado principalmente a Europa, pero también a diversas regiones de Asia, así como del norte y el centro de América.

“No tengas miedo ni te acobardes, que contigo está el Señor, tu Dios, en cualquier cosa que emprendas” (*Jos 1, 9*). Es la promesa que Dios hizo a Josué y que pone de manifiesto cómo el Señor acompaña a cada persona, sobre todo a quien se encuentra en una situación de fragilidad, como la que tiene quien busca refugio en un país extranjero. En efecto, toda la Biblia nos narra la historia de una humanidad en camino, porque el estar en camino es connatural al hombre. Su historia está hecha de tantas migraciones, a veces como fruto de su conciencia del derecho a una libre elección; otras, impuestas a menudo por las circunstancias externas. Desde el exilio del paraíso terrenal hasta Abrahán, en camino hacia la tierra prometida, desde la narración del Éxodo hasta la deportación en Babilonia, la Sagrada Escritura narra fatigas y sufrimientos, aspiraciones y esperanzas, que son comunes a los de cientos de miles de personas que, también en nuestros días, con la misma determinación de Moisés, se ponen en marcha para llegar a una tierra que destile “leche y miel” (cf. *Ex 3, 17*), donde poder vivir en libertad y en paz.

Y así, también hoy como entonces, oímos el grito de Raquel que llora por sus hijos porque ya no están (cf. *Jr 31, 15; Mt 2, 18*). Es la voz de los miles de personas que lloran huyendo de guerras espantosas, de persecuciones y de violaciones de los derechos humanos, o de la inestabilidad política o social, que hace imposible la vida en la propia patria. Es el grito de cuantos se ven obligados a huir para evitar las indescriptibles barbaries cometidas contra personas indefensas, como los niños y los discapacitados, o el martirio por el simple hecho de su fe religiosa.

También hoy como entonces, escuchamos la voz de Jacob que dice a sus hijos: “Bajad y comprad allí [el grano] para nosotros, a fin de que sobrevivamos y no muramos” (*Gn 42, 2*). Es la voz de los que escapan de la miseria extrema, al no poder alimentar a sus familias ni tener acceso a la atención médica y a la educación, de la degradación, porque no tienen ninguna perspectiva de progreso, o de los cambios climáticos y las condiciones climáticas extremas. Todos saben que el hambre sigue siendo, desgraciadamente, una de las plagas más graves de nuestro mundo, con millones de niños que

mueren cada año por su causa. Duele constatar, sin embargo, que a menudo estos emigrantes no entran en los sistemas internacionales de protección en virtud de los acuerdos internacionales.

¿Cómo no ver en todo esto el fruto de una “cultura del descarte” que pone en peligro a la persona humana, sacrificando a hombres y mujeres a los ídolos del beneficio y del consumismo? Es grave acostumbrarse a estas situaciones de pobreza y necesidad, al drama de tantas personas, y considerarlas como “normales”. No se considera ya a las personas como un valor primario que hay que respetar y amparar, especialmente si son pobres o discapacitados, si “todavía no son útiles” –como los no nacidos–, o si “ya no sirven” –como los ancianos–. Nos hemos hecho insensibles a cualquier forma de despilfarro, comenzando por el de los alimentos, que es uno de los más vergonzosos, pues son muchas las personas y las familias que sufren hambre y desnutrición⁵.

La Santa Sede espera que el Primer Vértice Humanitario Mundial, convocado por las Naciones Unidas para el próximo mes de mayo, pueda, en medio del actual y triste cuadro de conflictos y desastres, tener éxito en su intento de colocar a la persona humana y su dignidad en el centro de cualquier respuesta humanitaria. Se hace necesario un compromiso común que acabe decididamente con la cultura del descarte y de la ofensa a la vida humana, de modo que nadie se sienta descuidado u olvidado, y que no se sacrifiquen más vidas por falta de recursos y, sobre todo, de voluntad política.

Tristemente, seguimos escuchando también hoy la voz de Judá que sugiere vender a su propio hermano (cf. *Gn* 37, 26-27). Es la arrogancia de los poderosos que, con fines egoístas o cálculos estratégicos y políticos, instrumentalizan a los débiles y los reducen a objetos. Allí donde una migración regular es imposible, los emigrantes se ven obligados a dirigirse, ordinariamente, a quienes practican la trata [*trafficking*] o el contrabando [*smuggling*] de seres humanos, a pesar de que son, en gran parte, conscientes del peligro que corren de perder durante la travesía sus bienes, su dignidad e, incluso, la propia vida. En este sentido, renuevo una vez más el llamado a detener el tráfico de personas, que convierte a los seres humanos en mercancía, especialmente a los más débiles e indefensos. Permanecerán siempre indelebles en nuestra mente y en nuestro corazón las imágenes de los niños ahogados en el mar, víctimas de la falta de escrúpulos de los hombres y de la inclemencia de la naturaleza. Quien logra sobrevivir y llegar a un país que lo acoge, lleva permanentemente las profundas cicatrices provocadas por esas experiencias, además de las producidas por los horrores que acompañan siempre a las guerras y a las violencias.

5 *Audiencia General*, 5 de junio de 2013.

Igual que en aquel tiempo, también hoy se oye repetir al Ángel: “Levántate, toma al niño y a su madre y huye a Egipto; quédate allí hasta que yo te avise” (*Mt* 2, 13). Es la voz que escuchan muchos de los emigrantes que jamás habrían dejado su propia patria si no se hubieran visto obligados a ello. Se cuentan entre ellos la multitud de cristianos que, cada vez más en masa, han tenido que abandonar durante los últimos años su propia tierra, en la que han vivido incluso desde los orígenes del cristianismo.

Por último, también hoy escuchamos la voz del salmista que dice: “Junto a los canales de Babilonia nos sentamos a llorar con nostalgia de Sión” (*Sal* 136 [137], 1). Es el llanto de quienes regresarían de buena gana a sus propios países si encontraran adecuadas condiciones de seguridad y de subsistencia. También, en este caso, pienso en los cristianos del Medio Oriente, deseosos de contribuir, como ciudadanos a pleno título, al bienestar espiritual y material de sus respectivas naciones.

Gran parte de las causas que provocan la emigración se podían haber ya afrontado desde hace tiempo. Así, se podrían haber evitado o, al menos, mitigado sus consecuencias más crueles. Todavía ahora, y antes de que sea demasiado tarde, se puede hacer mucho para detener las tragedias y construir la paz. Para ello, habría que poner en discusión costumbres y prácticas consolidadas, empezando por los problemas relacionados con el comercio de armas, el abastecimiento de materias primas y de energía, la inversión, la política financiera y de ayuda al desarrollo, hasta la grave plaga de la corrupción. Somos conscientes de que, con relación al tema de la emigración, se necesitan establecer planes a medio y largo plazo que no se queden en la simple respuesta a una emergencia. Deben servir, por una parte, para ayudar realmente a la integración de los emigrantes en los países de acogida y, al mismo tiempo, favorecer el desarrollo de los países de proveniencia, con políticas solidarias, que no sometan las ayudas a estrategias y prácticas ideológicas ajenas o contrarias a las culturas de los pueblos a las que van dirigidas.

Sin olvidar otras situaciones dramáticas, y pienso particularmente en la frontera entre México y los Estados Unidos de América, a la que *me acercaré el próximo mes* cuando visite Ciudad Juárez, quisiera dedicar una especial reflexión a Europa. En efecto, durante el último año se ha visto afectada por un flujo masivo de prófugos –mucho de los cuales han encontrado la muerte en el tentativo de alcanzarla–, que no tiene precedentes en la historia reciente, ni siquiera al final de la Segunda Guerra Mundial. Muchos emigrantes procedentes de Asia y África ven a Europa como un referente por sus principios, como la igualdad ante la ley, y por los valores inscritos en la naturaleza misma de todo hombre, como la inviolabilidad de la dignidad y la igualdad de toda persona, el amor al prójimo sin distinción de origen y pertenencia, la libertad de conciencia y la solidaridad con sus semejantes.

Sin embargo, los desembarcos masivos en las costas del Viejo Continente parece que ponen en dificultad el sistema de acogida construido laboriosamente sobre las cenizas del segundo conflicto mundial, que sigue siendo un faro de humanidad al cual referirse. Ante la magnitud de los flujos y sus inevitables problemas asociados han surgido muchos interrogantes acerca de las posibilidades reales de acogida y adaptación de las personas, sobre el cambio en la estructura cultural y social de los países de acogida, así como sobre un nuevo diseño de algunos equilibrios geopolíticos regionales. Son igualmente relevantes los temores sobre la seguridad, exasperados sobremanera por la amenaza desbordante del terrorismo internacional. La actual ola migratoria parece minar la base del “espíritu humanista” que desde siempre Europa ha amado y defendido⁶. Sin embargo, no podemos consentir que pierdan los valores y los principios de humanidad, de respeto por la dignidad de toda persona, de subsidiariedad y solidaridad recíproca, a pesar de que puedan ser, en ciertos momentos de la historia, una carga difícil de soportar. Deseo, por tanto, reiterar mi convicción de que Europa, inspirándose en su gran patrimonio cultural y religioso, tiene los instrumentos necesarios para defender la centralidad de la persona humana y encontrar un justo equilibrio entre el deber moral de tutelar los derechos de sus ciudadanos, por una parte, y, por otra, el de garantizar la asistencia y la acogida de los emigrantes⁷.

Al mismo tiempo, siento la necesidad de expresar mi gratitud por todas las iniciativas que se han adoptado para facilitar una acogida digna de las personas, como son, entre otras, las realizadas por el Fondo Migrantes y Refugiados del Banco de Desarrollo del Consejo de Europa, así como por el compromiso de aquellos países que han mostrado una generosa disponibilidad a la ayuda. Me refiero sobre todo a las Naciones vecinas a Siria, que han respondido inmediatamente con la asistencia y la acogida, especialmente el Líbano, donde los refugiados constituyen una cuarta parte de la población total, y Jordania, que no ha cerrado sus fronteras a pesar de que alberga a cientos de miles de refugiados. Del mismo modo, no hay que olvidar los esfuerzos de otros países que se encuentran en la primera línea, especialmente Turquía y Grecia. Deseo expresar un agradecimiento especial a Italia, cuyo firme compromiso ha salvado muchas vidas en el Mediterráneo y que, incluso en su territorio, se ocupa de un ingente número de refugiados. Espero que el tradicional sentido de hospitalidad y solidaridad que caracteriza al pueblo italiano no se debilite ante las inevitables dificultades del momento, sino que, a la luz de su tradición milenaria, sea

6 Cf. *Discurso al Parlamento Europeo*, Estrasburgo, 25 de noviembre de 2014.

7 *Ibid.*

capaz de acoger e integrar la aportación social, económica y cultural que los emigrantes pueden ofrecer.

Es importante que no se dejen solas a las naciones que se encuentran en primera línea haciendo frente a la emergencia actual, y es igualmente indispensable que se inicie un diálogo franco y respetuoso entre todos los países implicados en el problema –de origen, tránsito o recepción– para que, con mayor audacia creativa, se busquen soluciones nuevas y sostenibles. En la coyuntura actual, en efecto, los Estados no pueden pretender buscar por su cuenta dichas soluciones, ya que las consecuencias de las opciones de cada uno repercuten inevitablemente sobre toda la Comunidad Internacional. Se sabe que las migraciones constituirán un elemento determinante del futuro del mundo, mucho más de lo que ha sido hasta ahora, y que las respuestas sólo vendrán como fruto de un trabajo común, que respete la dignidad humana y los derechos de las personas. La Agenda para el Desarrollo, que las Naciones Unidas ha adoptado en septiembre pasado para los próximos 15 años, aborda muchos de los problemas que llevan a la emigración, al igual que otros documentos de la Comunidad Internacional sobre la gestión de la problemática migratoria, sólo responderán a las expectativas si saben colocar a la persona en el centro de las decisiones políticas, a todos los niveles, y ven a la humanidad como una sola familia y a los hombres como hermanos, respetando las recíprocas diferencias y las convicciones de conciencia.

Para afrontar el tema de la emigración es importante, de hecho, que se preste atención a sus implicaciones culturales, empezando por las que están relacionadas con la propia confesión religiosa. El extremismo y el fundamentalismo se ven favorecidos, no sólo por una instrumentalización de la religión en función del poder, sino también por la falta de ideales y la pérdida de la identidad, incluso religiosa, que caracteriza dramáticamente al así llamado Occidente. De este vacío nace el miedo que empuja a ver al otro como un peligro y un enemigo, a encerrarse en sí mismo, enrocándose en sus planteamientos preconcebidos. El fenómeno migratorio, por tanto, plantea un importante desafío cultural, que no se puede dejar sin responder. La acogida puede ser una ocasión propicia para una nueva comprensión y apertura de mente, tanto para el que es acogido, y tiene el deber de respetar los valores, las tradiciones y las leyes de la comunidad que lo acoge, como para esta última, que está llamada a apreciar lo que cada emigrante puede aportar en beneficio de toda la comunidad. En este contexto, la Santa Sede renueva su compromiso en el campo ecuménico e interreligioso para establecer un diálogo sincero y leal que, valorando las peculiaridades y la identidad de cada uno, favorezca una convivencia armónica de todos los miembros de la sociedad.

Distinguidos miembros del Cuerpo Diplomático:

En el año 2015 se han concluido importantes acuerdos internacionales, que son un buen augurio para el futuro. Me refiero, en primer lugar, al llamado Acuerdo sobre el programa nuclear iraní, que espero contribuirá a fomentar un clima de distensión en la Región, así como a la consecución del tan esperado acuerdo sobre el clima en la Conferencia de París. Se trata de un importante acuerdo, que representa un logro significativo para toda la Comunidad Internacional y que pone de manifiesto una fuerte conciencia colectiva acerca de la grave responsabilidad que todos, individuos y naciones, tenemos en la protección de la creación, y en la promoción de una “*cultura del cuidado* que impregne toda la sociedad”⁸. Ahora es vital que los compromisos asumidos no sólo representen un buen propósito, sino que todos los Estados sientan la obligación real de poner en marcha las acciones necesarias para salvaguardar nuestra amada Tierra, para bien de toda la humanidad, especialmente de las generaciones futuras.

