

## ORDEN NATURAL Y CRISTIANISMO

34  
P.C.I.

Creado por la Divina Sabiduría, el Universo no quedó abandonado al azar. Hay un orden querido y dispuesto por el Creador que rige su existencia, su vida y su desenvolvimiento. El ritmo de los tiempos, el alternar de la luz y de las sombras, el movimiento de los astros, la sucesión de los días y las noches, el vuelo de los vientos y la precipitación de las aguas que riegan los campos, la delimitación de los mares que circundan la tierra y el surgir de "los manantiales que brotan en los valles y corren entre los montes", el constante y reiterado nacer de los seres vivientes, su desarrollo y su expansión, las leyes físicas que los gobiernan y los instintos que los guían y conducen... Todo cuanto acontece o se mueve o simplemente existe en los cielos y en la tierra está encuadrado en ese orden que el Creador mismo calificó de muy bueno y estableció de una vez y para siempre.

Y también, por cierto, el hombre está incluido en tal encuadramiento. Nada de lo humano quedó afuera. Las acciones individuales y las relaciones interpersonales, las normas que rigen la conducta privada y las que orientan la convivencia social; la organización de la familia y el matrimonio, del trabajo cotidiano, de la industria y el comercio y cuanto atañe a los quehaceres y afanes corrientes de la vida, encuentran en dicho orden su cauce, su base y su fundamentación. Pero, creado no sólo a imagen, sino a semejanza de Dios, enriquecido con la Gracia y los dones preternaturales, el hombre no quedó sometido inexorablemente a su destino para cumplirlo mecánicamente, con el automatismo propio de los que están sujetos exclusivamente a las leyes físicas, sino que fue invitado a observarlo libremente, por amor al Padre y para honra del Santo Nombre del Creador.

Así fue establecido desde el "principio"; antes del pecado original, como, respecto al matrimonio, lo enseña el Génesis en el célebre texto recordado por el Señor en el Evangelio. La caída, que afectó al hombre viciando su naturaleza y oponiéndole trabas insalvables, no hizo perder al ordenamiento divino su vigencia ni su esplendor. Permaneció éste como a la vista, como arquetipo e ideal, como base y meta de cualquier ordenamiento humano; como fuente inagotable de meditación. ¡Bástenos recordar aquí el salmo CXVIII del santo rey y profeta David, que, con sus ciento setenta y cuatro versículos es el más sublime pregón de las excelencias de los preceptos divinos y de su libre y amorosa aceptación!

Pero, como quiera que fuese, sobrevino una grande e inevitable distorsión. El hombre, desvalido para el bien, quedó abrumado por sus propias pasiones, y su invalidez se reflejó en los más diversos aspectos de la vida. Un desquiciamiento general fue minando la moral y las instituciones; los poderes políticos

y las leyes positivas, naturalmente destinados a concretar y efectivizar en las diversas circunstancias de tiempo y lugar el orden substancial, fueron, las más de las veces, inoperantes para ello, si no instrumentos de descomposición y anarquía. Los gobiernos iníquos y las leyes injustas se generalizaron por doquier y aún subsisten. Ni la sabiduría griega, ni el profundo sentido jurídico de Roma, pudieron evitarlo en el mundo antiguo, como también resultan impotentes los menguados intentos del paganismo contemporáneo, disfrazado bajo el nombre de "pluralismo".

Sólo el cristianismo, el cristianismo auténtico e integralmente vivido, puede lograr el pleno imperio del ordenamiento divino natural. San Agustín, que demostró con elocuencia sin par la intrínseca corrupción del mundo antiguo, lo dijo muy claramente: "La verdadera justicia no existe sino en aquella república cuyo fundador y rector es Cristo" (De Civ. Dei. II, 21). Y la razón es obvia, pues no se trata de recomponer el orden mismo concebido por la mente divina, que se mantiene en toda su pureza, sino de sanar radicalmente al hombre, de capacitarlo, fortalecerlo y facilitarle el cabal cumplimiento de su vocación y su destino.

S. E.

## CONTARDO FERRINI

Su obra de Historiador y de Jurista \*

Los Cursos de Cultura Católica, esta escuela que eleva la razón y educa el ánimo, nos propone hoy un alto ejemplo de valor humano y de virtud cristiana, de inteligencia dirigida a la Verdad y de voluntad movida por el Bien. Nos invita a hacer memoria de un hombre que consagró su vida a investigar las reglas de la conducta humana y que hizo de su propia vida una norma del eterno deber; de un profesor y de un siervo de Dios; de un hijo de su tierra que cumplió su afán y de un hijo de la Iglesia que obedeció su ley.

Hablo de Contardo Ferrini, a quien el Pontífice actual ha definido como "Maestro del saber en la Universidad, elevado sobre los demás como modelo, maestro de la virtud y del deber, que supo reunir en sí *supereminentem scientiae charitatem Christi*, santificándose a sí mismo en la familia y en el aula, en el foro y desde la cátedra, en la vida y en la muerte".<sup>1</sup>

Propuesto por la Iglesia a la veneración del mundo y declarado después bienaventurado, con la especial dignidad de su culto, la fama ha difundido sus virtudes y sus dones con una reputación universal de santidad.

Invitado a este homenaje para hablar sobre hombre tan perfecto, apenas si puedo considerar, señores, su labor de historiador y de jurista. ¡Comprended mi limitación y excusad mi osadía!

### *Su familia.*

1. — Sólo 43 años de existencia han producido una obra inmensa de investigación y de crítica, de estudio y de construcción científica.

Nació en Milán el 4 de abril de 1859, en un hogar donde se cultivaba la razón y la fe. Su padre, el Ingeniero Rinaldo Ferrini (1831-1899), fue profesor del Instituto Tecnológico de Milán, y un físico notable por sus inventos y publicaciones sobre electricidad. Su madre, Luisa Buccellati (1831-1890), era hermana del Sacerdote Dr. Antonio Buccellati, profesor de derecho penal en la Universidad de Pavía, y de derecho canónico en el Seminario Arzobispal de la misma ciudad.

En ese ambiente de piedad y de austera disciplina formó Contardo su carácter y cultivó su vocación intelectual.

---

\* Conferencia pronunciada en Buenos Aires en los Cursos de Cultura Católica, el 21 de octubre de 1947, y publicada en Ortodoxia, Nos. 16-17, julio y octubre 1947, pp. 137/55.

<sup>1</sup> Discurso pronunciado en la Universidad Gregoriana el 8 de febrero de 1931 por S. E. el entonces cardenal Pacelli.

### *Sus estudios.*

2. — Iniciados sus estudios en el Instituto Boselli y continuados en el Liceo Beccaria, se licenció en 1876, a los 17 años de edad, con dominio del latín y del griego. Estudió también hebreo y sirio bajo la dirección del Abate Ceriani, y en 1880, cuando contaba sólo 19 años, fue graduado en derecho, después de cursar jurisprudencia en el Colegio Borromeo, de Pavía.

### *Su tesis.*

3. — Publicó entonces su primer trabajo acerca de la contribución del estudio de los poemas de Homero y de Hesíodo a la historia del derecho criminal. Así lo tituló: *Qui conferat ad iuris criminalis historiam Homericorum Hesiodeorumque poematum studium.*<sup>2</sup>

Escrito en latín, transcribe en griego los pasajes de los dos poemas, que estudia como “monumentos del derecho natural en la edad heroica”, y desarrolla como tesis el origen divino de la justicia.

Esa tesis, formulada al comenzar su carrera científica, domina toda su obra. No siempre aparece expresa en sus trabajos, pero, si bien se los observa, ella se encuentra allí, como cimiento oculto o coronamiento visible de sus estudios.

La selección de textos y la aproximación que de ellos hace acerca de aquel tema, confiere ya valor inapreciable a su tratado. Mas, el juicioso comentario que le acompaña no quita a su trabajo ese indeleble fervor de juventud que lo presenta, a su vez, como un poema donde se repite, con variadas voces, aquel antiguo canto del Coro de la *Antígona*.<sup>3</sup>

Su tesis fue laureada y publicada en Berlín.

### *Su beca en Berlín.*

4. — El mismo año viajó a dicha ciudad con una beca que obtuvo por concurso, además de un premio de la Caja de Ahorros de Milán. Permaneció allí dos años, donde conoció a Teodoro Mommsen y tuvo particular amistad con dos maestros: Alfredo Pernice y Carlos Eduardo Zachariae von Lingenthal. Fue alumno también de Dernbrug, el renombrado pandectista, y de Voigt, autor de uno de los tratados más profundos sobre el derecho natural.

### *Sus maestros.*

Todos tuvieron, como veremos, particular influjo en sus estudios ulteriores: Mommsen, en sus indagaciones históricas y principalmente en su exposición del derecho penal romano,<sup>4</sup> Pernice, en sus estudios críticos sobre las

---

<sup>2</sup> Berlín, Calvary, 1881 (*Opere di Contardo Ferrini*, Hoepli, Milán, 1930, t. V, pp. 1 y ss.).

<sup>3</sup> Otro estudio conexo con éste es *Nemesi* (1881): *Opere*, t. V, pp. 394 y ss.