Por su parte, el año que acaba de comenzar se presenta lleno de desafíos y ya han aparecido en el horizonte muchas tensiones. Me refiero sobre todo a los graves contrastes que han surgido en la región del Golfo Pérsico, así como al preocupante ensayo militar realizado en la península coreana. Espero que los antagonismos abran paso a la voz de la paz y de la buena voluntad en la búsqueda de acuerdos. En esa perspectiva, veo con agrado que no faltan gestos significativos y especialmente ilusionantes. Me refiero, en particular, al clima pacífico de convivencia en el que se han realizado las recientes elecciones en la República Centroafricana y que representa un signo positivo de la voluntad de proseguir el camino emprendido hacia una plena reconciliación nacional. Pienso, además, en las nuevas iniciativas que se han puesto en marcha en Chipre, para resolver una división que dura ya mucho tiempo, y a los esfuerzos del pueblo colombiano para superar los conflictos del pasado y lograr la tan ansiada paz. Todos miramos con esperanza los pasos importantes que la Comunidad Internacional ha emprendido para encontrar una solución política y diplomática a la crisis en Siria, que ponga fin a un sufrimiento de la población que dura ya demasiado tiempo. Del mismo modo, llegan señales positivas de Libia, que permiten confiar en un renovado compromiso para erradicar la violencia y restaurar la unidad del país. Por otro lado, cada vez es más claro que sólo la acción política conjunta y acordada ayudará a contener la propagación del extremismo y del fundamentalismo, con sus implicaciones de carácter terrorista, que producen tantas víctimas en Siria y Libia, así como en otros países, como Irak y Yemen.

8 *Laudato si'*, n. 231.

Espero que este *Año Santo de la Misericordia* sea también una ocasión para el diálogo y la reconciliación que ayude a la construcción del bien común en Burundi, la República Democrática del Congo y Sudán del Sur. Que sea, sobre todo, un momento propicio para poner definitivamente fin al conflicto en las regiones orientales de Ucrania. Es fundamental el apoyo que, desde muchos puntos de vista, la Comunidad Internacional, los Estados y las organizaciones humanitarias pueden ofrecer al país para que supere la crisis actual.

El reto principal que nos espera es, sin embargo, el de vencer la indiferencia para construir juntos la paz⁹, que es un bien que hay perseguir siempre. Por desgracia, entre las muchas partes de nuestro querido mundo que la anhelan ardientemente está la Tierra que Dios ha preferido y elegido para mostrar a todos el rostro de su misericordia. Mi esperanza es que en este nuevo año se cierren las profundas heridas que dividen a israelíes y palestinos y se consiga la convivencia pacífica de dos pueblos que, en lo profundo de sus corazones —estoy seguro—, no desean otra cosa que la paz.

Excelencias, Señoras y Señores:

En el plano diplomático, la Santa Sede no dejará nunca de trabajar para que la voz de la paz llegue hasta los extremos de la tierra. Renuevo, por tanto, la plena disponibilidad de la *Secretaría de Estado* para colaborar con ustedes en el fomento de un diálogo constante entre la Sede Apostólica y los países que ustedes representan, para el bien de toda la Comunidad Internacional, con la certeza interior de que este año jubilar será una buena oportunidad para vencer, con el calor de la misericordia, don precioso de Dios que transforma el miedo en amor y nos hace artífices de paz, la fría indiferencia de tantos corazones. Con estos sentimientos, renuevo a cada uno de ustedes, a sus familias, a sus países, mis más fervientes deseos de un año lleno de bendiciones.

Gracias.

9 Cf. *Vence la indiferencia y conquista la paz*, Mensaje para la XLIX Jornada Mundial de la Paz, 8 de diciembre de 2015.

PAZ Y JUSTICIA¹

Siro M. A. De Martini*

1. “Opus iustitiae pax”: la paz es obra de la justicia. Este pensamiento ha recorrido la tradición judeo-cristiana hasta nuestros días. Parece, pues, inevitable que una reflexión sobre la relación entre la justicia y la paz comience por preguntarse su verdad y su sentido. El texto tiene su origen en un pasaje de *Isaías* 32, 17, en el que el profeta –refiriéndose a un ideal reino futuro– dice que “el producto de la justicia será la paz”².

Dejemos para más adelante la diferencia en cuanto al tiempo verbal y preguntémosnos: ¿es así?, ¿es la paz una obra o producto de la justicia?

Hace un tiempo, analizando otras cuestiones³, argumentaba yo que “si la obra de la justicia es la paz, entonces la existencia de paz luego de realizar aquello que en justicia correspondía parece un buen parámetro para determinar si, realmente, se ha hecho justicia”. El hallazgo, tan lamentable como inevitable, es que son muchísimos los casos en los que, luego de que los hombres hemos agotado los medios que la justicia pone en nuestras manos o que en justicia podemos emplear, no encontramos paz en nuestros corazones. ¿Acaso una condena a prisión perpetua a quien mató a su hijo es suficiente para llevar la paz al corazón de la madre? Y no estoy pensando en un corazón cargado de rencor. No, no es eso. Se trataba y se trata, sencillamente, de la constatación de los límites de la justicia humana. Al menos, si con ella se pretende alcanzar la paz.

Otro tanto ocurre si nos circunscribimos a un análisis filosófico jurídico de la justicia. Al menos en su modalidad clásica. Es conocida la tradicional

* Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular Ordinario de Filosofía del Derecho y de Bioderecho (UCA). Correo electrónico: sirodemartini@gmail.com.

1 Disertación pronunciada en la incorporación del autor a la Academia del Plata, Buenos Aires, 6 de abril de 2016.

2 Utilizo la traducción de la Biblia de Jerusalén, edición de 1998.

3 En De Martini, S. M. A. (2014). *Misericordia y justicia*. Buenos Aires. EDUCA, 241/42.

caracterización de la justicia como la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho. Es decir, soy justo si le doy a otra persona lo que le debo. Y en esto, y sólo en esto, consiste mi relación con el otro en términos de justicia: en darle lo jurídicamente adeudado. Por tanto, cuando cumplo con mi deuda ninguna relación me une ya al otro desde la óptica de la justicia. Puede, él o yo, estar sufriendo, estar padeciendo las mayores necesidades, podemos estar llenos de rencor o de angustia o de desesperación. Pero si yo pagué mi deuda, nada me une con el otro. Porque para mí, en términos jurídicos, esa persona sufriendo es un acreedor o un deudor, cabalmente otro. ¿Puede ser éste un camino hacia la paz? No en vano Aristóteles, a cuyo genio debemos la más clara tradición sobre la justicia de Occidente, se encontró en la necesidad de escribir que “donde los hombres son amigos, para nada hace falta la justicia, mientras que si son justos tienen además necesidad de la amistad”⁴.

Por supuesto que esta suerte de objeciones apunta a la insuficiencia de la justicia. Pero inmediatamente nos surgen múltiples cuestionamientos en cuanto al significado de la “paz” que se alcanzaría como producto de la justicia. ¿Se trata de una paz puramente exterior o abarca también lo que llamamos “paz interior”? ¿Es una paz accesible a los hombres en este mundo? ¿Se trata de un concepto positivo o de una mera ausencia de guerra?

Es un hecho, por otra parte, el lugar destacadísimo que la frase *opus iustitiae pax* ha tenido y conserva en la mejor tradición filosófica y moral. Pío XII la adoptó como lema para su pontificado y es permanentemente utilizada en la doctrina pontificia⁵.

Debemos entonces ocuparnos de desentrañar el significado de los términos de la frase y, a partir de ellos, analizar en qué medida, de qué modo, con qué alcance, se dice que la paz es obra de la justicia.

2. Comencemos, aunque más no sea brevemente, por Grecia y Roma ya que, aunque la frase tuvo su origen en el mundo hebreo, nuestro punto de vista sobre la realidad de las cosas humanas y, por ende, nuestros conceptos filosóficos son, primordialmente, herederos de aquellas culturas.

Aproximadamente en la misma época en que Isaías pronunciaba la frase que estamos analizando, el poeta griego Hesíodo escribía sus dos más grandes obras: *Teogonía* y *Los trabajos y los días*. En la primera de ellas narra que de la unión de Zeus, padre de los dioses y Themis, diosa del buen consejo, nacieron Dike (la Justicia), Eunomía (que suele traducirse como “orden” y que literalmente significa “buena ley” o ley recta) y Eirene (la

4 Aristóteles. *Ética a Nicomáco*. VIII, 1.

5 Por ej., GS 78, 1; Juan Pablo II: XXVII y XXV Jornada mundial de la paz; Benedicto XVI: Discurso a los participantes en la plenaria del Tribunal Supremo de la Signatura Apostólica, del 4-2-2011; Francisco: Discurso en Sarajevo, del 6-6-2015.

Paz)⁶. En la segunda, relata el modo en que Zeus vigila el mundo de los hombres y cómo, cuando su hija Dike, la Justicia, es ultrajada, el padre de los dioses envía a los hombres terribles castigos. A la inversa, cuando Dike es respetada, de la mano de Zeus reciben los hombres múltiples bienes⁷.

Creo que de estos textos debemos rescatar fundamentalmente la convicción –que Hesíodo seguramente toma de las creencias de su pueblo– de que la justicia, el orden y la paz son diosas y, por tanto, regalos, dones, que el padre de los dioses hace a los hombres. Es decir, en lo que más nos interesa, que la justicia y la paz son bienes que nos han sido dados y que los hombres debemos cuidar y respetar en nuestro paso por este mundo. Es verdad que existe la tentación, a la que muchos hemos alguna vez hemos sucumbido, de interpretar a Hesíodo como si su mención a la relación fraterna entre estas tres diosas implicara vincular la justicia con el orden y con la paz, hasta el punto de suponer que Hesíodo pensaba que no hay justicia sin orden y paz, ni recto orden sin paz y sin justicia, ni, por fin, paz sin justicia y orden. No es esto lo que dice Hesíodo aunque pueda uno considerar válidamente a estas ideas como inspiradas en Hesíodo. De hecho, en *Los trabajos y los días*, el respeto y cumplimiento de la Justicia aparece como causa de que la Paz esté sobre la tierra⁸.

La diosa y, por tanto, el bien o valor que Hesíodo va a destacar por encima de todos los demás es Dike, la Justicia, de la que textualmente afirma que “es la mejor de todas las cosas”⁹.

Con el tiempo, Dike derivó a significar igualdad y generó el sustantivo abstracto *Dikaiosyne*, que traducimos por virtud de la justicia, la que se entendió en un principio como cumplimiento de la ley¹⁰. De aquí toma Aristóteles sus dos famosas formas de la justicia: lo legal y lo igual.

Eirene (la Paz), por su parte, aparece como contrapuesta a *pólemos*, guerra. Es decir, con una connotación negativa: la paz como ausencia, como cese de la guerra, como falta o disminución de peligros o de inseguridad. Y, de este modo, como condición exterior de tranquilidad. Para referirse a sentimientos de paz interior se recurre a otras palabras como *homónoia*¹¹. En otros términos, aún siendo la paz un bien es un concepto construido como ausencia o limitación de un mal.

6 Hesíodo. *Teogonía*, 902.

7 Ver la descripción en Hesíodo (1972). *Los trabajos y los días*. México. Ed. Porrúa, 34-35.

8 V. 228.

9 Edición citada, 35, 1ª columna.

10 Werner. J. (1968). *Paideia: los ideales de la cultura griega*. México. Fondo de Cultura Económica, 107/9.

11 Penna, R. (2013). “Il Dio de la pace nell’epistolario paolino”. En Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace: *Il concetto di pace*. Librería Editrice Vaticana, 145-146.

En Roma, Pax fue una diosa, hija de Júpiter y Iustitia, que alcanzó el esplendor de su fama con el endiosamiento del emperador Augusto. Precisamente, el mayor tributo que ofrecieron los romanos a esta diosa fue el *ara pacis*, o sea, el altar de la paz, con el cual el Senado rindió homenaje a aquel emperador¹². De allí que esta magnífica obra de arte recibiera el nombre de *ara pacis augustae*. No podemos dejar de reflexionar acerca de la coincidencia temporal entre este momento en que un hombre fue considerado dios con la venida al mundo de Dios hecho hombre.

La noción de paz para los romanos tuvo también el sentido de ausencia de guerra. Sin embargo, era una ausencia impuesta, si se puede decir así. Virgilio, contemporáneo de Augusto, escribe en la *Eneida*: “Tú, romano, recuerda tu misión: ir rigiendo los pueblos con tu mando. Estas serán tus artes: imponer leyes de paz, conceder tu favor a los humildes y abatir combatiendo a los soberbios”¹³. Esto es, y más allá de la altísima idea que tuvieron los romanos de su destino imperial, lo que se llamó *pax romana*, fue la imposición por las armas de la cultura, lengua y leyes romanas a los pueblos vencidos en las guerras. Fue la paz como consecuencia de la guerra y, en este sentido, una paz considerada como superior a la que pudieran gozar los diversos pueblos antes de ser conquistados.

Por otra parte, nos legaron los romanos la más precisa y afortunada definición de la justicia: “Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi”¹⁴: La justicia es la voluntad constante y perpetua de dar (aunque también de atribuir, conceder, otorgar o asignar)¹⁵ a cada uno su derecho.

Ahora, ¿puede comprenderse –y más aún compartirse– a partir de estas ideas, que la paz es obra o producto de la justicia? Creo que no. La justicia entendida como el dar a cada uno lo jurídicamente suyo y el cumplimiento de las leyes humanas, aparece como radicalmente insuficiente para alcanzar incluso una tan menguada y efímera paz exterior. En efecto, ¿podría el cumplimiento –aún utópicamente perfecto– del orden jurídico evitar las guerras? Pero lo que me parece más importante: ¿es ésta la paz a la cual se refieren Isaías y la doctrina cristiana? ¿Es esta la justicia?

Santo Tomás de Aquino retomará toda esta larga tradición grecorromana y entonces definirá la justicia como Ulpiano y la dividirá como Aristóteles¹⁶. Pero, claro está, a la paz la considerará esencialmente de un modo sólo concebible a partir de Cristo. De ahí que cuando en la *Suma Teológica* se plantea en una objeción la frase de Isaías, Santo Tomás afirmará que “la paz

12 Ídem.

13 Virgilio (1992). *Eneida*. Madrid. Edición Gredos, VI, 851-853.

14 Definición debida a Ulpiano. En *Digesto* 1, 1, 10.

15 Ver *Diccionario Latín-Español VOX*.

16 *ST*, II-II, q. 58, arts. 1, 5 y 7 y q. 61.

es indirectamente obra de la justicia, es decir, en cuanto elimina obstáculos¹⁷. Ya veremos luego los aspectos más importantes del pensamiento de Santo Tomás sobre este tema. Pero creo que es útil esta cita para reafirmarnos en la idea de que si se parte de la doctrina clásica de la justicia, que es aquella a partir de la cual razonamos habitualmente, la paz cristiana –la paz interior y exterior, la paz social, la paz que es consecuencia de la satisfacción de nuestras necesidades más profundas– no puede ser obra de la justicia.

3. Volvamos entonces al texto de Isaías y tratemos ahora de entenderlo a partir de las palabras hebreas que él utiliza. Esto tendría que permitirnos abordar luego la relación profunda entre la justicia y la paz, el *opus iustitia pax*, en el contexto de un pensamiento cristiano y con todas sus proyecciones personales y sociales.

En hebreo, el texto de Isaías es ma-‘ă-sêh haš-šə-đā-qāh šā-lō-wm.

Detengámonos algo en las palabras *shalom* y *sedaqā*, que son las que la Biblia en español traduce, respectivamente, por paz y justicia.

Shalom tiene el significado originario de bienestar fundamentalmente material y su presupuesto es la paz política. Sin embargo, para el pueblo elegido, *shalom* expresa el bienestar del tiempo de una paz que es don salvífico de Dios¹⁸. Según aparece en el *Levítico*, el Señor hizo esta promesa a Israel: “Yo daré *shalom* a la tierra y dormiréis sin que nadie os turbe; haré desaparecer del país las bestias feroces y la espada no aparecerá por vuestra tierra”¹⁹. *Shalom* es también y, quizás, ante todo, un elemento constitutivo de la Alianza que el Señor selló con Israel: “Concluiré con ellos una alianza de paz, que será para ellos una alianza eterna”²⁰. Y, a través del profeta Isaías, Dios nos habla con palabras conmovedoras: “Los montes podrán desplazarse, las colinas podrán removerse, mas mi amor no se apartará de ti, ni mi alianza de paz se moverá”. Claramente vemos entonces que a diferencia del concepto de *eirene* en Grecia, *shalom* tiene una connotación marcadamente positiva, no es sólo una ausencia de guerra. Dios es quien da la paz pero, además, ella está vinculada con Su amor, con Su misericordia y con la indestructible estabilidad de Dios y de sus promesas²¹.

Con el paso de los siglos, *shalom* será la manifestación de la salvación definitiva que se ha de producir en los últimos tiempos y aparece en conexión con el esplendor de la gloria de Dios. Es ya la paz mesiánica anunciada por

17 ST II-II, q. 29, a.3, ad 3 (utilizo la traducción de la BAC).

18 Von Balthasar, H. U. (1988). *Gloria*. Vol. 6, Antiguo Testamento. Madrid. Encuentro, 154155.

19 *Levítico*, 26, 6.

20 *Ez* 37, 26.

21 Penna, R. Ob. cit., 144.

Isaías y Zacarías²². El salmo 85 canta la instauración futura del reino de Dios a través de la mención de los diversos atributos divinos: “¡Muéstranos tu amor, Yahvé, danos tu salvación! Escucharé lo que habla Dios. Sí, Yahvé habla de futuro para su pueblo y sus amigos [...] Su salvación se acerca a sus adeptos, y la Gloria morará en nuestra tierra. Amor y Verdad se han dado cita, Justicia y Paz se besan, Verdad brota de la tierra, Justicia se asoma desde el cielo”²³.

Una vez que nos hemos asomado a la grandeza conceptual de *shalom*, de la paz inabarcable, de esa paz de la que el Mesías ha de ser designado Príncipe²⁴, debemos hablar de *sedaqa*, lo que nuestras traducciones españolas llaman “justicia” y de la cual, por lo pronto, sabemos con seguridad que no debemos identificar con los conceptos clásicos de justicia que nos vienen, fundamentalmente, de Aristóteles y de Ulpiano.

Von Balthasar, un teólogo cuya sapiencia debe considerarse fuera de toda duda, ha escrito que “en la traducción griega de la Escritura, supuso un dato funesto el que para traducir el término *sedaqa* no se dispusiera de otro término griego fuera de *dikaïosyne*, que nosotros traducimos por justicia, esta traducción echó una sombra sobre todo el Antiguo Testamento; no solo es una traducción inadecuada, sino a menudo desviada del hebreo *sedaqa*”²⁵.

No es por cierto que von Balthasar sugiera que *sedaqa* deba traducirse con otro término sino que es tal su riqueza y su importancia –agrega– que escapa a la definición que pretenda fijarle con exactitud unos límites²⁶.

El biblista argentino Luis H. Rivas opina de modo coincidente que “el concepto expresado en las escrituras hebreas con los términos *sedeq-sedaqa* [...] ofrece tal cantidad de matices que es muy difícil, o más bien imposible, encontrar un término que lo pueda traducir de manera uniforme en todos los casos, así como es difícil, o imposible, dar una definición que se pueda aplicar invariablemente en todos los textos de la Biblia donde esté representado”²⁷.

Mi intención ahora no es hacer un elenco de posibles significaciones de la palabra, sino indicar aquellas que puedan echar luz sobre la relación entre *sedaqa* y *shalom*, de modo tal que podamos intentar entender por qué la segunda es producto u obra de la primera.

22 Von Balthasar, H. Ob. cit., 155.

23 *Salmo*, 8-12.

24 *Isaías* 9, 5.

25 Von Balthasar, H. Ob. cit., 143. La última frase es cita de E. Kautzsch.

26 Ídem.

27 Rivas, L. H. (2004). “Justicia y Amor. Fundamentos bíblicos”. Trabajo leído en la 18ª reunión del Comité Internacional de enlace entre Católicos y Judíos. Buenos Aires, 5/8 de julio de 2004, 1.

*Sedaqa*²⁸ indica relación (lo cual, conjeturo, fue importante para que se la tradujera por justicia), pero –distinguiéndose netamente de la justicia de raíz aristotélica– es una relación que proviene de Dios y, a través de la cual, el hombre se ordena a Dios y a los demás hombres. Es decir, se trata de relaciones que trascienden –aunque incluyen– el plano moral y jurídico.

En la raíz de esta justicia –como continuaremos llamándola a partir de ahora– hay un amor divino primero y fundante, manifestado por el Señor en su Alianza con el pueblo elegido. Dios da un orden (político, moral, jurídico) a la comunidad de los hombres. Y entonces la justicia se manifiesta como cumplimiento y fidelidad a ese orden. Lo cual importa una necesaria relación a Dios. Pero también la justicia aparece como relación con la comunidad y, como consecuencia de ella, con todos y cada uno de los hombres. Relación que se da en la fidelidad, en la justicia (en sentido jurídico griego) y, sobre todo, en la misericordia concreta y fructífera respecto del prójimo. Es justicia proteger y cuidar del pobre y del débil, del huérfano y de la viuda, del necesitado en todas sus manifestaciones.

Otro aspecto de esta justicia –ciertamente vinculado al anterior– es su correspondencia con una idea de plenitud o de rectitud, cuando cada cosa está en su lugar y no falta nada. Aplicado a la persona o al actuar humanos, el término define lo que responde con exactitud a lo que exige su lugar en la sociedad. Como se ve, se trata de un significado bastante próximo al de la justicia política platónica²⁹, o al de orden agustiniano, entendido como “la disposición que asigna a las cosas diferentes y a las iguales el lugar que les corresponde”³⁰.

Por fin, hay que resaltar la íntima vinculación de justicia y salvación. En efecto, la justicia de Dios es justificante, esto significa que ama a los pecadores y los justifica gratuitamente. Porque, en la medida en que Dios es amor y la justicia es una sola cosa con Dios, ésta debe ser comprendida a partir de su amor³¹.

Juan Pablo II, en su encíclica *Dives in misericordia*, escribe que “la primacía y superioridad del amor respecto a la justicia (lo cual es característico de toda la revelación) se manifiesta precisamente a través de la misericordia. Esto pareció tan claro a Salmistas y Profetas que el término ‘justicia’ terminó significando la salvación llevada a cabo por el Señor y su misericordia”³².

Creo que ahora estamos en condiciones de comprender la frase de Isaías: “El fruto de la justicia será la paz”³³. Porque si la justicia es el orden

28 He tratado el tema con cierta extensión en el libro *Misericordia y justicia*. Ob. cit., 83-105. De ahí he tomado las ideas que aparecen a continuación.

29 República 433ª y sigs.

30 San Agustín. *La Ciudad de Dios*. Ed. BAC, XIX, 13, 1.

31 Comité para el Jubileo del año 2000: “Dios, Padre Misericordioso”. BAC, 1998, 87-88.

32 Juan Pablo II. *DM* 4.

33 *Isaías*, 32, 17.

querido por Dios para el mundo y en particular para su pueblo –con vistas a su salvación–, podemos decir que la paz es la realización actual y el mantenimiento de ese orden divino, cuando no se carece de nada de lo que corresponde a la justicia³⁴. El uso del futuro “será” parece indicar la convicción de que esta paz es propia de los últimos tiempos.

4. Sin embargo, con vistas a penetrar aún más el significado y actualidad de la frase y, en definitiva, la relación entre paz y justicia en un mundo cristiano, es imprescindible que reflexionemos sobre estos conceptos a partir de la Encarnación de Dios Hijo y la consiguiente recreación del universo en Cristo Jesús.

San Lucas nos revela que luego del anuncio que el ángel del Señor hizo a los pastores: “Hoy, en la ciudad de David, les ha nacido un Salvador, que es el Mesías, el Señor”, apareció una multitud del ejército celestial que alababa a Dios diciendo: “¡Gloria a Dios en las alturas, y en la tierra, paz a los hombres amados por Él!”³⁵

Peter Turkson ha destacado la relación entre las dos partes de la alabanza: Gloria a Dios en el Cielo-en la tierra paz a los hombres. Dios y el hombre (a quien Dios ama); el Cielo y la tierra; la gloria para Dios y la paz para el hombre. No me referiré a las distintas traducciones de las últimas palabras de la alabanza: los hombres que aman al Señor, los que ama el Señor, los de buena voluntad. En todo caso, podemos decir que la paz está destinada a todos los hombres (ya que todos somos amados por Dios) aunque, en la práctica y como consecuencia de nuestra libertad, sea gozada sólo por aquellos que voluntariamente la reciben y la aceptan.

Resalta en la alabanza la altísima consideración de la paz, podríamos decir como un bien que está en la cima de todos los bienes. Y, a la vez, su carácter de regalo de Dios para todos los hombres. El mismo Turkson insiste en este último aspecto, hasta el punto de sostener que la paz no es connatural al ser humano como tal, sino don de Dios³⁶.

Recordemos la oportunidad de la alabanza: Jesús acaba de nacer, la paz es el regalo que nos trae. Pero Jesús mismo es el regalo porque, como dice San Pablo, “Él es nuestra paz”³⁷. Digamos entonces desde ya que la paz, aún siendo un don histórico y una realidad que puede fructificar en todas las relaciones humanas, es ante todo una persona³⁸. Y la paz del hombre, a

34 Rivas, L. H. “Justicia...” Ob. cit., 5.

35 *Lc* 2, 11-14. En este caso he citado la traducción de *El libro del Pueblo de Dios*.

36 “Peace from the Bible to Pacem in Terris: what is peace? How can we make it, and how can we keep it?”. En Pontificio... Concilio cit., 10-11.

37 *Ef* 2, 14.

38 Bianchi, E. “La pace nel mistero di Dio, di Cristo, della Chiesa”. En Pontificio. Concilio cit., 168.

partir de la encarnación, no es otra cosa sino la imitación, identificación y unión definitiva con Cristo Jesús.

Esta íntima relación o, quizás identidad, entre el Mesías y la paz, había sido largamente anunciada por los profetas. Muy conocido es el texto de Isaías en el que llama al Mesías Príncipe de la Paz; para luego afirmar: “Grande es su señorío, y la paz no tendrá fin”³⁹. Zacarías exclama con inmenso gozo: “¡Exulta sin freno, Sión, grita de alegría, Jerusalén! Que viene a ti tu rey: justo y victorioso, humilde y montado en un asno [...] él proclamará la paz a las naciones”⁴⁰. Y Miqueas había anunciado: “Él será la paz”⁴¹.

San Pablo, que emplea varias veces la locución “el Dios de la paz”⁴², es decir, Dios en tanto sujeto y autor de la paz⁴³, escribe a los Filipenses: “La paz de Dios, que supera toda inteligencia, custodiará vuestros corazones y vuestras mentes en Cristo Jesús”⁴⁴. Es difícil encarecer la profundidad del misterio que encierran estas palabras. Tenemos que pensar que cuando meditamos sobre la paz nos ponemos frente al misterio gozoso e incomprensible de Dios. Se trata de la paz que nos ha dejado en el Hijo (“Os dejo la paz, os doy mi paz”⁴⁵, “Os he dicho estas cosas para que tengáis paz en mí”⁴⁶), momentos antes de la locura maravillosa de su Pasión. Y la paz “custodiará” nuestros corazones y nuestras mentes. La paz de Dios nos vigila y nos cuida. En este sentido quizás pueda decirse que no es la paz algo que poseamos sino que nos posee a nosotros⁴⁷.