<sup>4</sup> *Diritto Penale romano: Sposizione storica e dottrinale*, Milán, 1902. (En la *Enciclopedia del diritto penale* dirigida por Pessina).

fuentes de la colección justiniana y especialmente en varios trabajos sobre Teófilo; y Zachariae en sus publicaciones sobre el derecho bizantino, particularmente sobre aquella reelaboración de las Pandectas y del Código, efectuada en Oriente al promediar el medioevo, que se conoce bajo la denominación de las Basílicas.

#### *Su amistad con Zachariae.*

5. — Refiriéndose a Zachariae —dice Ferrini— que lo confortó con asidua benevolencia en sus estudios y lo condujo y socorrió por senderos desconocidos y difíciles.<sup>5</sup>

Ese príncipe de los estudios bizantinos, hijo de aquel otro ilustre jurisconsulto Carlos S. Zachariae, conocido comentarista del derecho civil francés, fue, en verdad, un maestro extraordinario y un investigador y estudioso incansable. Tres días antes de su muerte, a los 82 años de edad, perdida totalmente su vista, dictaba todavía un artículo para la revista Savigny que su hija, piadosa y cultísima amanuense, escribía en griego y en latín.

Nueve volúmenes inéditos, fruto de sus sabias investigaciones durante muchos años, fueron legados por él a su amado discípulo para que continuase su obra.

Ferrini pudo ejecutar, así, muchos trabajos que estuvieron en la intención de Zachariae, pero que éste no alcanzó a realizar. Por ejemplo, la edición crítica del *nómos georgijós*, una especie de código rural de la Edad Media, donde se mezclan, en lengua griega, disposiciones romanas, bizantinas y bárbaras.<sup>6</sup>

La intimidad intelectual entre ambos sabios fue muy grande.

#### *El suplemento a las Basílicas.*

6. — Concluía Zachariae —octogenario ya— la reconstrucción y crítica del texto de las Basílicas cuando, todavía en el afán de recoger toda reliquia para integrar ese texto, escribía a Ferrini, su joven discípulo, que investigara, con tal fin, determinados manuscritos de la Biblioteca Ambrosiana de Milán. Ferrini trabajó con ese objeto largo tiempo, pero sus búsquedas resultaron infructuosas. Zachariae le agradeció su labor y le pidió que insistiera.

“Pocos meses después —dice Ferrini— cuando el insigne jurista había terminado ya su gloriosa carrera, el Dr. Juan Mercati, paleógrafo inteligente y

---

<sup>5</sup> ZACHARIAE VON LINGENTHAL, CARLO EDUARDO (Necrología publicada en la *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, vol. 18, 1894, pp. 65-68). *Opere*, t. I, pp. 461 y ss. Ver algunas recensiones de sus obras en el mismo, t. I, pp. 467-472.

<sup>6</sup> *Edizione critica del nómos georgijós* (1898). *Opere*, t. II, pp. 375 y ss.

laborioso, me escribía anunciándome que existía en la Ambrosiana un palinsesto cuya antigua escritura se refería a las Basílicas, y me invitaba a examinarlo para decidir sobre la importancia de su contenido". Ferrini se trasladó en seguida y pudo ver, bajo un texto más reciente, los rastros débiles de la parte perdida de aquella vasta colección. Hizo entonces revivir las antiguas escrituras, transcribió fielmente las páginas inéditas y luego, en honor de su maestro, publicó su texto, con versión latina, bajo el título de *Basilicorum Supplementum alterum*.<sup>7</sup>

### *Sus cátedras.*

7. — Ferrini cumplió toda su obra desde su cátedra en la Universidad. Fue, primero, a los 22 años de edad, profesor extraordinario en la Facultad de Derecho de Pavía, donde dictó las cátedras de historia del derecho penal romano (1883-4) y de exégesis de las fuentes del derecho romano (1884-5); pasó luego a Messina (1887), donde obtuvo por concurso la cátedra ordinaria de derecho romano; de allí a Módena (1890-4), donde enseñó la misma asignatura y presidió la Facultad de jurisprudencia, y, finalmente, otra vez Pavía, a los 35 años de edad, donde fue llamado por el voto unánime de los profesores y donde enseñó hasta 1902, el año de su muerte, historia del derecho romano, historia del derecho penal y derecho romano.

### *El maestro.*

8. — "En torno a él —dice Bonfante— no floreció una verdadera escuela", y la razón, según Bonfante, es que "perseguía un ideal de claridad diáfana en la exposición y sabía presentar muy fácilmente y casi desmenuzar el pan de la ciencia, de modo que hacía accesible a cualquier inteligencia la comprensión de las doctrinas más arduas". "Su enseñanza templaba dulcemente, pero no inflamaba". Eso sí, su actividad de hombre de ciencia era un poderoso estímulo y "en este sentido —agrega— todos somos sus discípulos".<sup>8</sup>

La razón, posiblemente, es otra; quizá la que señala su discípulo Pedro de Francisci, de que con su enseñanza no procuraba hacer de todos romanistas, sino "formar juristas prácticos para los cuales el derecho romano debía ser su alimento vivo e instrumento de comprensión del derecho vigente".<sup>9</sup>

El mismo, en efecto, estima singularmente ese derecho en cuanto es considerado "como instrumento incomparable para afinar el sentido jurídico".<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> LEIPZIG, BARTH, 1897. *Contributo alla reintegrazione dei Basilici* (1896). *Opere*, t. I, pp. 349 y ss. Ver también *Ein unbekannter Codex rescriptus der Basiliken* (1896). *Opere*, t. I, pp. 353 y ss. Sobre sus posteriores trabajos con Mercati para la común edición de las partes desconocidas de las Basílicas, véase su comunicación acerca *Di un nuovo palinsesto de Basilici* (1902). *Opere*, t. I, pp. 359 y ss.

<sup>8</sup> Prefacio a las obras de Ferrini, t. I, pp. VIII y s.

<sup>9</sup> *Ricordo di Contardo Ferrini en Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini*, publicados por la R. Universidad de Pavia, Hoepli, Milán, 1946, p. 12.

<sup>10</sup> *Manuale di Pandette*, 3ª ed., Soc. Ed. Libr., Milán, 1917, p. 2.

Grande es, en verdad, "la maravillosa elegancia de su sistema, la precisión y el rigor de su forma, la portentosa agudeza de su razonamiento".<sup>11</sup>

Quienes tuvieron el privilegio de frecuentar a Ferrini saben bien qué magisterio extraordinario ejerció sobre ellos la vivacidad de su talento y la bondad de su ánimo.

"Yo lo recuerdo —dice de Francisci— como se me apareció la primera vez fuera de la escuela, en la casa paterna, tranquila casa de Milán sobre el espejo de la verde y silenciosa dársena de San Marcos. Fui conducido, por quien vino a abrirme, a su escritorio, una habitación clara y desnuda, cuyos muebles no eran más que dos anaqueles de libros, pocas sillas y una mesa sobre la cual estaban esparcidos algunos volúmenes desencuadernados y numerosas hojas cubiertas con una escritura ordenadísima y pequeña. Detrás de la mesa, de pie, estaba el Maestro. El cuerpo débil y las espaldas curvas del hombre habituado a estar inclinado sobre los documentos, contrastaban con su tez sonrosada y todavía juvenil: bajo la frente espaciosa las cejas espesas velaban levemente los ojos vivos y brillantes, pero claros y dulces, en los cuales se reflejaban la fuerza del talento y la bondad del alma. Y, cuando al hablar fijaba los ojos sobre uno, se podía percibir en la preocupación de su mirada, en la suave melancolía que atenuaba la virilidad de su rostro sin apagarlo, la esencia de su mundo interior, la ardiente piedad, la instintiva humildad, y, más todavía, la serenidad de quien ha cuidado ya del más allá y ha alcanzado la divina certeza no con el arma de la razón, sino por el don inefable de la Gracia".<sup>12</sup>

Pensando en él y conversando con él —dice Scialoja, su adversario político y colega— yo sentía que mi corazón y que mi mente eran siempre elevados a mayor nobleza".<sup>13</sup>

Tal era el valor de su enseñanza. Ferrini era, en verdad, un maestro de vida.

Veamos cuál fue la extensión de su labor y señalemos luego su sentido.

### *Extensión de su obra.*

9. — Recién designado profesor de derecho romano en la Real Universidad de Módena, recibió el honroso encargo de decir el discurso inaugural en la solemnidad académica que abrió el curso lectivo de 1891. Hizo entonces, por la consideración de un tema singular —las escuelas de derecho en Roma antigua<sup>14</sup>— una síntesis del desarrollo de la doctrina jurídica romana. En esa disertación Ferrini señaló, como en un claro mapa, el campo de su investigación científica y el itinerario y fin de su labor.

---

<sup>11</sup> *Lotte antiche e recenti contro il diritto romano. Opere*, t. IV, p. 426.

<sup>12</sup> Ob. cit., p. 13.

<sup>13</sup> Conmemoración leída en Milán el 7 de diciembre de 1902. Scialoja *Studi Giuridici*, Roma, 1934, t. II, p. 190.

<sup>14</sup> *Le scuole di diritto in Roma antica (1891-2)*. Opere, t. II, pp. 1 y ss.

a) *Ius civile*. Mostró cómo la ley de las XII tablas, esotéricamente interpretada al principio por el Colegio Pontifical, fue aplicada luego fuera del monopolio patricio por la divulgación de las fórmulas que hizo aquel liberto de la familia de los Claudios; cómo, más tarde, se extendió por obra de los mismos pontífices que desde Tiberio Coruncanio empezaron “a profesar el derecho”; y cómo se transformó y adaptó después, por los juristas, los “sabios”, los “prudentes”, que perfeccionaron el arte de ser justo.

b) *Ius honorarium*. Mas, la verdadera escuela del derecho no surgió —dice Ferrini— sino recién en tiempos de Cicerón, cuando Servio Sulpicio dio a la jurisprudencia el orden y la sistematización de los principios. En esa escuela se formaron los más afamados jurisconsultos del último tiempo de la República. Desde entonces, la *civilis sapientia* se extendió en el Imperio apoyada por el favor de los mejores príncipes y debe atribuirse a su incremento el nacimiento de aquellas dos sectas de juristas que, con el espíritu novador de los proculeyanos y la prudencia conservadora de los sabinianos, pugnaron por siglos en la solución de los problemas de la ley.

c) *El derecho clásico*. Las obras de los grandes jurisconsultos, cuyos pasajes se compilaron después de las Pandectas; la Instituciones de Marciano<sup>15</sup>; los Digestos de Alfenio Varo<sup>16</sup>; los comentarios de Paulo<sup>17</sup> y de Ulpiano,<sup>18</sup> fueron estudiados y comentados por Ferrini con la consulta directa de los antiguos manuscritos.

Mas, también lo fueron los juristas menores: Fabio Mela, de los tiempos de Augusto y de Tiberio; Plauzio, que vivió bajo Trajano; Quinto Elio Tuberon, de los tiempos de César<sup>19</sup>; Sesto Pedio<sup>20</sup> y Viviano,<sup>21</sup> también de aquel periodo singularmente fecundo de la edad trajana, Aulo Cascellio, recordado en los versos horacianos<sup>22</sup>; Atilicinio,<sup>23</sup> Prisco Fulcinio,<sup>24</sup> Octaviano<sup>25</sup> y tantos otros antiguos prudentes. Todos fueron objeto, por parte de Ferrini, de sendos estudios que constituyen un riquísimo aporte “no sólo para la historia de la jurisprudencia, sino sobre todo, y como él mismo dice, para la correcta inteli-

---

<sup>15</sup> *Sulla palinogenesi delle Istituzioni di Marciano* (1890): *Opere*, t. II, pp. 276 y ss. *Intorno alle Istituzioni di Marciano* (1901): *Opere*, t. II, pp. 285 y ss.

<sup>16</sup> *Intorno ai Digesti di Alfenio Varo* (1891): *Opere*, t. II, pp. 169 y ss. Cfr. *Ad Gai. 2. 51* (1888): *Opere*, t. II, pp. 180 y ss. *I commentarii di Terenzio Clemente e di Gaio “ad legem Iuliani et Papianam”*; *Opere*, t. II, pp. 252 y ss.

<sup>17</sup> *I libri ad Plautium di Paolo* (1894) *Opere*, t. II, pp. 205 y ss. *I libri di Paolo ad Neratium* (1894): *Opere*, t. II, pp. 229 y ss. *I commentarii di Paolo e di Ulpiano “ad legem Iuliani et Papianam”* (1901): *Opere*, t. II, pp. 237 y ss.

<sup>18</sup> *Postille esegetiche di frammenti del commentario di Ulpiano alle formule edituali ad legem Aquilianam* (1886); *Opere*, t. II, pp. 95 y ss.

<sup>19</sup> *Saggi intorno ad alcuni giureconsulti romani* (1885); *Opere*, t. II, pp. 11 y ss.

<sup>20</sup> *Sesto Pedio* (1886); *Opere*, t. II, pp. 39 y ss.

<sup>21</sup> *Viviano* (1886); *Opere*, t. II, pp. 71 y ss.

<sup>22</sup> *Aulo Cascellio e i suoi responsi* (1886); *Opere*, t. II, pp. 53 y ss.

<sup>23</sup> *Atilicinio* (1886); *Opere*, t. II, pp. 87 y ss.

<sup>24</sup> *Prisco Fulcinio* (1886); *Opere*, t. II, pp. 81 y ss.

<sup>25</sup> *Ottaviano e le sue dottrine* (1887); *Opere*, t. II, pp. 113 y ss.

gencia de las fuentes y para el mejor conocimiento de los dogmas jurídicos estudiados en su función y desarrollo".<sup>26</sup>

A través de esos estudios quiso Ferrini poner de manifiesto aquel esfuerzo admirable y tenaz de la jurisprudencia clásica por liberar el derecho de la rigidez superflua del formalismo antiguo y por hacer prevalecer un espíritu más universal y más humano.<sup>27</sup>

d) *El derecho en las Provincias*. Mas, no sólo en Roma, sino también en el resto del imperio, hubo centros destacados de estudios jurídicos. "Desde una provincia lejana y grecoocuente —nos dice Ferrini— llega la voz de Gaio. Después de su muerte, el maestro claro, eficaz, elegante, continuó enseñando con sus numerosos y lucidísimos escritos, hasta que en la decadencia del imperio fueron elevados a texto para las escuelas y los juicios".<sup>28</sup>

Tiempo después aparece también en Oriente la célebre escuela de Beirut. Gregorio el Taumaturgo, elevado a la sede episcopal de Cesarea, en el año 248 d. C., en el panegirico de Orígenes, alaba con singular complacencia el fulgor de esta importantísima academia en la *pólis romaikotera*, o sea en la ciudad de provincia en que mejor se reflejaba la vida intelectual de Roma.

e) *La escuela de Beirut*. Fue la escuela de Beirut —expresa Ferrini— la que, en cierto modo, salvó el derecho romano para la posteridad. Si no hubiese habido este hogar en Oriente, Justiniano no habría encontrado ni los hombres ni los medios, ni la cultura suficientes para recoger en el Código y en los Digestos tantas reliquias de la antigua doctrina".<sup>29</sup>

Cuando las escuelas jurídicas de Roma, de Alejandría, de Cesarea, decayeron en sus estudios, sólo la de Beirut y un poco menos la de Constantinopla mantuvieron, hasta Justiniano, el prestigio de la ciencia. Las grandes compilaciones de este emperador tienen su base en la tradición escolástica.

Ferrini ha dedicado parte conspicua de su investigación y de su estudio a la obra cumplida por los más insignes profesores de esas universidades: a la elaboración griega de las Instituciones atribuida a Teófilo y a los doctos trabajos de Doroteo, Esteban, Taleleo sobre el Digesto y el Código.<sup>30</sup>

f) *La Escuela de Constantinopla*. Destruídos esos focos de antigua cultura, el estudio del derecho tomó nueva vida cuando el emperador Constantino Monomaco creó nuevamente en Bizancio una escuela jurídica, por la constitución que Ferrini tradujo, ilustró y publicó.<sup>31</sup>

---

<sup>26</sup> *Opere*, t. II, p. 39.

<sup>27</sup> *Opere* t. II p. 46.

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 7.

<sup>30</sup> Ver los trabajos citados *infra*, en notas.

<sup>31</sup> *Novella di Costantino Monomaco per la prima volta tradotta e illustrata* (1884). *Opere*, t. I, pp. 313. Pablo de Lagarde, el sabio orientalista, publicó en las Memorias de la Academia de Ciencias de Gottinga (1883) las obras de Juan Euchaitense contenidas en

Sabemos por ella que esa escuela fue erigida a mediados del siglo XI en el edificio consagrado a San Jorge y que tuvo como director y profesor a aquel sabio oriental llamado Sifilino que los monumentos de su época distinguen como "perito en la jurisprudencia y en todas las ciencias".<sup>32</sup>

De esa escuela y de ese tiempo deriva el gran número de libros de derecho greco-romano estudiados por Ferrini que se encuentran ahora en las bibliotecas de Europa y de Asia y con los cuales se satisfizo entonces la creciente necesidad de poner a los jóvenes en comunicación con las grandes fuentes del derecho bizantino a través de nuevas y copiosas recensiones.<sup>33</sup>

Esta constitución —dice Ferrini— ofrece "una nueva prueba de la importancia del derecho bizantino. En el siglo XI se estaba ya en la decadencia, y sin embargo esta constitución demuestra que duraban las antiguas tradiciones, que los estudios de las fuentes continuaban y que la jurisprudencia era tenida en sumo precio por los emperadores".<sup>34</sup>

g) *De Roma y Ravena a Bolonia.* En Occidente, las universidades de Roma y de Ravena llevaron, entretanto, una existencia mísera e infecunda. Sólo "en el silencio de los claustros el derecho romano tuvo sus cultores". Mas, "cuando el estudio severo de los textos resucitó la ciencia del derecho romano, la escuela surgió gallarda y el nombre augusto de Bolonia fue signo de ese despertar" y centro de su difusión en toda Europa.

#### *Sus estudios sobre la Paráfrasis de Teófilo.*

10. — En este cuadro amplísimo de la evolución del derecho romano, Ferrini detuvo especialmente su atención en las fuentes de la colección justiniana, para señalar el cambio profundo que el derecho clásico experimentó: después de Caracalla y Diocleciano, por su aplicación a los pueblos orientales, de costumbres distintas de las romanas, y sobre todo, después de Constantino, por la influencia de los principios cristianos.