Jesús es nuestra paz y en Él, en su pasión, muerte y resurrección, hemos sido perdonados y reconciliados, hemos alcanzado la paz con Dios: “En él quiso Dios que residiera toda plenitud. Y por él quiso reconciliar consigo todas las cosas: haciendo la paz por la sangre de su cruz con todos los seres, así del cielo como de la tierra”⁴⁸. Estamos ahora frente al misterio del amor que se derrama desde la cruz, al precio infinito de nuestra paz.

¿Es posible sintetizar el renovado concepto de paz que surge de la encarnación y consiguiente muerte y resurrección de Jesús? ¿Es acaso posible comprenderlo? El mismo San Pablo, según acabamos de citar, escribe que la paz de Dios supera toda inteligencia. Sin embargo, creemos firmemente que la paz existe y que es posible.

39 *Isaías*, 9, 5-6.

40 *Zacarías*, 9, 9-10

41 *Miqueas*, 5, 4.

42 *Rom* 15, 33; 16, 20; 2 *Cor* 13, 11; *Fil* 4, 9; 1 *Tes* 5, 23.

43 Penna, R. Ob. cit., 140.

44 *Fil.* 4, 7.

45 *Jn* 14, 27.

46 *Jn* 16, 33.

47 Penna, R. Ob. cit., 149.

48 *Col* 1, 19-20.

5. Quizás ahora debemos preguntarnos: ¿puede haber paz sin fe?

Con una vinculación entre fe, justicia y paz, el capítulo 5 de la epístola a los Romanos comienza: “Habiendo, pues, recibido de la fe la justificación, estamos en paz con Dios, por Nuestro Señor Jesucristo”⁴⁹. El Ambrosiaster comenta este texto diciendo que es la fe la que hace posible tener paz con Dios⁵⁰.

Dicho en otros términos (o en otro orden): no se puede alcanzar ningún tipo de paz si primero no se está en paz con Dios, ésta paz es obra de la justicia justificante o justificación y ésta requiere de la fe del hombre. La fe, por su parte, es una virtud sobrenatural que, por obra de Su gracia, infunde Dios en el alma. Salvo que el hombre libremente no la acepte.

Es decir que se trata de todo un camino de amor, porque en su origen está la gracia infundiendo la fe –lo cual es don del amor de Dios–, luego la justificación a través del perdón obtenido por la sangre de amor de Jesús y, de este modo, alcanzamos la paz con Dios; y, al fin, la paz de Dios en la vida eterna, en la que sólo existirá el amor⁵¹.

Santo Tomás vincula la paz con la virtud sobrenatural de la caridad, lo cual no implica mayor diferencia con lo que venimos viendo ya que la caridad siempre presupone la fe y, además, los hábitos de las virtudes teologales se infunden simultáneamente⁵². Explica Santo Tomás que el acto principal de la caridad, vale decir el amor, tiene efectos interiores y exteriores. Y uno de estos efectos interiores de la caridad es la paz (los otros dos son el gozo y la misericordia)⁵³.

Encontramos también en sus escritos la certeza de que la paz perfecta, plena y definitiva la alcanzaremos en la vida eterna. Explica Santo Tomás que “la paz pertenece al fin último del hombre, pero no como si fuera esencialmente la bienaventuranza misma, sino porque se relaciona con ella antecedente y consiguientemente. Antecedentemente, en cuanto que todo lo que perturba y aparta del fin último ya ha desaparecido. Consiguientemente, en cuanto que el hombre permanece en paz, con su deseo aquietado, una vez que ha conseguido el último fin”⁵⁴.

Esta explicación nos permite preguntarnos si es posible, y en qué medida, alcanzar la paz en la vida terrena. Para hallar una respuesta es imprescindible que pongamos delante de nuestros ojos algunos de los elementos que tradicionalmente la caracterizan y que, mencionados de diversos modos en lo que llevamos dicho, conviene reunirlos y explicitarlos.

49 *Rom* 5, 1.

50 Citado por Penna, R. Ob. cit., 148.

51 *1 Cor* cap. 13.

52 *ST* I-II, q. 62, a.4.

53 *ST* II-II, q. 28 proemio.

54 *ST* I-II, q.3, a.4, ad 1.

Digamos, siguiendo a Basso⁵⁵, que la paz es un estado, un estado que San Agustín definió como “tranquilidad del orden”⁵⁶. Se puede decir, por tanto, que es una armonía no turbada pero siempre que entendamos esta falta de turbación, esta tranquilidad, no como ausencia sino como resultado de una presencia. Así, no es un mero estado de quietud sino de plenitud, propio de una vida en permanente y ordenada expansión en el camino hacia su fin. Ahora, este orden que implica, en primer término, el orden del corazón, vale decir, la unión de sus inclinaciones y movimientos⁵⁷, es, por encima de todas las cosas, el orden querido por Dios para el hombre y para la sociedad de los hombres y, por consiguiente, la perfecta adecuación de individuos y sociedades a la voluntad plena de amor de su Creador y Gobernante. Sólo en la adecuación, interior y exterior, al orden de la divina Sabiduría puede el hombre encontrar la paz. En síntesis perfecta lo expresa Juan XXIII con las palabras con que comienza su encíclica *Pacem in terris*: “La paz en la tierra, suprema aspiración de toda la humanidad a través de la historia, es indudable que no puede establecerse ni consolidarse si no se respeta fielmente el orden establecido por Dios”.

Volvamos ahora a la pregunta: ¿es posible la paz en la vida que vivimos en este mundo? Por lo pronto habrá que decir que la paz política tiene como ineludible requisito, además de la concordia política, la paz interior de los miembros de la sociedad política⁵⁸. Porque, como escribe Santo Tomás, “a la paz se oponen dos tipos de disensiones: la del hombre consigo mismo y la del hombre con otro”⁵⁹.

Pero más allá de las dificultades, ¿podemos gozar en esta vida de una verdadera paz?

Santo Tomás explica que “la verdadera paz no puede tener por objeto sino el bien, y como un verdadero bien se puede poseer de dos maneras, es decir, perfecta o imperfectamente; así pues, hay doble paz verdadera. La verdadera consiste en el goce perfecto del bien sumo, y que unifica y aquieta todos los apetitos. Éste es el fin último de la criatura racional [...] La paz imperfecta se da en este mundo, en donde, aunque la tendencia principal del alma repose en Dios, hay, no obstante, dentro y fuera, cosas que contradicen y perturban esa paz”⁶⁰.

Fuera de estos dos grados de verdadera paz, hay también una forma o remedo de paz que corresponde llamar paz aparente. En efecto, del mismo

55 Basso, D. (2002). “La paz, ¿amor o justicia?” En *XXVII Semana Tomista*. Buenos Aires. Publicación de la Sociedad Tomista Argentina.

56 San Agustín. *La Ciudad de Dios*. Ed. BAC, XIX, 13, 1.

57 *ST II-II*, q. 29, a. 1

58 Ídem.

59 Ídem, ad 3.

60 *ST II-II*, q. 29, a. 2, ad 4.

modo que los hombres podemos, y solemos, desear bienes sólo aparentes, la satisfacción que estos nos procuran adquiere la forma de una falsa paz que no aquietta nuestro corazón y que, por lo demás, es fugaz y fuente posible de futuros desórdenes. Todos podemos disfrutar de momentos de quietud, de tranquilidad, de experiencias agradables que nos producen una cierta satisfacción pero que, sin embargo, suelen ser meros y transitorios descansos de nuestros conflictos y desórdenes internos y externos. Por ello, resume Santo Tomás, “la verdadera paz no puede darse sino en bienes y entre buenos”⁶¹.

6. La paz verdadera de la que hemos estado hablando se nos ha aparecido como fruto del amor de Dios y de la caridad del hombre, no de la justicia. Salvo, por supuesto, cuando hablamos de la paz procurada por la justicia entendida como justificación de la cual, en rigor, puede decirse con Santo Tomás que “esta paz consiste en el amor que Dios nos tiene”⁶².

Ya hemos visto, por lo demás, que la justicia en su concepción grecorromana no puede procurarnos la paz. Por ello, si queremos seguir utilizando el término justicia para, de ese modo, no sólo adecuarnos a la terminología sino aprehender en toda su profundidad y riqueza el contenido del aforismo *opus iustitiae pax*, la paz es obra de la justicia, tendremos que revisar y ampliar lo que entendemos por justicia. Algo, por ventura bastante de esto, hemos visto al tratar de desentrañar el significado del hebreo *sedaga*. La justicia, incluyendo también el sentido que solemos denominar clásico, es en la palabra hebrea cumplimiento del orden divino fruto de la Alianza, lo cual implica, en lo que nos ha de interesar particularmente, la realización de la misericordia con los más necesitados.

Comencemos por Santo Tomás, a quien ya hemos citado a este respecto. Al tratar la cuestión de si la paz es efecto de la caridad, aparece como objeción la famosa frase de Isaías. En efecto, si la paz es obra de la justicia no puede serlo de la caridad, ya que una misma cosa no puede ser efecto de causas diversas. Su respuesta es: “La paz es indirectamente obra de la justicia, es decir, en cuanto elimina obstáculos. Pero es directamente obra de la caridad, porque la caridad, por su propia razón específica, causa la paz”⁶³. La noción de justicia que aquí emplea Santo Tomás es totalmente fiel a la herencia griega y romana.

Pero cuando en un capítulo de la *Suma contra Gentiles* trata el tema de “cómo según la ley de Dios se ordena el hombre con el prójimo”⁶⁴, dice que la ley divina, cuyo fin es que se una el hombre a Dios, ordena a los hombres de manera tal que tengan paz entre sí. Y esta paz (u ordenada concordia, como

61 *Ibidem*, ad 3.

62 *ST* I-II, q. 113, a.2.

63 *ST* II-II, q. 29, a.3, ad 3.

64 *ST* III, 128.

la denomina siguiendo a San Agustín) se observa cuando se da a cada cual lo que es suyo, lo que es de justicia. Ahora, esta justicia no es ya la justicia clásica ya que abarca todos los mandamientos de la ley de Dios y, en consecuencia, incluye también los pensamientos y algunas relaciones que exceden la justicia jurídica. Pero en lo que parece de capital importancia, Santo Tomás usa el concepto de lo “debido” con el significado que le da San Pablo en la epístola a los Romanos⁶⁵, es decir, abarcando todo tipo de deuda. Podríamos decir, todo lo que el hombre debe al hombre según la ley de Dios. Esta tan distinta y amplia concepción de la justicia termina de explicitarse cuando Santo Tomás explica que el hombre es movido interiormente a observarla por amor a Dios y al prójimo, vale decir, por caridad; amor –nos dice– que mueve al hombre a dar lo que debe y aún más, porque la plenitud de la ley es el amor⁶⁶.

Vale la pena, quizás, que nos detengamos ahora en una breve reflexión: en primer lugar hay que señalar que Santo Tomás no está hablando de la justificación del hombre sino de sus deberes sociales. Tal como indica el título del capítulo, se trata de la ordenación del hombre con su prójimo, según la ley de Dios. La justicia, como es tradición, consiste en dar al otro lo suyo. Pero lo suyo ya no es sólo lo que se le debe al otro en términos jurídicos, sino que abarca todo lo que según el orden querido por Dios el hombre le debe al hombre. En esta misma obra, Santo Tomás había escrito: “[...] lo que se requiere para la perfección de alguno le es debido”⁶⁷. A través del cumplimiento de esta justicia, que es también amor misericordioso, y a la cual el hombre es movido por la infusión de la caridad, se alcanzará la paz.

7. Esta distinta concepción de la justicia se ha visto notablemente enriquecida por la doctrina pontificia. Su análisis excede la finalidad y los límites de esta disertación. Por cierto que sería de enorme importancia reflexionar en torno a la excepcional encíclica *Pacem in terris*, de Juan XXIII. Digamos sólo que en ella se enseña que “la paz será palabra vacía mientras no se funde sobre el orden [...] un orden basado en la verdad, establecido de acuerdo con las normas de la justicia, sustentado y henchido por la caridad y, finalmente, realizado bajo los auspicios de la libertad”⁶⁸. Verdad, justicia, amor y libertad aparecen así como requisitos del orden que funda la paz.

Pero nos detendremos sólo y brevemente en algunas ideas sobre la justicia, la paz y sus relaciones, elaboradas en los mensajes de las Jornadas Mundiales por la Paz que, a partir de 1968, Paulo VI, Juan Pablo II, Benedicto XVI y Francisco han pronunciado el 1º de enero de cada año.

65 *ST* 13, 7.

66 Cita de *Rom* 13, 10.

67 *SCG* I, 93.

68 Juan XXIII. *Pacem in terris*, N° 167.

En continuidad con la concepción que tiene su origen en la *sedāqā* hebrea, la justicia, además de mantener su característica relación con el derecho y el orden jurídico de la sociedad, aparece vinculada de distintos modos con el amor, en particular el amor misericordioso y el perdón. Es decir, con las necesidades y consiguientes deberes que el hombre tiene con el hombre en virtud de su igual dignidad. “La paz verdadera –dice Paulo VI– debe fundarse en la justicia, en la idea de la intangible dignidad humana, en el reconocimiento de una igualdad indeleble y feliz entre los hombres, en el dogma basilar de la fraternidad humana. Es decir, en el respeto, en el amor debido a todo hombre, por el solo hecho de ser hombre [...] Una verdadera fraternidad entre los hombres para que sea auténtica y vinculante supone y exige una Paternidad trascendente y rebosante de amor metafísico y de caridad sobrenatural”⁶⁹.