El estudio de esas fuentes lo inició Ferrini con la Paráfrasis griega de las Institutas, siguiendo una indicación de Pernice, el sabio crítico alemán. Este tema lo apasionó y fue el centro de una gran parte de su labor científica.<sup>35</sup>

un antiguo Códice vaticano. En medio de esa publicación, principalmente integrada por poesías, cartas y homilias, advirtió Ferrini una larga constitución del emperador Constantino Monomaco que no dudó en calificar en seguida "de una importancia grandísima, pues concernía a la fundación y al establecimiento de una escuela de derecho en Constantinopla", hecho que era entonces desconocido y que dio base a una serie de estudios posteriores de la mayor importancia para la historia del derecho romano en Oriente. Ferrini agregó al texto griego editado por Lagarde una versión literal en latín y lo ilustró con comentarios del más grande interés.

<sup>32</sup> Idem, p. 335.

<sup>33</sup> Idem, p. 336.

<sup>34</sup> Idem, p. 338.

<sup>35</sup> Alfredo Pernice. Necrología publicada en el *Bulletino dell'Istituto di diritto romano*, 13, 1901, pp. 80-83. *Opere*, t. V, pp. 413 y ss.

En enero de 1883, cuando no había cumplido aún 24 años, leyó en el Real Instituto Lombardo, una seria crítica a la tradicional enseñanza sobre el autor y las fuentes de la Paráfrasis de Teófilo. No se dudaba entonces, después de las pacientes y doctas investigaciones de Mylius, de Reitz y de Degen, que el autor de la Paráfrasis era Teófilo, el célebre profesor bizantino, contemporáneo de Justiniano y colaborador de la primera edición del Código, del Digesto y de las Institutas. De allí, que tal libro fue tenido siempre como un complemento del *Corpus Iuris* y una expresión auténtica de su sentido original.

a) Su edición crítica. Ferrini comenzó su profunda investigación sobre ese tema, realizando como labor fundamental, una nueva y más correcta edición del texto griego.<sup>36</sup> Con ella perfeccionó y completó, por el estudio y crítica de los antiguos manuscritos, las anteriores ediciones de Viglio (1534), de Reitz (1751) y de Wüstermann (1823).<sup>37</sup>

La selección de los materiales necesarios para la preparación de esa obra llevó a Ferrini a realizar una serie de estudios del mayor interés y valor.

b) Paralelo con Gaio. Recordaré aquel paralelo entre la Paráfrasis de Teófilo y los comentarios de Gaio con el que demostró que Teófilo se había servido casi exclusivamente de esos comentarios como fuente para la historia del derecho y que muy verosímelmente el mismo Teófilo escribió una versión griega de los comentarios de Gaio *katá pódas* antes que se publicasen las Instituciones imperiales.<sup>38</sup>

Por ello se explica que en Teófilo encontremos una cantidad de observaciones y de notas acerca de pasajes de Gaio que fueron omitidas por los compiladores de las Instituciones imperiales. Pensamos que Teófilo, al tiempo de la redacción de su Paráfrasis, debía tener ya su curso sobre los comentarios de Gaio y que seguramente recurrió a ellos como trabajo hecho, sin advertir que algunos de los pasajes glosados por él no habían sido introducidos en las Instituciones imperiales.

---

<sup>36</sup> *Institutionum graeca Paraphrasis Teophilo antecessori vulgo tributa*, 2 vol., Berlín, Calvary, 1884-97. Esta edición berlinesa de la Paráfrasis griega, cuidada por Ferrini, contiene algunos apéndices que muestran su perfección sobre las anteriores ediciones. En éstas, por ejemplo, se tenía por perdido el *sistema cognationum* o esquema de los grados de parentesco que Ferrini encontró en un manuscrito vaticano y en dos laurenzianos. La importancia de ese complemento es, en verdad, notable, porque el *stemma* estaba también perdido en todos los manuscritos latinos de las Instituciones de Justiniano. Ver Sugli "*stemma cognationum*" (1897), *Opere*, t. I, pp. 225 y ss.

<sup>37</sup> *Intorno all'opportunità di una nuova edizione della Parafraasi di Teofilo e intorno alle fonti di questa, ai sussidi e al metodo. Opere*, t. I, p. 1 y ss. Ver también *prolegomena a "Institutionum graeca Paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa" pars prior* (Berlín, 1883). *Opere*, t. I, pp. 57 y ss.

<sup>38</sup> *La Parafraasi di Teofilo e i Commentari di Gaio. Opere*, t. I, pp. 15 y ss. Ver también *I Commentari di Gaio e l'indice greco delle Istituzioni* (1897). *Opere*, t. I, pp. 81 y ss. y especialmente su estudio más completo *Delle origini della Parafraasi greca delle Istituzioni* (1886). *Opere*, t. I, pp. 106, y ss.

Ferrini llegó así a la conclusión de que si la Paráfrasis de Teófilo no puede tomarse siempre con mucha seguridad para la crítica de las Instituciones de Justiniano, puede, en cambio, ser de la mayor utilidad para la crítica de Gaio.<sup>39</sup>

Esto ha sido especialmente demostrado en otro trabajo suyo posterior, acerca del mismo asunto,<sup>40</sup> en el que critica la obra extraordinaria de Oto Lenel sobre el Edicto Perpetuo, por no haber tenido demasiado en cuenta las fuentes bizantinas en general y la Paráfrasis griega en especial.<sup>41</sup>

Aquella conclusión es refirmada, además, por ulteriores y pacientes investigaciones.

c) Confrontación con la glosa Turinense. Tal la que resulta, por ejemplo, de su confrontación entre la glosa turinense de las Instituciones, comentario occidental debido a la escuela jurídica de Roma, y la Paráfrasis de Teófilo, proveniente de la escuela oriental de Beirut.<sup>42</sup> Sus similitudes —no obstante las distancias de tiempo y de lugar— se deben, según la tesis de Ferrini, a que ambas debieron tener como fuentes comunes, comentarios de las Instituciones de Gaio. “Los párrafos que se habían venido acumulando en Beirut en torno al texto de las Institutas de Gaio, son —dice Ferrini— naturalmente el fruto de la tradición escolástica viva y fecunda en aquella escuela renombrada. Pero esta tradición no fue local ni aislada: ella fue también común a las escuelas occidentales y especialmente a la escuela de Roma. Y esto se explica muy bien históricamente. Las relaciones entre Roma y Beirut debieron ser demasiado frecuentes mientras duró la unidad del imperio. A estas vivas relaciones se debió la convergencia de las dos tradiciones escolásticas... En torno a Gaio, viejo maestro, se trabajaba en Oriente y Occidente: y el trabajo dirigido por el mismo espíritu, ayudado por las mismas fuentes, cumplido a veces por los mismos maestros, siempre atentos a la misma tradición, llegó también, casi siempre, a iguales resultados.”<sup>43</sup>

Su preocupación sobre este tema debía conducirle, todavía, a comprobaciones más interesantes.

---

<sup>39</sup> *Opere*, t. I, p. 24.

<sup>40</sup> *Note critiche al libro IV dello Pseudo Teofilo* (1884). *Opere*, t. I, pp. 27 y ss.

<sup>41</sup> *Idem*, p. 29.

<sup>42</sup> *La glosa torinese delle Istituzioni e la Parafraasi dello Pseudo Teofilo* (1884). *Opere*, t. I, pp. 41 y ss.

<sup>43</sup> *Idem*, p. 51. Los escolios puestos en los manuscritos de la Paráfrasis fueron también para Ferrini objeto de investigación y de crítica (*Scolii inediti allo Pseudo Teofilo contenuti nel manoscritto Gr. Par. 1364*. (1886). *Opere*, t. I, pp. 139 y más antiguos, no conocen y no citan más que las fuentes justinianas, otros, los más recientes, conocen y citan frecuentemente las Basílicas. “Este descubrimiento —dice Ferrini— es, para el estudio de las fuentes y de la historia del derecho romano, de gran importancia. Los escolios de la Paráfrasis no son, como hasta ahora se creía, anotaciones de edad reciente, sin coherencia entre sí y sin valor intrínseco: Constituyen (hablo aquí de los antiguos) un trabajo

d) Naturaleza y derecho en la Paráfrasis. En los manuscritos de la Paráfrasis examinados hasta entonces faltaba el título correspondiente al 1º del texto latino de las Institutas (*"De Iustitiæ et Iure"*) y de esa falta había llegado a inferirse que Teófilo no tradujo ni glosó ese título por no coincidir con los principios filosóficos expuestos allí acerca del derecho.

En realidad no fue así. Ferrini descubrió, al margen de un antiguo código laurenziano, ese perdido texto de la Paráfrasis griega y con él agregó un nuevo argumento a su defendida tesis de que Teófilo tuvo como principal elemento para su composición un *katá pódas* de Gaio.<sup>44</sup>

La diferencia entre las Instituciones de Justiniano y la Paráfrasis es, en este punto notable; pues mientras las primeras, que constituyen el texto latino comentado, asumen la vieja distinción de Marciano y Florentino, entre derecho civil, natural y de gentes, enseñada también por Ulpiano, aunque con una acepción diferente, su Paráfrasis griega sigue la antigua dicotomía de Gaio entre derecho civil y derecho de gentes o razón natural. De allí, que este dualismo, tan acentuado después en la escuela oriental, entre naturaleza y derecho, entre *fysis* y *nómos*, sea, como enseña Ferrini, la clave para entender bien el libro griego: "*nómos* es el derecho civil, la angosta y rigurosa norma, propia del derecho romano; mientras *fysis* es la equidad natural, o, más simplemente, el complejo de los principios en los cuales acuerdan los pueblos, porque son más conformes a las tendencias de la naturaleza humana".<sup>45</sup>

Hay, pues, dos sistemas que pugnan en las soluciones jurídicas: uno fundado sobre el *nómos* y otro sobre la *fysis*; en materia de familia, por ejemplo, hay una parentela agnaticia o legal y otra cognaticia o natural. Esa distinción, marcada en la edad clásica, en épocas de Gaio, fue acentuándose en Oriente, especialmente después de Constantino, el primer emperador cristiano y el más innovador de las antiguas leyes y costumbres. Cada vez más —dice Ferrini— recordando una antigua expresión de Beirut, la *fysis* iba venciendo al *nómos*, la equidad natural al derecho estricto.<sup>46</sup>

---

muy vasto hecho por un solo autor, con amplio conocimiento de las fuentes justinianas y en tiempo mucho más remoto que lo que uno habría osado pensar" (Idem, p. 141). Los escolios del manuscrito parisino, por ej., corresponden al período justiniano y no a los siglos XI o XII, como antes se creía.

Tales comentarios son, a veces, de carácter histórico y, otras, estrictamente jurídicos. Si los primeros son, en verdad, poco felices, los segundos, en cambio, contienen agudas observaciones y demuestran profundo conocimiento de las fuentes.

Ferrini cuidó la edición de los escolios del manuscrito griego que contiene el comentario más amplió y más correcto (el 1364 de la Biblioteca Nacional de París) y advirtió que no agregaba la traducción latina "para no aumentar demasiado la mole del trabajo y por la confianza, que me parece debida, de que los romanistas sepan al menos aquel poco de griego que se requiere para entender ese comentario" (Idem, p. 155).

<sup>44</sup> *Natura e diritto nella Parafrasi greca delle Istituzioni* (1885). *Opere*, t. I, pp. 71 y ss.

<sup>45</sup> Idem, p. 75.

<sup>46</sup> Idem, p. 78. *Pandette*, ed. cit., p. 14.

## *Cristianismo y derecho romano.*

11. — Ferrini ha contribuido a demostrar, así, cómo, por obra de los juristas bizantinos, el derecho de Justiniano tomó color y espíritu cristiano.

Su crítica de los textos compilados ha separado la *asperitas*, la *acerbitas*, la *duritia iuris* del derecho estoico, de la *elementia*, la *benignitas*, la *pietas* del derecho nuevo.

Este influjo de las corrientes éticas cristianas, que se advierte ya en algún jurista de los primeros siglos como Emilio Papiniano<sup>47</sup> y se acentúa después del edicto de Milán, ha sido enseñado por Ferrini en una serie de estudios documentados sobre los grandes apologistas y escritores cristianos. Tales sus trabajos sobre los conocimientos jurídicos de Lactancio, de Arnobio y de Minucio Félix<sup>48</sup> y su comentario a la epístola XX de San Ambrosio dirigida a la hermana Marcelina.<sup>49</sup>

Refiriéndose a los libros V y VI de las Instituciones de Lactancio escribe Ferrini que "el polemista cristiano procuró en ellos demostrar la gran superioridad de las nuevas doctrinas frente a las paganas, y que en ocasión de tal demostración, puso de manifiesto el contraste entre las antiguas ideas jurídicas romanas y las exigencias del cristianismo, contraste bien digno de ser cuidadosamente meditado por quien quiera prepararse a indagar con seriedad la naturaleza y los límites de la influencia cristiana sobre el derecho romano."<sup>50</sup>

Estos estudios, que debían integrar un trabajo general sobre ese asunto, que Ferrini no alcanzó a terminar, constituyen en sí mismos Basílicas.<sup>51</sup> Ferrini expresaba su deseo de que alguno se tomara la deducción y por la importancia de las conclusiones obtenidas.

### *Su estudio de las fuentes.*

12. — Asombra su seriedad científica y la generosidad con que ofrecía, en vista de los descubrimientos de otros, los elementos y frutos de su particular indagación. Continuamente invitaba al estudio de las fuentes señalando las

---

<sup>47</sup> Ver la recensión de Ferrini de la obra de Costa sobre Papiniano. *Opere*, t. II, pp. 514 y ss.

<sup>48</sup> Arnobio, IV, 16 (1894); *Opere*, t. II, pp. 467 y ss. *Le cognizione giuridiche di Lattanzio, Arnobio e Minucio Felice* (1894); *Opere*, t. II, pp. 467 y ss. *Su le idee giuridiche contenute nei libri V e VI delle Istituzioni di Lattanzio* (1894); *Opere*, t. II, pp. 482 y ss.

<sup>49</sup> *Postilla giuridiche all'epistola XX di S. Ambrogio diretta alla sorella Marcelina* (1897); *Opere*, t. II, pp. 487 y ss.

<sup>50</sup> *Opere*, t. II, p. 481.

<sup>51</sup> *Notizia del Co. Ambrosiano Q. 25 sup.* (1882). *Opere*, t. I, pp. 339 y ss. Transcripción de la p. 342.

inéditas que él mismo encontraba y estimulaba a su investigación destacando la trascendencia que tendrían la dilucidación y el comentario de sus textos.

Así, con motivo del Códice Ambrosiano (Q. 25 sup.) que contiene un compendio de derecho romano en lengua griega y que fue seguramente una exposición elemental y propedéutica que estuvo en uso en las escuelas orientales aún después “de aquella revolución que en los estudios jurídicos debió cumplirse con la definitiva publicación de las Basílicas”,<sup>51</sup> Ferrini expresaba su deseo de que alguno se tomara la tarea de publicarlo, con los debidos esclarecimientos, y alentaba ese trabajo con palabras que bien hubieran podido aplicarse a su propia labor.

“El estudio de la jurisprudencia bizantina ha sufrido hoy —decía— como casi toda rama de lo cognoscible, un despertar potente y ha dado frutos tan abundantes y preciosos que compensan la diligencia y las fatigas de los generosos que emprendieron la investigación de las reliquias de esos viejos monumentos de la actividad helénica. Así nos fueron conocidas las vicisitudes del derecho romano en Oriente, así se esclarecieron las tinieblas, tan densas en un tiempo, en torno a aquella obra maravillosa que fueron las Basílicas y así se llenaron las muchas lagunas lamentadas en la historia del derecho bizantino”.<sup>52</sup>

Era tan completo su conocimiento de esas fuentes y tan grande su experiencia en la lectura y reconstrucción de los antiguos textos, que muchas veces bastaban unas cuantas palabras para que su pericia señalase el pasaje a que correspondía tal fragmento. Recordaré un ejemplo: Los editores de la importante obra *Fayum Towns and their papyri* publicaron los restos de un papiro que sólo contenía parte de las palabras iniciales de una pequeña columna de once líneas. Los editores indicaban que probablemente se trataba de un documento oficial o de una composición literaria de carácter legal. Ferrini, en seguida, señaló su origen: Se trataba del *Caput mandatorum* de Trajano, relativo al testamento de los soldados, que Ulpiano transcribe en sus comentarios al Edicto (D. 29, 1, 1 pr.).<sup>53</sup>

Ese dominio de las fuentes y especialmente de las lenguas orientales, le permitieron ocuparse de aquel libro en lengua siria, conocido bajo el nombre de Libro de Derecho Sirio Romano, tan difundido en las regiones de Oriente y que tanta influencia tuvo en las legislaciones modernas de Siria, Armenia y Etiopía.<sup>54</sup>

Su traducción del sirio al latín, reputada fidelísima, integra con sus notas las *Fontes iuri romani antejustiniani* publicadas en 1908 con la colaboración de Riccobono y Baviera.

---

<sup>52</sup> Idem, p. 339. Cfr. *Notizie su alcuni manoscritti importanti per la storia del diritto greco romano* (1897). *Opere*, t. I, pp. 345 y ss.

<sup>53</sup> *Intorno a due papiri giuridici di Harit (Farum)* (1901). *Opere*, t. I, pp. 453 y ss.

<sup>54</sup> *Beiträge zur Kenntniss des sog. römische-Syrischen Rechtsboches* (1902). *Opere*, t. I, pp. 397 y ss.