Frente al relativismo, el materialismo y las ideas modernas sobre la justicia, Benedicto XVI nos llama a buscar sus raíces profundas: “[...] en nuestro mundo –escribe en la Jornada de 2012–, en el que el valor de la persona, de su dignidad y de sus derechos, más allá de las declaraciones de intenciones, está seriamente amenazado por la extendida tendencia a recurrir exclusivamente a los criterios de utilidad, del beneficio y del tener, es importante no separar el concepto de justicia de sus raíces trascendentes. La justicia, en efecto, no es una simple convención humana, ya que lo que es justo no está determinado originariamente por la ley positiva, sino por la identidad profunda del ser humano. La visión integral del hombre es lo que permite no caer en una concepción contractualista de la justicia y abrir también para ella el horizonte de la solidaridad y del amor”⁷⁰.

Porque los valores de justicia –entre los cuales tiene un lugar preeminente el derecho sagrado a la vida desde la concepción hasta la muerte natural–⁷¹ encuentran su coronamiento en el precepto supremo de la caridad: “Amarás a tu prójimo como a ti mismo” (*Mt 22, 39*)⁷².

En la Jornada de 2002, llamada “No hay paz sin justicia, no hay justicia sin perdón”, Juan Pablo II enseña, precisamente, la necesidad ineludible del perdón como requisito para una verdadera y fructífera paz. En frases de una profundidad abrumadora, el Santo Padre vincula íntimamente el perdón con la justicia, en su camino hacia la paz: “Otro presupuesto esencial del

69 IV Jornada, 1971: “Todo hombre es mi hermano”.

70 Jornada XLV: “Educar a los jóvenes en la justicia y la paz”.

71 Entre otras, Paulo VI en Jornada X: “Si quieres la paz, defiende la vida” (1977); Juan Pablo II en Jornada XXXII: “El secreto de la paz verdadera reside en el respeto de los derechos humanos” (1999); Benedicto XVI en Jornada XLIV: “La libertad religiosa, camino para la paz” (2011).

72 Juan Pablo II en Jornada XXV: “Creyentes unidos en la construcción de la paz” (1992).

perdón y de la reconciliación –dice– es la justicia, que tiene su fundamento último en la ley de Dios y en su designio de amor y de misericordia sobre la humanidad. Entendida así, la justicia no se limita a establecer lo que es recto entre las partes en conflicto, sino que tiende sobre todo a restablecer las relaciones auténticas con Dios, consigo mismo y con los demás [...] Muchas veces me he detenido a pensar sobre esta pregunta: ¿cuál es el camino que conduce al pleno restablecimiento del orden moral y social, violado tan bárbaramente? La convicción a la que he llegado, razonando y confrontándome con la Revelación bíblica, es que no se restablece completamente el orden quebrantado, si no es conjugando entre sí la justicia y el perdón. Los pilares de la paz verdadera son la justicia y esa forma particular del amor que es el perdón.

La verdadera paz, pues, es fruto de la justicia, virtud moral y garantía legal que vela sobre el pleno respeto de derechos y deberes, y sobre la distribución ecuánime de beneficios y cargas. Pero puesto que la justicia humana es siempre frágil e imperfecta, expuesta a las limitaciones y a los egoísmos personales y de grupo, debe ejercerse y en cierto modo completarse con el perdón, que cura las heridas y restablece en profundidad las relaciones humanas truncadas. Esto vale tanto para las tensiones que afectan a los individuos, como para las de alcance más general, e incluso internacional. El perdón en modo alguno se contrapone a la justicia, porque no consiste en inhibirse ante las legítimas exigencias de reparación del orden violado. El perdón tiende más bien a esa plenitud de la justicia que conduce a la tranquilidad del orden y que, siendo mucho más que un frágil y temporal cese de las hostilidades, pretende una profunda recuperación de las heridas abiertas. Para esta recuperación, son esenciales ambos, la justicia y el perdón”.

La justicia ha adquirido, así, nuevas caras o, mejor, ha penetrado una realidad más profunda e ineludible. La justicia del hombre nuevo que busca la paz en este mundo como camino para la paz eterna, es una justicia que, sin perder sus rasgos esenciales, alcanza su propia plenitud en el amor misericordioso⁷³. Atenta como siempre a dar a cada uno lo suyo, el dar requiere transformarse, cada vez más, en el darse a sí mismo. Y lo suyo de cada uno trasciende las fronteras necesarias pero insuficientes de lo suyo jurídico, para abarcar lo suyo en tanto las necesidades más profundas y acuciantes del hombre. Lo suyo de cada uno es lo que se debe en virtud de un contrato jurídico pero es también todo lo que el hombre necesita para su propia perfección y que, por ello, le es debido; todo aquello que la misericordia providente de Dios ha dejado en nuestras manos para que, dando, fluya en nuestras obras las maravillas de Su amor. La justicia es el respeto a la vida,

73 *ST I*, q.21, a. 3, ad 2.

pero no sólo a la vida como existencia sino a la vida con todas las exigencias que brotan de su dignidad. Porque mientras se produzcan embriones artificialmente, se los congele, o se experimente con ellos, mientras los tribunales ordenen a los médicos que maten a los niños en el vientre de sus madres y el gobierno de la nación y de las provincias sancionen protocolos indicando los pasos a seguir para cometer crímenes, no habrá justicia.

Que los hombres tengamos lo necesario para satisfacer nuestras necesidades materiales, para acceder a una buena educación o a eficientes servicios de salud, no es una dádiva sino una exigencia de estricta justicia. Y por ello, mientras haya familias viviendo en las calles, niños mendigando, gente muriendo por falta de atención, depósitos sociales para arrojar a los ancianos o a los discapacitados, no habrá justicia. Y sin esta justicia, no habrá paz. Las llagas de los necesitados son las llagas de Cristo. Sus gritos silenciosos de auxilio son los gritos de Cristo.

¿Podremos alcanzar esta paz verdadera como fruto de una justicia así entendida?

Hay que decir que la paz es posible porque “está inscrita en el proyecto divino originario”⁷⁴.

Pero además, y sobre todo, porque nosotros poseemos la fuente secreta e inagotable de la paz, que es Cristo, porque “Él es nuestra paz”⁷⁵; “y si la paz es posible en Cristo y por Cristo, ella es posible entre los hombres y para los hombres”⁷⁶.

Desafío exigente, que debemos considerar un auténtico deber⁷⁷, la construcción de esta paz nunca completa ni segura⁷⁸, es una tarea ardua, seguramente irrealizable para el hombre si no se pone en brazos de Dios.

74 Juan Pablo II en Jornada XXVII: “De la familia nace la paz de la familia humana” (1994).

75 *Ef* 2, 14.

76 Pablo VI en VI Jornada: “La paz es posible” (1973).

77 Pablo VI en II Jornada: “La promoción de los derechos del hombre, camino hacia la paz” (1969).

78 Paulo VI en la Jornada X: “Si quieres la paz, defiende la vida” (1977).

**LAS FUNCIONES QUE CUMPLE UN DIRECTOR DE TESIS:
QUÉ SE PUEDE ESPERAR Y QUÉ NO¹**
*The Functions Performed by a Thesis Director:
What you can expect and what not*

Luis María Bandieri*

Me han pedido que reflexione con ustedes acerca de las funciones de un director de tesis: qué puede y qué no puede esperarse de este personaje. Lo primero que puedo decir es que ese personaje, el director de tesis, no tiene el papel protagónico. La única y exclusiva figura protagónica en el complejo transcurso que lleva al doctorado es la del doctorando, tesista o tesinando, como ustedes prefieran llamarlo, si gustan de ver nacer neologismos. Hablando en términos teatrales, la obra de la tesis es un unipersonal, desde que se decide un graduado a emprender esa tarea hasta el momento en que se lo coloca en un banquito (en esto más piadosamente que al boxeador descrito por Ringo Bonavena) frente al tribunal, que se presenta flanqueado por el director de tesis, el único que devuelve una mirada de aliento al que está arrancando con su defensa. Ese protagonismo exclusivo es, para el doctorando, su “cruz” y su “delicia”, como canta la Traviata. No afirmo esto por demagogia o como pretexto de marketing institucional. Lo coloco de entrada porque ese unipersonal que comienza con la decisión de seguir un curso de doctorado, rumbo a la redacción de la tesis y culmina en su defensa frente al jurado, es un proceso de autoformación, de formación autónoma. De esa autoformación ha tenido el cursante atisbos durante sus estudios de grado y de posgrado. Pero hasta allí ha sido en buena medida conducido en una relación discipular, en una relación bilateral y bidireccional, profesor-estudiante. En general, ni como estudiantes primero –allá lejos y hace tiempo, en mi

* Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Titular Ordinario con Dedicación Especial en grado, posgrado y doctorado (UCA). Correo electrónico: lmbandieri@gmail.com.

¹ Este texto pertenece a una exposición dada por el autor en el Ateneo en el Doctorado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, UCA, 21 de marzo de 2016.

caso—, ni como docentes después, tenemos presente que uno de los objetivos principales de la enseñanza escolar —una facultad de Derecho es una escuela de juristas y operadores jurídicos— debe ser proporcionar al estudiante las capacidades y habilidades cognitivas necesarias para su autoformación continua, sobre todo a través de su reflexión sobre la práctica.

Juan Luis Vives (1492-1540), sin duda el más grande educador que haya habido en nuestra lengua, decía, en una frase que siempre me ha impresionado vivamente: “[...] en parte debemos aprender a aceptar lo que nos ha sido transmitido, y en parte *a pensarlo por nuestra cuenta y aprenderlo practicando*”. Es decir, junto a lo que necesariamente debemos recibir en la educación como herencia social y cultural, hay otra parte, igualmente valiosa, que debemos pensar por nuestra cuenta y “aprender practicando”.

Como el Derecho no es un producto acabado de una vez para siempre sino una búsqueda continua de lo justo concreto para cada caso, requiere, en quien lo ejerce, un también continuo proceso de autoformación. Convengamos que la mayor parte de los egresados de nuestras Facultades de Derecho carece todavía de la capacidad y la habilidad cognitiva para el autoaprendizaje, para aprender por sí mismos. A partir del egreso esas aptitudes las vamos desarrollando con la reflexión sobre nuestra práctica, los posgrados, especializaciones, maestrías, etc. Se va ampliando y profundizando el campo de nuestros conocimientos y se van mejorando habilidades tales como: anticipar, reflexionar, aplicar lo conocido, situar lo sabido frente a lo desconocido, hacerse y hacer preguntas, expresarse, discriminar lo importante de lo secundario, plantear problemas, discutir, argumentar, confrontar los propios puntos de vista con los de los otros, desarrollar el poder de discernimiento, persuadir, etc. Pero la prueba de fuego del manejo y control del propio conocimiento es la escritura y defensa de la tesis que nos lleva a alcanzar el más alto grado académico.

Recordemos que el tesinando, en el acto de la defensa, se inscribe en una tradición milenaria, que viene de la universidad medieval. En ella, la defensa de una tesis era una versión con otras armas del torneo caballeresco, una disputa revestida de formas ceremoniales, con las armas del pensamiento, bien dispuesto el tridente de los tres términos del silogismo. Allí aparece también la figura del director de tesis, que antes de la defensa ha estado entrevistando y supervisando materiales escritos del tesista. Culminaba la historia con la ceremonia de la *inceptio*, cuando el nuevo doctor, con su birrete y anillo, era recibido por el cuerpo de sus ya colegas.

Mucho tiempo y muchas transformaciones han discurrido desde entonces. Por eso, cada tanto, aparecen opiniones de que aquel subsuelo social y cultural no subsiste ya y, por lo tanto, la tesis y su proceso han quedado en antiguallas. Cuando en 1977 Umberto Eco publicó su “*Come si fa una tesi di laurea*”, estalló en Italia una polémica acerca de si la universidad de masas

podía seguir repitiendo aquel ceremonial propio de una institución aristocrática y vinculada a un remoto mundo precapitalista. Por otra parte, los planteos ideológicos propios de la época produjeron una caída vertical de calidad en muchos de los trabajos –tesis de denuncia, fumosas, panfletarias. Más allá de críticas muchas veces acertadas de las modalidades de esta puerta de acceso al más alto grado académico, lo cierto es que los repetidos anuncios de la muerte de la tesis (sustitución por trabajo en equipo, por simple recopilación de *papers* previos, el *management* empresarial como sucedáneo, etc.) se desinflan a repetición mientras el milenarismo instituto goza de buena salud, aparecen trabajos de gran valía y, paralelamente, se desarrolla una industria en negro de agencias que las redactan, o se ejercita, sobre todo vagabundeando por la web, el tenaz arte del plagio. Sólo una institución que goza de buena salud puede dar lugar a tan diversos intentos de defraudarla. Tal supervivencia se explica porque la tesis permite ser puesto a prueba, encarar una investigación independiente, proponerse una aportación al conocimiento, crecer en el saber y en la propia estima a través de la formación autónoma. Una de las objeciones fundadas que pueden hacerse a los estudios universitarios de tipo humanístico, en el grado y posgrado, es que suelen convertirse en una suerte de *repetitorium* continuo. El estudiante lee unos libros (cuando son libros y no fotocopias o resúmenes de “El Rincón del Vago”) y se evalúa en el examen si ha comprendido los puntos fundamentales y puede expresarlos coherente y sintéticamente –esto es, un control de lectura. Es poco, casi poquísimo. La tesis, en cambio, es el momento en que cada uno puede dar lo mejor de sí, integrándose en el proceso creativo del Derecho. Conocer el proceso de hallazgo de una veta del saber jurídico tiene consecuencias más allá de la tesis: ella siempre es un punto de partida, no de llegada.

Queda situada así la *figura del director de tesis*. Caracterizándolo por vía negativa, no es, en su desempeño, el profesor, no es el maestro de la disciplina, por lo menos no directamente. No es el inspirador ni el Apolo Musageta de su dirigido, aunque su enseñanza o su obra escrita puedan haber impulsado al tesista en la elección del tema o del director. No debe pensar en el doctorando como su proyección u otro yo intelectual. Debe tener en cuenta el papel protagónico del tesista y propender al desenvolvimiento plenario de su autonomía en el marco del plan establecido, aunque eventualmente no comparta algunos de sus enfoques o conclusiones. Entonces:

- Es ante todo, un *guía*, un baqueano que transmite su experiencia de haber atravesado el mismo camino y conocer los obstáculos que se presentan. La guía intelectual procura impulsar el crecimiento del otro. Qué conviene leer, qué orientación bibliográfica viene al caso buscar, cómo aplicar correctamente los recursos metodológicos. Finalizando el camino, cómo plantear la defensa.

- Es rigurosamente un *crítico* de la obra en progreso. Debe ir advirtiéndolo, con firmeza pero sin acritud, sus posibles defectos por exceso o carencia, cuidando de no impartir el desánimo. Al mismo tiempo, reconocer los avances del tesista en su trabajo. Pero siempre como un agente de la realidad, cual portador de un buen sentido jurídico que ubica en tiempo, lugar y sazón el torbellino de ideas y descubrimientos que va acumulando la búsqueda.
- Es el *sostén* del tesista, que lo apuntala en los momentos o situaciones propicias al abatimiento o al abandono de lo emprendido.
- Es un *facilitador* para búsquedas, orientaciones bibliográficas, concurrencia a congresos o jornadas que tengan relación con el tema investigado, contactos con personalidades académicas afines, etc.

Su papel puede identificarse con aquel Méntor de la leyenda griega, el amigo de Ulises a quien éste le confía la formación de su hijo, Telémaco. Es un *mentor*. El mentorazgo requiere:

- capacidad de empatía (ponerse momentáneamente en el pellejo del otro y salir de él para tomar distancia y asistir con eficacia);
- disposición para guiar y transmitir conocimientos y experiencias de manera clara y precisa;
- el respeto por el mentorazgo y de la obra como proyección del mismo mentorado;
- el mutuo reconocimiento de estos roles.

Es una diada, con las ventajas y los problemas de toda diada. Es una relación que puede ir bien, puede irse disolviendo en una cierta apatía e inercia mutua, que es la peor de las hipótesis, o puede andar definitivamente mal y será necesario al tesista buscar un nuevo director.

La elección del director

Cuando un tesinando busca a un director, lo hace, en general, orientándose por su especialidad, su reputación en el ámbito docente y académico, especialmente si lo hace respecto de alguien que enseña en la misma casa de estudios donde ha cursado, o quizás lo ha tenido como profesor. Es obvio que debe buscar una cierta afinidad intelectual, en la visión del mundo y de la disciplina.

La elección del tema

Todo aprendizaje perdurable es significativo, es decir, se integra en sentido psicológico y lógico con los conocimientos que ya se poseen, con la experiencia adquirida en la carrera y en el ejercicio profesional, con las capacidades, habilidades, actitudes y constelaciones de valores que establecen la ecuación personal de cada sujeto. Cuando va a elegir un tema, el cursante debe hacer un examen de sus propias experiencias, de sus curiosidades intelectuales insatisfechas, de sus lecturas, de clases, conferencias o discusiones con compañeros. Elegir un tema de tesis, en cierto modo, presenta semejanzas con la elección de esposa o marido. Hay dos grandes tendencias o actitudes vitales al respecto. Por un lado, están los intuitivos, que escogen abandonándose a la inspiración, el impulso, premoniciones recónditas inexpressables o el *coup de foudre*, el flechazo. Por el otro, están los razonadores, que desconfían de la corazonada e intentan un análisis de cuenta y razón.

La elección debe ser *libre*. No soy partidario de que el director señale el tema de tesis. Ya he hablado del autoprendizaje como un desiderátum y de la elaboración de la tesis como un altísimo ejercicio de esa autonomía de la adquisición del saber, a partir de lo previo recepto. Los consejos y las orientaciones prudenciales no deben faltarle a quien está por elegir su tema y es bueno que las recabe, pero la decisión final debe ser de su exclusiva responsabilidad.

Hay quienes prefieren, desde la dirección de tesis, fijar el tema. Desde esta postura, se asegura un núcleo de discipulado que siga los pasos del maestro. En otros casos, el director está embarcado en una amplia investigación a largo plazo y utiliza a los doctorandos como los antiguos pintores a los discípulos en su taller, para que como miembros de un equipo de trabajo realicen investigaciones de aspectos particulares del gran cuadro planeado. Ya he dicho que, a mi juicio, el director es un mentor: no está oficiando de maestro, aunque lo sea, y debe reconocer el protagonismo del tesista. En cuanto a los tesistas como ilustradores de un aspecto particular de un gran proyecto general, puede encuadrarse, correctamente realizado —así lo veía Eco— en una buena práctica, aunque no aconsejable en nuestra disciplina jurídica, siendo quizás otros campos del saber más propicios a ella. De todos modos, condena de antemano al tesista a un horizonte limitado de epígono, del que debe seguir la huella del que va adelante.

¿Qué condiciones pondría un director de tesis al tema elegido? La bibliografía del caso está de acuerdo en ese punto.

En primer lugar, el tema debe ser *interesante* para el tesista, en lo que es el factor más importante para alcanzar la meta. Ese interés puede pro-

venir de una curiosidad intelectual, por una vinculación con sus actividades actuales (punto importante) o por razones más prosaicas (obtener mejor remuneración, acceder a una cátedra, ampliar CV). En el “Menon”, un cierto investigador llamado Platón, por boca de Sócrates, dice más o menos que nadie puede indagar sobre lo que sabe o sobre lo que no sabe. Puesto que sobre lo que sabe plenamente no investigaría y sobre lo que no sabe, no sabría qué investigar. Elegir un tema de tesis supone que algo se sabe, que hay que hacer diligencias para encontrar el resto que se ignora y hallar allí el punto hasta entonces inadvertido o descuidado.

En segundo lugar, y esta es en general la primera observación de un director, no debe ser tan *vasto* como para que se convierta en cementerio de las mejores intenciones. Ni tan obvio que resulte el *pons asinorum* del caso. Debe definirse el tema, y para ello es imprescindible el consejo y la orientación del director de tesis. Definirlo, recuérdese, es poner límites: *definire* remite a *finis*, en latín, límite.

En tercer lugar, debe ser *accesible y realizable*. Debe poderse establecer contacto con las fuentes de conocimiento vinculadas al tema y que el tesista tenga el dominio de los conocimientos básicos y complementarios requeridos. No se puede hacer una tesis sobre el *self restraint* en la Corte Suprema de los EE. UU. si no pueden leerse sus fallos en el idioma original.

En cuarto lugar, que en el tema haya un *desarrollo original*. El tema puede o no ser novedoso. La cuestión es ver en lo que todos han visto el aspecto que nadie ha pensado. El ejemplo clásico es el de Sherlock Holmes, según un famoso diálogo en el relato titulado “Silver Blaze” (Estrella de Plata). Se trata de la investigación sobre la desaparición de un caballo de carrera, cuyo nombre da título al relato, y de la muerte de su entrenador. El inspector de policía a cargo relata cuidadosamente todos los hechos del caso y, al final, pregunta si hay algún otro punto sobre el cual fijar la atención, ya que cree haberlos señalado todos.

—Sí —dice Holmes— el curioso incidente del perro aquella noche.

—El perro no hizo nada aquella noche —respondió el inspector.

—Ése es, precisamente, el curioso incidente.

A partir de este dato inadvertido se resuelve el caso. Podría decirse que la labor de un investigador, frente a la suma de datos e interpretaciones sobre un tema en análisis, consiste en averiguar por qué no ladró el perro aquella noche. Porque parece que todo está dicho, pero nunca hay un último análisis. Y recuerden que nada hay tan insignificante que no pueda revelar tesoros soterrados.

¿Y si el director no conoce el tema? Lo manda a un colega que lo conozca. O acepta el tema porque quiere saber más y averiguarlo con el tesinando. Supongamos que alguien propone al director un tema: “Poder constituyente 2.0: la experiencia de Islandia”. El director no tiene conocimiento previo de

lo allí ocurrido. Pero puede comprometerse a estudiarlo junto con el doctorando, aportando su experiencia y conocimientos. Una forma de que ambos amplíen sus horizontes.

Las preguntas del tesista

Vamos a ponernos en la situación del tesista frente al director. ¿Cuáles pueden ser las preguntas básicas que se vaya planteando a medida que avanza el proceso de dirección de tesis?:

- ¿Me dedica tiempo?
- ¿Siento que realmente me ayuda?
- ¿Me siento estimulado?
- ¿Me fío de su consejo?

¿Me respeta? Las preguntas del director

Pongámonos ahora en la piel del director de tesis:

- ¿Está pudiendo el doctorando organizar su tiempo?
- ¿Está estancado y no progresa desde el último avance?
- ¿Estoy estimulándolo acertadamente?
- ¿Estoy orientándolo de modo adecuado a sus capacidades y posibilidades?
- ¿Lo que le pido está a su alcance?

Méntor aparece en el canto II, señalado como el amigo de confianza de Ulises y encargado de educar a su hijo Telémaco. Dirige unas duras palabras contra los pretendientes de Penélope y no vuelve a aparecer, ya que después es Palas Atenea, la de los ojos de lechuza, la que toma su figura ante Telémaco. Y, así, el hijo de Ulises, acorazado por estas enseñanzas y consejos, parte a su aventura, a buscar a su padre. Devuelvo, pues, la palabra a los protagonistas: los doctorandos.

RECENSIONES

Ubiría, Fernando Alfredo, *Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, 624 páginas.

En el recientemente publicado *Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Fernando Ubiría hace una concisa exposición del Derecho de Daños tal como se presenta hoy tras su evolución, manifestada en última medida con la entrada en vigencia del nuevo Código.

Presentado como un manual universitario, cumple en verdad el propósito de ser tal, logrando que el alumno tenga una comprensión global de cada materia que trata en su libro, al comenzar cada capítulo con una aproximación filosófica, histórica, ideológica, una explicación del instituto en cuestión y una muestra de jurisprudencia, que enseña al alumno la aplicación práctica de lo que estudia. Esta intención, recién mencionada, se manifiesta también cuando al final del libro el autor agrega un apéndice de casos prácticos, en –como se dijo– aplicación concreta de lo aprendido. Es destacable que el autor no deja de comparar el actual régimen con el del Código de Vélez Sarsfield, siendo esto de extrema utilidad y entendimiento del tema de que se trata, proveyendo además al alumno con un conocimiento más amplio de la realidad jurídica de transición entre un Código y otro. Y también la continua referencia a la influencia de los Derechos Humanos, Derecho Constitucional y tratados internacionales en la materia, que el autor explica y demuestra en numerosas ocasiones, resaltando la importancia que han ganado éstos últimos, por ejemplo, en lo que se trata de las varias voces del daño.

Vale la pena agregar que el libro admite diversos niveles de lectura y no sólo reservada a la de alumnos universitarios, ya que su propósito es el de presentar el estado del Derecho de Daños con la entrada en vigencia del nuevo Código, volviéndose a destacar su abordaje filosófico, doctrinario y jurisprudencial, y también de Derecho Comparado, y de fácil lectura, haciéndose amable para cualquier profesional que busque actualizarse en esta área del Derecho.

El manual tiene el siguiente desarrollo: comienza por los principios, las funciones, por la unificación de las órbitas contractual y extracontractual.

Aquí se trata uno de los temas centrales de la evolución del Derecho de Daños, analizando si se da efectivamente esta unificación, si ésta es parcial o absoluta, hasta qué punto llega y qué implica dicha unificación. Continúa con los presupuestos del daño. Estos son considerados como tres por el autor –a diferencia de otros autores, que continúan considerando que habría todavía cuatro–, dando un tratamiento diferenciado al requisito de la anti-juridicidad. Pasa luego a estudiar supuestos especiales de daño (haciendo exposición y descripción de las cada vez más diversas voces del mismo), tras lo cual explica la relación entre las acciones penales y civiles que se dan frente al daño; finaliza con las clasificaciones de la responsabilidad y termina con los supuestos especiales de responsabilidad. En este último tema, el autor analiza no sólo las que aparecen en el Código mencionadas, sino que hace un estudio particularizado, esto sucede con la responsabilidad de los profesionales liberales, dentro de la cual el autor hace desarrollo de la del médico y de la del abogado. En esta sección, asimismo, describe el estado de la responsabilidad del Estado, algo necesario en el contexto en que ésta se encuentra, tras la Ley N° 26.944 de Responsabilidad del Estado y los artículos del nuevo Código que la limitan grandemente.

Se llega, entonces, a hacer un recorrido muy completo del Derecho de Daños, logrando ubicarlo al final en sede práctica y concreta, que resulta el ámbito donde se da materialmente, cuando ocurre efectivamente el hecho del daño, ahora convertido en el centro del sistema, idea que sostiene el autor, evidenciada cuando define la responsabilidad civil como “la respuesta del sistema jurídico al ‘daño injusto’”.

MARÍA ZÚÑIGA

AA. VV., *Aborto, Perspectivas Filosófica, Jurídica y Médica*, Maite Aguirrezabal Grünstein y Soledad Bertelsen Simonetti (editoras), Universidad de Los Andes, Cuaderno de Extensión Jurídica N° 27, Santiago de Chile, 2015, 308 páginas.

Con motivo del Mensaje N° 1230-362, del 31 de enero de 2015, donde la presidenta Michelle Bachelet concretó su promesa de proyecto de ley: “Despenalización de la Interrupción del Embarazo en Tres Causales”, se publica en respuesta a ello el libro: *El Aborto, Perspectivas Filosófica, Jurídica y Médica*, como cuaderno de extensión jurídica N° 27 en el año 2015, con el sello de la Universidad de Los Andes.