Al mismo tiempo se ocupó también —y estos fueron los últimos trabajos de su vida— de los extractos de Juliano de Ascalona sobre las “leyes y costumbres vigentes en Palestina”. Contra la opinión reinante, que se apoyaba en la autoridad de Dirksen, Ferrini demostró que no era un conjunto de normas heterogéneas, sino un tratado de derecho vigente en Siria y Palestina, sobre las relaciones de vecindad, y las limitaciones de la propiedad privada.<sup>55</sup>

Estas numerosas publicaciones críticas de fuentes editadas o inéditas, como aquella preciosa edición de las Pandectas iniciada con sus colegas Bonfante, Fadda, Riccobono y Scialoja,<sup>56</sup> serían, como ha destacado este último, “bastantes por sí mismas para justificar la fama del insigne filólogo y jurisconsulto”; pero otra serie de obras excelentes relativas al derecho romano clásico, al justiniano y al postjustiniano, “colocó a Ferrini en el grado más alto de los romanistas, no sólo de Italia, sino del mundo”.<sup>57</sup>

Hemos mencionado hasta aquí su obra de filólogo, de historiador y de crítico y si es enorme la extensión alcanzada por ella, no es menos grande la altura lograda por sus trabajos de construcción dogmática.<sup>58</sup>

### *La dogmática jurídica.*

13. — Le interesaba el derecho como precepto y no como suceso, como institución de vida y no como pasaje muerto; por ello estudió las varias partes del *Corpus Iuris Civilis*, aquel tesoro inmenso del antiguo saber acerca de las normas del deber humano, no como un monumento de veneración histórica, sino como una fuente viva de razón y equidad natural.

La indagación histórica no es para Ferrini, más que un primer paso para la reconstrucción de la dogmática jurídica. Por ello su propia labor de historiador tiene un sentido ulterior, de ligamen con los intereses de la vida actual, que falta en otros.

El mismo señala su oposición con Pernice en este punto. La dirección de su maestro era prevalentemente crítica y analítica: “cuando había demolido el edificio tradicional, parecía complacerse con las ruinas acumuladas”. A Ferrini, al contrario, le parecía “advertir en los escombros los rastros de la antigua arquitectura y poder restaurar siempre las viejas armonías”.

a) Derecho público. Esa tarea de reconstrucción dogmática es, como decíamos, muy vasta. Abarca las dos ramas del derecho público y privado. En

---

<sup>55</sup> *Gli stratti di Giuliano Ascalonita* (1902). *Opere*, t. I, pp. 443 y ss.

<sup>56</sup> *Digesta Iustiniani Augusti*, ed. Vallardi, Milán, 1931.

<sup>57</sup> Conmemoración leída por Scialoja el 14 de junio de 1928 en la Universidad Católica del Sacro Cuore, en Milán. SCIALOJA, *Studi giuridici*, A. R. E., t. 2, p. 295.

<sup>58</sup> El mismo solía decir, refiriéndose a la preparación de sus discípulos, que para que la pirámide sea alta, la base debe ser muy amplia.

la primera comprende trabajos de política, como la introducción y notas a su edición del texto griego, con traducción italiana, de la constitución de los Atenienses de Aristóteles,<sup>59</sup> estudios de derecho administrativo, como aquellos sobre responsabilidad del Estado<sup>60</sup>; de derecho penal, como los dos sobre la tentativa, escritos en colaboración con su tío el profesor Antonio Buccelati,<sup>61</sup> sobre el hurto,<sup>62</sup> la acción de daño,<sup>63</sup> la condena de los imputados ausentes<sup>64</sup> y, sobre todo, su renombrado tratado de la Exposición y crítica del derecho penal romano.<sup>65</sup>

b) Derecho privado. En derecho privado, su reelaborado tratado de Pandectas es un curso para adelantados, denso de doctrina<sup>66</sup>; su Teoría general de los legados y de los fideicomisos se reputa uno de los más autorizados tratados sobre el tema<sup>67</sup>; su sistema de las Obligaciones, que comenzó Di Crescenzo y que es parte de la *Enciclopedia Giuridica Italiana*, goza de sumo prestigio por la riqueza de su doctrina y el aporte original de muchas investigaciones<sup>68</sup>; sus particulares estudios sobre el origen de varios contratos,<sup>69</sup> sobre la gestión de negocios,<sup>70</sup> sobre la acción de peculio,<sup>71</sup> sobre la *exceptio rei venditae et traditae*<sup>72</sup>; sobre las presunciones<sup>73</sup>; sobre derechos reales<sup>74</sup>; sus

<sup>59</sup> *Notizie sulla "Costituzione degli Ateniesi" (1891); Opere, t. V, pp. 241 y ss. Athenion politicia (1891); Opere, t. V, pp. 253 y ss.*

<sup>60</sup> *Responsabilità della pubblica amministrazione per mancata manutenzione di strade pubbliche (1894); Opere, t. V, p. 225.*

<sup>61</sup> *Il tentativo nelle leggi e nella giurisprudenza romana (1884); Opere, t. V, pp. 51 y ss. Ancora sul tentativo nel diritto romano (1884); Opere, t. V, pp. 73 y ss.*

<sup>62</sup> *Furtum usus possessionisve; contributo alla dottrina del furto in diritto romano (1886); Opere, t. V, pp. 107 y ss. Appunti sulla teoria del furto in diritto romano nei suoi rapporti con la Teoria del possesso (1891); Opere, t. V, pp. 129 y ss.*

<sup>63</sup> *Intorno alla noxae datio del delinquente (1889); Opere, t. V, pp. 187 y ss. La legittimazione attiva nell'actio, "actio legis Aquiliae" (1891); Opere, t. V, pp. 191 y ss.*

<sup>64</sup> *Sulla condanna degli imputati assenti nel diritto penale romano (1899); Opere, t. V, pp. 183 y ss.*

<sup>65</sup> *Supra, nota 4.*

<sup>66</sup> Publicado por primera vez en 1885, fue corregido y ampliado en dos sucesivas ediciones: en 1898 y en 1900.

<sup>67</sup> *Teoria dei legati e fedecommessi. Milán, Hoepli, 1889.*

<sup>68</sup> *Obbligazione, en la Enciclopedia giuridica, vol. XII, pár. I, 1896 (con Di Crescenzo).*

<sup>69</sup> *Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano en Arch. giur., vol. LII e LIII, 1894. Sulle origini della vendita in Roma en Memorie della R. Accademia di Modena, 1892.*

<sup>70</sup> *Appunti sulla dottrina romana della negotiorum gestio, en Bull. Ist. dir-rom., vol. VII, 1894, p. 85. La negotiorum gestio a favore di un incapace; en "Monitore dei tribunali", 1894, p. 341.*

<sup>71</sup> *La consumazione processuale dell' actio de peculio, en Arch. giur., vol. V (n. serie), 1900. (Ver también "Zeitschrift der Savigny Stiftung", vol. XXI, 1900, p. 190).*

<sup>72</sup> *Sull' exceptio rei venditae et traditae, en Rend. Ist. lomb., vol. XXV, 1892, p. 844.*

<sup>73</sup> *Note sulle presunzioni nel diritto civile italiano, en "Antologia giuridica", vol. VI, Catania, 1892, p. 3. Delle limitazioni della proprietà fondiaria e delle servitù prediali, en "Il diritto civile ital.", parte V, vol. III, fascs. I-IV, 1902.*

<sup>74</sup> *Sui consorzi dei proprietari dei fondi per la difesa contro i fiume, en "Monitore dei tribunali", 1893, p. 541.*

artículos en el Digesto Italiano<sup>75</sup> y en la *Enciclopedia Giuridica*<sup>76</sup> y sus notas y apéndices a la edición italiana de las Pandectas de Glück.<sup>77</sup> Todo esto, además de muchísimos estudios publicados en las principales revistas jurídicas de Europa,<sup>78</sup> constituyen la obra inmensa de este "señor del dogma y de la historia".<sup>79</sup>

### *Influencia de Ferrini.*

14. — Su labor no cesará de dar frutos.

La Universidad de Pavia acaba de publicar una colección de estudios de los más afamados romanistas de este tiempo.<sup>79</sup> En ellos se examinan, bajo la luz de nuevas investigaciones, temas de historia y de derecho que fueron, hace aproximadamente medio siglo objeto de la paciente indagación y de la penetrante consideración del gran maestro.

El prof. Archi, encargado de cuidar este homenaje, ha señalado que, por esos nuevos estudios, se lo da a quien predijo el continuo retorno, a través de luchas y reacciones, hacia aquel derecho que es, en la historia del espíritu humano, una fuente eterna e insustituible de justicia y que se lo da, en horas de aflicción para su patria, como admonición y augurio para quienes todavía tienen fe en las calidades racionales de la persona humana.

MARIO MARTÍNEZ CASAS

---

<sup>75</sup> *Capioni*, vol. VI, par. I. *Regola catoniana*, vol. VII, part. I. *Comizi*, vol. VII, part. II. *Condanna* (Dir. rom.), vol. VIII, part. I. *Contestatio litis*, vol. VIII, part. II. *Delitti e quasi-delitti*, vol. IX, part. I. *Dominitum*, vol. IX, part. III. *Falcidia* (*Legge, quota, dir. rom.*), vol. XI, part. I. *Falso* (*materia penale*), vol. XI, part. I, juntamente con otros autores. *Fas.* vol. XI, part. I.

<sup>76</sup> *Auctoritas*, en *Enc. giur.*, vol. I, part. V, p. 655| *Auctoritatis actio* en *Enc. giur.*, vol. I, part. V, p. 658. *Consuetudine*, en *Enc. giur.*, vol. III, part. III, sez. I, p. 615. *Asione di danni* (*Diritto romano e moderno*) en *Enc. giur.*, vol. IV, part. I, p. 12. *Fas.* en *Enc. giur.*, vol. VI, part. I, p. 761 (v. *Dig. Ital.*) *Municipes*, en *Enc. giur.*, vol. X, part. III, p. 616. *Mutuus dissensus*, en *Enc. giur.*, vol. X, part. III, p. 985.