Esta obra intelectual se ocupa de analizar el proyecto de aborto en Chile desde la ciencia de la filosofía, la ciencia jurídica y la ciencia médica. En ella se plasman distintos fundamentos que justifican la personalidad jurídica y humana de la persona por nacer, y se critica lo establecido en el proyecto de aborto nombrado más arriba, con argumentos antropológicos, legales, judiciales y basados en estadísticas médicas.

En este orden de ideas, el libro editado por Maite Aguirrezabal Grünstein y Soledad Bertelsen Simonetti recolecta distintos artículos de los siguientes autores que desarrollan la problemática del aborto en Chile: Joaquín García-Huidobro Correa, Jorge Martínez Barrera, Alejandro Miranda Montecinos, Sebastián Contreras Aguirre, Dennisse Vergara Larenas, Álvaro Ferrer del Valle, Hernán Corral Talciani, Magdalena Ossandón Widow, José Ignacio Martínez Estay, Soledad Bertelsen Simonetti, Gonzalo García Palominos, Álvaro Paul Díaz, Sebastián Illanes López, Elard Koch Cabezas, María Teresa Valenzuela Bravo, Gabriel Cavada Chacón, Mariarita Bertuzzi Bertagnoli, Cristián Rodríguez Rodríguez.

En primer lugar, se realiza una recopilación de distintos trabajo académicos, cuyo lente de análisis es la filosofía. Para ello, los doctores Joaquín García-Huidobro y Jorge Martínez Barrera parten del interrogante sobre la capacidad de conocimiento que puede llegar a detentar el no nacido. A partir del reconocimiento de la capacidad de la persona como fin en sí mismo, y cuyo fin deriva del libre albedrío, se concluye sobre la racionalidad de la persona que es capaz de formar conceptos universales y abstractos. De esta forma, y en la humanidad de la persona por nacer, se concluye que el nonato es un “ser humano y una persona humana con potencial, no una persona humana meramente potencial o ser humano potencial”.

A partir de ello se colige que el no nacido y la madre tienen igual humanidad y derecho a la vida, fundado en la humanidad y caracteres que ambos poseen. En consecuencia, explican el Dr. Sebastián Contreras y Dennisse Vergara que frente a un riesgo inminente de la vida de la madre, toda vez que la mujer se someta a los tratamientos necesarios para salvar su vida

y como efecto colateral se cause la muerte del embrión, no existe entonces una absolutización del derecho a la vida en tales circunstancias. Concluyendo, así, que la ética de la ley natural lo que prohíbe es el aborto querido de forma directa.

Además, para reforzar esta concepción, el Dr. Álvaro Ferrer del Valle sostiene que el embrión como persona humana titular del derecho a la vida, desde el mismo momento de la unión de los gametos, ya es una persona amén de que experimente un cambio accidental en el instante de la gemelación. Si bien este proceso implica la división de la persona, no significa su corrupción sino que en todo momento permanece siendo el mismo individuo. La explicación que brindan los autores es que se trata de una materia en su máxima potencialidad conforme al ser de la misma subsistencia, es decir, el feto.

Finalmente, la conclusión culmina en que la negación del derecho a la vida es la negación del derecho fuente y fundamento del resto de los derechos.

En segundo lugar, el libro brinda una visión dada desde el punto de vista del Derecho Chileno e Internacional, incluyendo dentro de este el Derecho Interamericano, sus tratados y jurisprudencia.

El Dr. Hernán Corral Talciani analiza tres términos jurídicos que hacen al proyecto de ley que regula la despenalización. El primero de ellos es la despenalización, entendida como la supresión de la tipificación penal del delito. En segundo término, la legalización, donde no sólo no existen sanciones penales sino que tampoco administrativas o civiles. Por último, la legitimación, donde ya el legislador instala el aborto como un derecho individual. Al hablar del proyecto de ley de “legítima prestación de salud”, queda encuadrado dentro del tercer término. Otro argumento que sostiene la introducción del aborto como un derecho solapado en la despenalización del título del proyecto, entiende que la admisibilidad de la objeción de conciencia para los médicos es tan sólo otro hito dentro de esta construcción positiva que desconoce que este proyecto hable de despenalización o de legalización, de lo contrario no habría obligación general para ningún médico de realizar el aborto.

A lo largo del desarrollo jurídico, se analizan distintas teorías y posturas acerca de la concepción jurídica de la persona por nacer y se arriba, finalmente, a establecer que la correcta es aquella que está por el momento más próximo a la concepción biológica de la persona, ya que ante la duda sobre el momento en el que el alma informa al cuerpo, siempre debe estarse por la vida.

También se destaca la importancia de entender a la persona como tal desde el primer comienzo de existencia hasta su muerte, ya que de esta manera se explica su capacidad patrimonial, como su titularidad sobre derechos personales, sobre todo a la vida y a la integridad física.

Además se analiza el caso “Artavia Murillo”, destacando la inversión de criterio que utiliza la Corte a *contrario sensu* de la finalidad sobre la tutela de la vida con la que se sancionó la Convención Americana de Derechos Humanos, así como la Convención sobre los Derechos del Niño. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución chilena reconocen que los Derechos Humanos son anteriores al Estado y que emanan de la naturaleza humana. “*Los Estados poseen los medios para proteger el derecho a la vida mediante la ley en un sentido maximizador; ello les permite dar una protección más sólida que la del Derecho Internacional, por lo que no están autorizados para desconocer el estatuto jurídico del no nacido*”.

A nivel internacional, los Dres. Soledad Bertelsen Simonetti, Gonzalo García Palominos y Álvaro Paul Díaz aclaran que no existen normas vinculantes que establezcan un derecho positivo al aborto, por lo que no existe obligación para Chile, tan sólo existen recomendaciones de comité calificadas como *soft law* que hacen alusión al aborto de forma explícita.

En el ámbito regional, tampoco existe un deber afirmativo de regular a favor del aborto, ya que el único caso que afectó a la vida prenatal fue el caso de Costa Rica, “Artavia Murillo”, cuyos efectos se reducen al país interviniente en la sentencia.

En el caso de Chile, tanto su Constitución Política en el artículo 10 N° 1, como la jurisprudencia dictaminada por la Corte de Apelaciones de Santiago han protegido la vida desde el vientre materno, así como su pleno desarrollo, incluyendo su derecho a la salud.

Por el contrario, el proyecto de ley habla de “bienes que son inconmensurables”, pero desde el punto de vista del análisis crítico jurídico se entiende que se hace una diferencia entre las personas y el que está por nacer. Para las primeras, se asegura la vida y la integridad. Mientras que para la segunda, habría sólo un deber legal de proteger la vida, pero no habría un derecho fundamental. Esto implica un quiebre en el ordenamiento jurídico chileno.

Desde el punto de vista penal, explica la Dra. M. Magdalena Ossandón Widow y el Dr. Gonzalo García Palominos que en el Derecho Penal solamente se considera lícito acabar con la vida de una persona ante los casos de una agresión. Sin embargo, como el embrión resulta ser, por el contrario, inofensivo no resulta relativizar su derecho a la vida. No obstante, podría configurarse el ilícito de abortar pero luego devenir una de las causales que lo neutralice, tal es el caso de riesgo de la vida de la madre. Es así como deben evaluarse la atipicidad subjetiva, causas de justificación y la inexigibilidad de otra conducta.

Otro argumento se sustenta en que existen quienes desconocen la personalidad al embrión; eliminar su carácter de persona es lo mismo que la esclavitud al desconocer carácter de tales a determinados sujetos.

En este sentido, siguiendo a Noberto Bobbio, el Prof. José Ignacio Martínez Estay entiende que no se puede transigir el derecho a nacer, que se vuelve aún más elemental que el derecho a la vida. De esta manera, la violencia contra el inocente es una clara forma de antiprogreso.

Otra cuestión vinculada con el aborto es el abuso intrafamiliar que se ve soslayado, ocultado detrás de aquel, provocando que el niño o la niña vuelvan al seno familiar donde continúan siendo abusados sexualmente. Existe una complicidad entre la violación y el aborto como medio para borrar el abuso ejercido.

El último punto de análisis de este libro se realiza desde la óptica médica. Prioritariamente, la exposición argumentativa de Sebastián Illanes, Elard Koch, María Teresa Valenzuela B. y Gabriel Cavada Chacón, escrita en este libro, se fundamenta en demostrar la verosimilitud de las estadísticas que se utilizan para defender al aborto como una necesidad sanitaria.

En ese sentido, se determina que el aborto ha disminuido de forma tal que se ha vuelto un fenómeno excepcional en términos epidemiológicos. Además se establece que las muertes maternas ocurridas en los últimos años no podrían haberse previsto con lo sancionado en el proyecto de aborto, ya que esas muertes acaecieron, no por intervención médica, sino por otras patologías.

Sobre el daño psicológico se ha desarrollado la problemática del aborto por anomalías fetales, donde los padres sufren síntomas de estrés postraumático, sentimientos depresivos, abuso de sustancias e ideas suicidas luego de efectuado el aborto terapéutico. Se resalta que hasta la fecha no ha habido estudio biomédico que acredite beneficios en el aborto electivo. Sumado a la existencia certera de daño físico y psicológico provocados por el aborto.

Como una alternativa de lo antedicho se ofrecen otras medidas previas al aborto, tales como ecografías prenatales y consejería obligatoria. No obstante, no hay evidencia de que estos medios reviertan necesariamente la decisión de abortar.

Por último, Mariarita Bertuzzi Bertagnoli y Cristián Rodríguez Rodríguez exponen sobre el síndrome posaborto como causal negativa para la madre. La vida de la mujer queda marcada, aunque no significa que irremediablemente la mujer quede determinada de por vida a un proceso depresivo. Las mujeres que buscan abortar en Chile, a diferencia de otros países, no lo hacen fuera de un contexto de falta de apoyo social, ausencia de oportunidades o escasez de espacio de acogida.

En definitiva, si el proyecto de ley busca proveer mejores condiciones de salud mental para la madre, el aborto no es una solución razonable.

LUDMILA A. VIAR

Santos, José Antonio, *Los olvidados del Nacionalsocialismo. Repensar la memoria*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, 205 páginas.

José Antonio Santos es Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y Doctor Europeo en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos. Es profesor de Filosofía del Derecho de esta última y ha centrado sus investigaciones en temas de democracia y Estado de Derecho, Filosofía del Derecho alemana e italiana, hermenéutica jurídica, historia del pensamiento, libertad de expresión, etc.

El Dr. Santos nos trae este estudio en el que indaga, a partir de su profundo conocimiento de la filosofía jurídica alemana, una visión de conjunto del estado de la cuestión de la eugenesia y la eutanasia durante el nacionalsocialismo.

El libro se centra en la temática poco estudiada de la situación de los discapacitados y enfermos psiquiátricos graves durante el nazismo. La que estuvo enmarcada dentro de un “clima de época” de larga data en la Europa Occidental, y específicamente en Alemania: la aspiración del perfeccionamiento de la “raza humana”. Si bien, como nos ilustra el autor, ésta tiene antecedentes remotos en la antigua Grecia (Platón, Aristóteles), resurgirá varios siglos después con el Renacimiento y la admiración a la antigüedad pagana. Las corrientes mecanicistas, materialistas, empiristas, utilitaristas y positivistas, que se desarrollaron entre mediados del siglo XVII y principios del siglo XIX, fueron generando el caldo de cultivo de teorías que eclosionarán a mediados del XIX y serán la culminación de un pensamiento seudocientífico destinado a justificar la supervivencia y la hegemonía de los poderosos. Éstas serán el darwinismo social, fruto de la teoría de la evolución por selección natural de Darwin y los postulados de Herbert Spencer, y la eugenesia, correspondiendo señalar que fue justamente un primo de Darwin, Francis Galton, quien en 1865 acuñó por primera vez el término. La eugenesia como teoría social tendrá como objetivo “científico” mejorar la raza humana. Con el darwinismo social y la eugenesia la humanidad encontrará las bases para aspirar a la perfección a partir de los conocimientos “científicos”. Santos señala la gran influencia que tuvo en Alemania el pensamiento de Friedrich Nietzsche y su idea del “superhombre”. Asimismo el autor recalca la estrecha relación entre Alemania y Estados Unidos en materia eugenésica, siendo en la república americana donde el darwinismo social tuvo sus primeras consecuencias prácticas.

En este ambiente ideológico Santos destaca el libro *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens* (1920), obra de conjunto del penalista Karl Binding y el médico psiquiatra Alfred Hoche, quienes acuñaron la idea de las vidas carentes de valor (“*lebensunwertes Leben*”). Concepto que

englobaría a las personas discapacitadas y los “asociales” –que incluían a los mendigos, vagabundos, prostitutas, drogadictos–, y que será clave durante el nazismo y su política eutanásica.

Los olvidados..., a partir de una notable erudición de la historia del pensamiento jurídico alemán, nos muestra que el nazismo, en definitiva, “apenas había inventado nada”, al decir del autor, sino que se nutrió de conceptos y de un clima epocal cimentado paulatinamente durante siglos, y que luego del pacto de Versalles y la posguerra en Alemania encontró preparado un campo fértil para realizar en la práctica las infames ideas de Adolf Hitler.

Santos señala cómo la perversión del lenguaje, fundamentalmente a partir de eufemismos, fue una herramienta de vital importancia por parte de los ideólogos del régimen nazi para adormecer a toda una sociedad. La naturalización de ciertas pautas culturales, sumada a la utilización del lenguaje, tanto en la prensa, como en el cine y en los diferentes medios de comunicación, permitieron anestesiar la conciencia de una sociedad que se preciaba de ser la más culta.

El año 1945 y la derrota del Eje supuso un cambio sustancial en el pensamiento jurídico y filosófico contemporáneo: implicó el tiempo de hablar de la “gramática de los derechos” (p. 141). Sin embargo, en el caso de los discapacitados y los asociales en la Alemania de la segunda posguerra se practicó una política del olvido. A pesar del mencionado cambio, términos como eugenesia y eutanasia estaban en la mentalidad de los médicos alemanes y en determinados círculos de poder, por lo que debieron pasar décadas antes de su modificación.

Adquiere especial relevancia el concepto de memoria post-Auschwitz, ya que el pensar contemporáneo se encuentra condicionado por aquél. “Tras la segunda guerra mundial se toma la persona como referente en el ámbito del Derecho, posteriormente en la bioética, aunque con el paso de los años ha ido diluyéndose aquella concepción antropológica que subyacía en la legislación y jurisprudencia de la década de los cincuenta a setenta en Alemania. En torno a cómo repensar la memoria regían fundamentalmente dos actitudes: la de aquellas personas que querían olvidar y la de aquellas que intentaban recordar. Si se opta por la segunda, es loable comprender que ‘Auschwitz no pudo ser pensado en todo su horror, pero tuvo lugar. Y cuando lo impensado tiene lugar, se convierte en referencia obligada del pensamiento, es decir, en lo que da que pensar. Pensar después de Auschwitz significa retrotraernos a ese punto de negatividad a la hora de pensar los problemas de nuestro tiempo’” (p. 151).

En este sentido, el autor advierte cómo juega el concepto de memoria post-Auschwitz al hablar de “eutanasia precoz” o aborto posnatal, ya que aquella tiene un componente de memoria del olvido, por la que el autor im-

pele al deber de no olvidar (p. 174); y señala concretamente como objetivo específico no olvidar lo sucedido durante el nacionalsocialismo con los enfermos físicos y psíquicos (p. 175). Desgraciadamente anestesiar la memoria post-Auschwitz ha permitido en el mundo occidental y posmoderno que en base a distintos eufemismos, v. g. interrupción voluntaria del embarazo, gestación por sustitución, salud sexual y reproductiva, se escondan realidades dramáticas y siniestras como el aborto, el alquiler de vientres, la esterilización masiva de las clases bajas, etc. Por lo que se logra naturalizar prácticas de las que Goebbels hubiese estado orgulloso.

Una sola crítica haría a este gran texto, ya como cultor de la historia del pensamiento político, y es la utilización del término “conservador” (pp. 33 nota 19, 43, 44, 49, 72 nota 28, 96 en el texto y en nota 4, 98 nota 10, 123, 155, 173 nota 46) sin aclarar cuál es el sentido que le da al mismo. No obstante estar extendido el uso del pensamiento conservador como aquel destinado a mantener el *statu quo* o, en otras palabras, mantener en el poder a las elites gobernantes (v. g. Barbara Goodwin, *El uso de las Ideas Políticas*, 1970), hubiese sido importante que el autor explicase si, como se desprende del texto, es este el uso que de él hace. Ya que desde la ciencia política se ha definido al pensamiento conservador como aquel que nació como reacción a la Revolución Francesa, siendo su padre fundador Edmund Burke, y que trató de encauzar los nuevos hechos e ideas dentro de las líneas tradicionales del pensamiento judeo-cristiano, constituyendo una verdadera filosofía de la existencia humana (v. g. David Miller –director–, *Enciclopedia del pensamiento político*, 1989; William R. Harbour, *El Pensamiento Político Conservador*, 1985). Si bien no hay unanimidad en el uso del término hubiese sido importante esta aclaración.

Además del valor científico del libro destacamos que trasunta a lo largo de sus páginas la necesidad de replantearnos preguntas esenciales para la filosofía como: ¿qué es el hombre?; ¿cuál es la dignidad de la persona?; ¿todos tenemos la misma dignidad?; ¿el hombre es un fin en sí mismo?; ¿hay vidas humanas sin valor?; ¿algunos hombres pueden determinar qué vidas humanas importan y cuáles no?; etc. Por lo que es un texto clave a la hora de indagar qué estamos haciendo hoy en día con los discapacitados, con los “viejos”, con los enfermos mentales, etc. Nos permite plantearnos como sociedad respuestas ante el aborto, la eutanasia, las técnicas de reproducción asistida, el alquiler de vientres, edición genética, etc.

Advertimos que en la actualidad estamos en presencia de un pensamiento eugenésico más sofisticado y menos cínico que el del nazismo, ya que a partir de la utilización de una semántica que avasalla la razón desde la exaltación de los elementos emotivos, nos permite entender por qué Santos destaca el romanticismo alemán como abono para el relativismo ético y las ideas racistas y eugenésicas que eclosionaron con el nazismo (p. 139). Lo que

nos alerta ante situaciones concretas que son justificadas a partir de un sentimentalismo exacerbado y una falsa caridad que cosifica a las personas. Se reivindica, por ejemplo, el “derecho a ser padres” a toda costa, sin importar la cantidad de hijos que son manipulados y sacrificados en los laboratorios de técnicas de reproducción humana a fin de satisfacer el loable y natural deseo de maternidad y paternidad; por lo que somos testigos de un mundo donde el ser humano se ha convertido en el cordero pronto a ser inmolado en el altar del progreso y de la ciencia a fin de satisfacer estos nobles deseos.

El desafío que se nos plantea desde el ámbito filosófico y jurídico es hacer efectivo el reconocimiento de la igual dignidad en todo ser humano, incluyendo a “los olvidados del nacionalsocialismo”. Sólo así podremos encontrar las distintas soluciones a los diferentes problemas éticos que se nos plantean en la sociedad posmoderna. En definitiva, el reto será encontrar los motivos para vivir y no las excusas para matar.

PATRICIO J. LÓPEZ DÍAZ-VALENTÍN

REVISTA *PRUDENTIA IURIS*

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Prudentia Iuris es una publicación semestral de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica “Santa María de los Buenos Aires” que tiene por objeto la elaboración de un pensamiento jurídico coherente con los principios fundamentales de la Justicia y el orden natural, iluminados por la Fe (*Prudentia Iuris*, Nro. 1, agosto 1980, p. 3).

I. Cobertura temática

1. La Revista *Prudentia Iuris* publica textos relacionados con la investigación jurídico-política conforme a su misión que se inserten en las siguientes categorías temáticas:
 - 1.1. Filosofía del Derecho (Derecho Natural, Teoría del Derecho, Principios e Instituciones Jurídicas).
 - 1.2. Derecho Público (Constitucional, Administrativo, Penal, Laboral y Previsión Social, Tributario, Político, Internacional).
 - 1.3. Derecho Privado (Civil y Comercial).
 - 1.4. Historia del Derecho.
 - 1.5. Derecho Canónico y Eclesiástico.
 - 1.6. Derecho Comparado.

II. Secciones de la Revista

1. Trabajos de Investigación:

- 1.1. Se publicarán dentro de esta sección trabajos que cumplan con los siguientes requisitos:
 - que el tema tratado realice aportes científicos y ofrezca conceptos novedosos que enriquezcan el conocimiento;
 - que exista coherencia en la estructura demostrativa o argumentativa entre el problema, los objetivos, el método, los resultados y las conclusiones;
 - que la bibliografía sea actualizada y pertinente con la temática y que el texto sea inédito.
- 1.2. No podrán tener una extensión menor a las 4.000 ni mayor a las 12.000 palabras. La Redacción se reserva el derecho a publicar artículos en dos fascículos diferentes.

- 1.3. Estos trabajos serán sometidos al arbitraje de evaluadores conforme al punto III.
- 1.4. Los autores deberán enviar firmada a la Revista una carta que atestigüe la originalidad del texto tomando como guía el formulario disponible en el sitio web de la Revista.
- 2. Notas y Comentarios:** trabajos breves sobre tópicos jurídicos, jurisprudencia o legislación. Extensión menor a 4.000 palabras.
- 3. Recensiones:** reseñas de libros de aparición reciente (en principio no más de dos años) con una extensión máxima de 2.000 palabras.
- 4. Cátedra Ley Natural y Persona Humana:** artículos, comentarios y reseñas que se relacionen con la Cátedra, incluyendo ponencias y comunicaciones que se presenten en Jornadas atinentes a la Cátedra que a criterio del Director merezcan ser publicadas por su relevancia académica. Los requisitos son los mismos que los puntos 1, 2 y 3 del presente apartado según sea la índole del texto.
- 5. Documentos:** la Dirección de *Prudentia Iuris* seleccionará para cada número aquellos documentos que considere relevantes conforme a la temática o problemas atinentes a los objetivos de la Revista tales como textos del Magisterio de la Iglesia, Declaraciones de la Facultad de Derecho o Corporaciones o Colegios de Abogados, o de las múltiples Academias Jurídicas, Políticas y Científicas, etc.
- 6. Otras secciones según la necesidad del número publicado:** noticias, publicación de textos ya publicados en otras lenguas, publicación de Conferencias y/o Comunicaciones en Congresos o Seminarios, etc.

III. Los autores

1. Deben enviar sus datos personales y los de la institución a la que pertenecen. El autor deberá indicar además su dirección de correo electrónico para ser publicada en la Revista.
2. Se autorizará a los autores que publiquen total o parcialmente sus trabajos en otras revistas, siempre y cuando aparezca al comienzo del artículo la referencia del número de *Prudentia Iuris* en el cual haya aparecido.
3. Los autores recibirán como agradecimiento y cortesía dos ejemplares del número de *Prudentia Iuris* en el que fue publicado su artículo.
4. Los autores de los artículos publicados además cederán sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que incorpore la versión digital de los mismos al Repositorio Institucional de la Universidad

Católica Argentina como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica.

5. Los autores deberán declarar además todo lo relacionado con algún conflicto de intereses tales como si la investigación ha sido financiada por alguna institución, o si ha sido realizada en el marco de una beca, o si ha existido colaboración de personas que merezcan reconocimiento, etc.

IV. Arbitraje

1. Los textos enviados a *Prudentia Iuris* para la sección de “Trabajos de Investigación” serán evaluados por uno o dos especialistas designados por la Dirección de la Revista. Estos textos se someterán a arbitraje según el sistema de “doble ciego” para preservar el anonimato de los autores y de los árbitros.
2. Los árbitros solicitados deberán evaluar los trabajos conforme al punto II.1, según el formulario correspondiente y deberán guardar confidencialidad respecto a todo lo referido a su intervención como evaluadores.
3. El plazo para la realización del arbitraje será como máximo de 60 días desde la recepción del texto. Como agradecimiento a su colaboración se le entregará un ejemplar del número de la Revista en que hubiere intervenido como árbitro.
4. El dictamen del árbitro deberá indicar: Aprobado – Aprobado con cambios (opcional u obligatorio) – Aprobado, pero el árbitro verificará las correcciones – Rechazado. El dictamen será comunicado al autor.
5. En caso de controversia en el proceso de arbitraje, la cuestión será resuelta por el Comité Editorial de la Revista.

Anexo: Formato básico para textos y citas bibliográficas.

Textos

Papel A4; interlineado 1,5; tipo de letra Times New Roman: **NEGRITA DE 14 puntos para el título, *negrita y cursiva de 12 puntos para los subtítulos de primer nivel, cursiva de 12 puntos para los subtítulos de segundo nivel*, 12 puntos para el cuerpo del texto y 10 puntos para las notas a pie de página.**

El título deberá ser acompañado además por una versión en inglés en letra ***Negrita de 11 puntos Times New Roman.***

Si el texto es aprobado como trabajo de investigación será publicado en la sección “Estudios Doctrinales”. En este caso, deberá enviarse: un resumen de entre 150 y 250 palabras y palabras claves en un número no mayor a 6, ambos en idioma original y en inglés.

Citas bibliográficas

Seguimos las normas internacionales de referencia pautadas por APA (*American Psychological Association*) que se utilizan en las publicaciones atinentes a las Ciencias Sociales.

Libros: Apellido autor, Iniciales nombre autor. (Año). *Título en cursiva*. Ciudad. Editorial.

Ej.: Gilson, É. (1997). *El realismo metódico*. Madrid. Encuentro.

En versión electrónica: Apellido, A. A. (Año). Título. Recuperado de <http://www.wwwww>.

Ej. Carpintero Benítez, F. (1999). *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*. Recuperado de <http://books.google.es/>.

Capítulo de un libro: Apellido, A. A. “Título del capítulo”. En A. A. Apellido. Título del libro (páginas). Ciudad. Editorial.

Ej. Barrow, R. H. (1980), “El genio práctico romano”. En Barrow, R. H. *Los romanos* (35-48). Buenos Aires, FCE.

Artículos científicos: Apellido autor, Iniciales nombre. (Año). Título del artículo. *Nombre de la Revista* (cursiva), Volumen, Número, Páginas.

Ej. De Martini, S. M. A. (Junio 2013). Raíces ideológicas de la perspectiva de género. *Prudentia Iuris*, Nro. 75, 67-89.

Conferencias, Ponencias en Simposio o Congresos: Apellido autor (es), Iniciales nombre. (Año). Título de la conferencia o ponencia. “En” Nombre del editor (Ed.), *Nombre del Congreso, Simposio o Jornada* (cursiva) (páginas). Ciudad. Editorial.

Ej. Arias de Ronchietto, C. E. (2003). Reglamentación legal de la filiación por dación o abandono del concebido crioconservado y reglamentación legal de las técnicas de procreación humana asistida en la República Argentina. En Casiello, J. J. y Nicolau, N. L. (Eds.), *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Tomo 1, 37-44). Rosario. Lux.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Artículo de diario: Apellido autor, inicial del nombre (año, día y mes).
Título del artículo. *Nombre del diario (cursiva)*, páginas.

Ej. Ventura, A. (2013, 29 de noviembre). La Corte se distancia de la aprobación del proyecto sin consenso. *La Nación*, 7.

La Dirección de *Prudentia Iuris* se reserva el derecho de ajustar el estilo del aparato crítico a las normas de la Revista.