<sup>77</sup> *Commentario alle Pandette di Glück*, I, II, III, XXX, XXXII, 1888, 1901, XXXVIII XXXVIII, XIII.

<sup>78</sup> *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini*, Hoepli, Milán, 1947.

<sup>79</sup> Ob. cit., prefacio, pp. VII y s.

## LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DERECHO

### I. ACLARACIONES CONCEPTUALES

El título de la cuestión comporta una afirmación implícita, cual es, que la jurisprudencia es una fuente de Derecho. Esta afirmación, obliga a descartar como un *a priori* metodológico, la tesis negativista, es decir, aquella que desconoce a la jurisprudencia como fuente y, en especial, como fuente formal; lo cual obliga a realizar una serie de distinciones previas a fin de comprender cabalmente el sentido en que se emplean los términos “derecho”, “fuente” y “jurisprudencia”.

En cuanto a lo primero, el Derecho, cabe anotar que no es sinónimo de ley y mucho menos significa ley escrita, positiva o humano-temporal. Si hay una acepción de la palabra “derecho” que se rechaza, es ésta de derecho-norma. Ni siquiera a la conocida denominación de derecho-objetivo, le cuadra el sentido normativo de la palabra “derecho”, ya que si lo contraponemos a “derecho-subjetivo”, lo contrapuesto es el derecho-conducta y no la norma impuesta como tal.

“Derecho” pues, tiene en esta locución, el sentido de “comportamiento”, de conducta debida *ad alterum*, de conformidad a una medida ordenada por el objeto jurídico o prestación. Por lo tanto, el Derecho de que hablamos aquí, es el Derecho propiamente dicho o Derecho con mayúsculas, el que se distingue con distinción formal y no puramente de razón, de este otro “derecho” llamado así con minúsculas, o “derecho-subjetivo”, cuya mejor denominación es la de “título jurídico”.

No cabe aquí entrar en la polémica sobre la naturaleza última del “Derecho”, sobre si se resuelve por un orden en la conducta o bien, si se trata de una conducta ordenada. Lo importante es dejar bien en claro que el Derecho es una conducta objetivada, es decir, cosificada o considerada objetivamente, sin atender a la intención del operante y a las circunstancias que rodean la especie, que otorgan a la cuestión una perspectiva más bien ética que propiamente jurídica.

Llamamos entonces “Derecho-objetivo” o simplemente “Derecho” a este comportamiento de la alteridad, cuya justeza o justicia se mide, no en atención al otro, o al agente mismo, sino a un tercer elemento impersonal que objetiviza la acción y que tradicionalmente se lo ha conocido por “lo suyo”, que en esta

emergencia preferimos denominarlo “objeto jurídico” y que constituye toda acción, omisión, dación o prestación debida a otro en virtud de un título jurídico, que es lo mismo que decir “legítimo”.

En cuanto a la voz: “fuente”, con la aclaración precedente, el problema se aborda muy simplificado. Tratándose del derecho-norma, cabe la distinción entre fuentes materiales y formales, mientras que tratándose del Derecho-objetivo, que reivindica para sí la única denominación propia de “Derecho”, la distinción carece de sentido. Fuente es el lugar donde se origina el Derecho, donde nace esta conducta objetivada y, más precisamente, donde se hace patente lo debido a otro estrictamente. No se trata, entonces, de una fuente normativa, sino de una fuente-conductiva del Derecho.

Lo que sí cabe es otra aclaración. El Derecho no nace por generación espontánea, sino que observa una causa motriz que le determina en su ser jurídico. La conducta absolutamente hablando es, de suyo, jurídicamente neutra y sólo adquiere entidad para el derecho, cuando un agente causal externo a ella, la determina en dirección obligada hacia el *alter ego*. Cuando esta causa eficiente traduce el comportamiento en “justo-injusto”, recién se puede hablar de comportamiento-debido, es decir, de conducta jurídica.

Esta causa-agente, es el principio por el cual cobran inteligibilidad todas las cosas jurídicas, y se torna en medida de conducta referida a otro. Si bien la medida reside en la cosa misma, la determinación de exigencia proviene de este principio de actividad. Y como todo principio de comportamiento, es de suyo regla de conducta; esta causa eficiente del ser jurídico, es propiamente regla y medida de conducta de alteridad, que es lo mismo que decir: norma en sentido jurídico estricto.

Ahora bien, si consideramos “fuente”, el lugar donde se origina el Derecho, y éste toma razón de ser, con motivo de este principio-normativo, podemos considerar a la norma —tanto natural como positiva— fuente también de Derecho. Si le otorgamos al término una acepción causal, podemos convenir que la normatividad es fuente de Derecho. Si le otorgamos una acepción meta-causal, no podemos, puesto que identificamos formalmente la causa con el efecto y nada podemos predicar de uno que no lo podamos predicar en idéntico sentido del otro.

Preferimos, por lo tanto, retener este concepto de “fuente” para el nivel de lo normativo-genérico, deslindándolo del otro concepto de “norma-ley” que no se adecua sino relativamente al de fuente de Derecho propiamente dicha. La ley como precepto general, es sólo una especie dentro del género de la normatividad y quizá sea la especie que tiene menor razón de ser jurídica, lo que movió al Aquinate a expresar su famosa locución: *Et ideo lex non est ipsum ius, proprie loquendo; sed aliqualis ratio iuris* \*

---

\* Santo Tomás, S. Th., II-II q. 57 a. 1 ad 2<sup>um</sup> in fine. Madrid, BAC, 1956, t. 8.

Finalmente, con referencia al término "jurisprudencia", cabe acotar una cuestión etimológica. *Iuris prudentia* parece significar: "ciencia o conocimiento del Derecho" \*\* según la conocida definición de Ulpiano; pero *prudentia* no sólo es "conocimiento" sino "sagacidad" o virtud de la elección de los medios adecuados al fin propuesto, en especial aplicable a la comunidad humana, de donde se infiere que "jurisprudencia" puede también significar: la prudencia en la elección de los medios para obtener lo suyo jurídico.

También se lo ha tomado en el sentido de las concordancias en las resoluciones de los Tribunales, pero no es éste el que nos interesa, no es la concordancia lo que importa sino las resoluciones mismas. A la jurisprudencia a que nos referiremos en lo sucesivo, es a la resolución judicial en cuanto tal y no a su número ni a su concordancia; es el ejercicio jurisdiccional lo que importa para precisar a la jurisprudencia como fuente del Derecho en el sentido precedentemente anotado.

Aquí volvemos a la indicación anterior. En toda actividad judicial hay una prudencia jurídica, una sagacidad para la elección de los medios adecuados para que alguien obtenga "lo suyo" jurídico. Todo tribunal procede facilitando esos medios a fin de que el Derecho sea, la conducta debida se preste, el título jurídico se satisfaga. La tarea entonces, tribunalicia, puede denominarse "jurisprudencia" en este sentido en que lo venimos usando y, en especial, esta tarea se perfecciona y termina en las resoluciones judiciales posibilitadas y facilitadas por todos los auxiliares de la justicia.

Tenemos entonces los tres términos aclarados, falta sólo enlazarlos debidamente, habida cuenta que el tema implica la afirmación de que esta actividad es fuente de Derecho. Veremos enseguida en qué sentido es "fuente" y hasta qué punto y con qué límites es fuente de Derecho, ya que en este aspecto se ha oscilado entre una función puramente hermenéutica de la jurisprudencia, hasta un máximo de creatividad jurídica en el extremo de las escuelas del derecho libre. Pero ante todo precisemos el sentido.

## 2. EL SENTIDO DE LA CUESTIÓN

Establecemos, de conformidad con lo dicho, la primera distinción, o sea, aquella que descarta el término "jurisprudencia" tanto para el conocimiento del derecho, como para la concordancia en las resoluciones judiciales.<sup>1</sup> Empleamos el término "jurisprudencia" con el sentido preciso de "actividad jurisdiccional" entendido como el ejercicio de la prudencia jurídica por parte de los Tribunales en la consecución de los fines queridos por el derecho.

---

\*\* ULPIANO, Dig. I, 1, lex 10.

<sup>1</sup> AFTALIÓN, GARCÍA OLANO Y VILANOVA, Introducción al Derecho, Buenos Aires, El Ateneo, 1956, t. XI, fasc. 6, p. 393. "La palabra jurisprudencia se emplea en dos acepciones: la primera es equivalente a "ciencia o conocimiento del Derecho" (*Iuris prudentia*); la segunda, que hoy puede considerarse prevalente, se refiere, en términos generales, al "sentido concordante de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales del Estado".

Tampoco admitimos que “jurisprudencia” pueda tomarse en el sentido de criterio unificado por alguna instancia judicial superior, llámese Tribunal de Casación o Tribunal Supremo o cualquier denominación equivalente, por lo que se deja de lado la utilización de la terminología para los medios o métodos de unificación de criterios, y se retiene el uso para significar simplemente la actividad jurídica de los jueces según enseña el conocido ius-filósofo español L. Legaz Lacambra.<sup>2</sup> Sólo bajo esta conceptualización, es que cabe hablar sin dudar, de la jurisprudencia como fuente de Derecho.<sup>3</sup>

Ahora bien, esa actividad puede ser considerada individualmente en cuanto acto judicial; o colectivamente, como una sucesión de actos realizados por un mismo juez o por diferentes jueces y en ambos casos se emplea propiamente el término “jurisprudencia”. En esta segunda hipótesis, no es necesario que las actividades tengan igual sentido; aun en el caso de la resolución revocada por una instancia superior, ambos ejercicios constituyen “jurisprudencia” puesto que el Tribunal de Alzada ha tenido que basarse en la resolución inferior para revocarla.<sup>4</sup>

Por otra parte, esta actividad jurisdiccional individual y colectiva que constituye la “jurisprudencia”, configura una actividad eminentemente racional y discursiva y, por tanto, se va fundamentando en argumentos diversos entre los que se cuentan evidentemente los argumentos de autoridad, que pueden aparecer implícita o explícitamente en los discursos tribunalicios. El concepto de “jurisprudencia” se completa, pues, con los antecedentes de la misma naturaleza en que se fundan y basan las actividades racionales de los jueces, configurando un todo vivo que es una manifestación más de la racionalidad humana.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> L. LEGAZ LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1961, t. V, fasc. 2, pp. 537/8. “...pero entonces se suele tomar la voz jurisprudencia en el sentido usual de uniformidad de las sentencias del Tribunal Supremo, buscándose en esta circunstancia la garantía del prestigio del órgano de quien emana y, al propio tiempo, la seguridad que proporciona una doctrina constante que viene a constituir un verdadero Derecho consuetudinario. Pero se olvida que jurisprudencia significa también simplemente actividad judicial en general, actividad jurídica de los jueces, acto jurisdiccional; y entonces el problema de la jurisprudencia como fuente de Derecho sufre una transformación completa. Y si como tal actividad jurídica la jurisprudencia no es nunca fuente de normas generales de Derecho, siempre es fuente de normas individuales, independientemente de que se la reconozca además o no como fuente de Derecho cuando se la toma en el sentido de doctrina reiterada del Tribunal Supremo, que es una norma general”.

<sup>3</sup> MOUCHET, CARLOS y ZORRAQUÍN BECÚ, R., *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Perrot, 1962, t. IX, fasc. 71, pp. 205/206. “La obra de los Tribunales se convierte así en una fuente formal del derecho de alcance general, pues los casos semejantes se resuelven, por lo común, en forma análoga. Y, entonces, esas decisiones se incorporan a la vida jurídica, son tenidas en cuenta por las personas a quienes podrían referirse y pasan a integrar el derecho vigente bajo el nombre de jurisprudencia”.

<sup>4</sup> AFTALIÓN y otros, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, El Ateneo, 1956, t. XI, fasc. 7, p. 395: “Dado que el juez o el intérprete acuden a los fallos anteriores, buscando en ellos objetivar el sentido jurídico de su caso, no cabe duda de que la jurisprudencia es FUENTE de Derecho. Y dado que este sentido no se objetiva solamente con una valoración libre sino que la jurisprudencia suministra perfiles externos de conducta, en la forma de un género al que corresponde lo ocurrido como especie o caso, no cabe duda de que sea en alguna medida, FUENTE FORMAL”.

<sup>5</sup> GENY, FRANCISCO, *Interpretación y fuentes del Derecho privado positivo*, Madrid, Reus, 1925, t. III, fasc. 145, p. 477: “No es raro encontrar en las decisiones judiciales,

Esta actividad racional puede aparecer muchas veces bajo formas de inferencia silogística, pero propiamente no es de tal entidad, sino que consiste en una forma típica de razonar y de actuar de los juristas, cuyas conclusiones no comportan la certeza absoluta de las deducciones matemáticas, sino la sola probabilidad y probabilidad de las cuestiones humanas.<sup>6</sup> Varios autores pretenden reducir la actividad de un juez a la de un lógico, pero dista mucho de serlo; el juez juzga, el lógico concluye necesariamente y los criterios de verdad varían.

Esta actividad así entendida, es fuente de Derecho en el sentido objetivo que hemos expuesto anteriormente, que se distingue del derecho en sentido normativo del que evidentemente no es fuente. La distinción entre las palabras latinas *ius* y *lex* es equivalente, o bien, la distinción inglesa entre *common law* y *statute law*,<sup>7</sup> que reflejan esta doble vertiente, la del Derecho y la de la ley. La actividad jurisdiccional, no es ley propiamente dicha, aunque pueda defenderse algún sentido normativo en ella.

El Derecho es permanentemente cambiante de conformidad con la naturaleza de las cosas humanas, en cambio la ley tiene un sentido de estabilidad y permanencia que se compeadece poco con los casos singulares a los que tiene que regir. Por eso los romanos lograron conciliar la generalidad de la ley, con las circunstancias especiales que rodean cada caso particular y distinguieron entre *ius civile* y *ius praetorium* con gran sagacidad, logrando la ductibilidad que hizo trascender por siglos la valía jurídica del Derecho Romano.<sup>8</sup>

---

para justificar la resolución adoptada y en defecto de motivos fundados en la ley o en la razón, o bien en apoyo de éstas, tanto una cita de autores, cuanto la alegación de una jurisprudencia constante, la referencia a sentencias de jurisdicciones iguales o superiores, que figuran allí como autoridades. Y aun cuando no se emplee este término de un modo expreso y formal, en vano procuraremos disimular el peso efectivo con que obran en la administración de justicia civil y comercial, los precedentes de todo género”.

<sup>6</sup> PUIG BRUTAU, JOSÉ, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Barcelona, Bosch, t. I, fasc. 3, p. 46: “Ha hecho notar un autor inglés, Dennis Lloyd, que debe distinguirse entre el argumento jurídico y el razonamiento silogístico, por tratarse de cosas completamente distintas aunque el primero trate en muchas ocasiones, de revestir la apariencia del segundo”. (*Reason and Logic in the Common Law*, en *The Law Quarterly Review*, vol. 64, p. 480).

<sup>7</sup> Ob. cit., Barcelona, Bosch, t. II, fasc. 2, pp. 88/9: “Aparece aquí la distinción fecunda entre *ius* y *lex*, paralela a la que media en Derecho inglés entre *common law* y *statute law* y la que existe entre el Derecho de juristas y la legislación. La palabra *lex* tiene el sentido de declaración pública. El verbo *lego* derivado de la misma palabra, significaba el nombramiento de un embajador, literalmente de un *legatus*. También significaba la atribución de una ventaja económica (*legatum*), a manera de una ley privada o *privilegium*, como debió ser originariamente en el testamento la coexistencia del legado con el nombramiento forzoso de heredero. Lo mismo significa la palabra alemana *sonderrecht* y la inglesa *specialty*, en su primitiva acepción”.

<sup>8</sup> Ob. cit., Barcelona, Bosch, t. II, fasc. 2, p. 97: “Según afirma Pacchioni, el dualismo entre *ius civile* y *ius praetorium* fue la causa principal de la grandeza del Derecho romano. Conciliaba de modo maravilloso la tradición con el progreso y expresaba la feliz compatibilidad entre el poder ideal y el poder real del magistrado. Suponía el reconocimiento de que el Derecho no puede permanecer inmutable por la razón sencillísima, aunque tantas veces olvidada, de que los hechos no permanecen invariables ni son siempre los mismos”.

El Derecho en un sentido objetivo, está por lo tanto, más cerca de la "jurisprudencia" que de la "ley"; se palpa más en la contienda tribunalicia que en los fueros del trato jurídico extrajudicial.<sup>9</sup> Mientras que en el primer caso, el comportamiento jurídico es exigido y eventualmente obligado en forma pública y patente, en el segundo se cumple sin estridencias, confundándose las motivaciones últimas del agente, con principios éticos de su obrar.

No es el caso sostener por ello, la metajuridicidad de la conducta justa, sino sólo poner de manifiesto que es mayor la razón causal de la jurisprudencia sobre el Derecho que de la ley, y por ello es que la llamamos con propiedad "fuente". La ley como norma general es también fuente, pero fuente mediata o remota, mientras que la actividad de los jueces, es próxima e inmediato origen de un comportamiento debido. Fuera de los Tribunales, el Derecho no se identifica con la moral, aunque siempre un comportamiento jurídico es a la vez ético; pero en los estrados judiciales es donde se nota ferozmente el cariz jurídico de los comportamientos, por lo que muchos autores han llegado a afirmar que sólo allí reside el Derecho.

Finalmente cabe hacer una acotación aclarativa. No debe reducirse el concepto de "jurisprudencia" a una noción encubierta de fuerza. Puede tenderse fácilmente a la concepción sofística de que Derecho es sólo el comportamiento obtenido por medios violentos, por lo que la sanción impuesta y cumplida sería en definitiva la esencia más profunda del Derecho. Los Tribunales, desde esta perspectiva, cobran un sentido de "justicieros" y "carceleros", que obedece por otra parte a una tradición luterana propia de la Edad Moderna.

Así como el ius-positivismo rechaza la juridicidad de cualquier norma si no prevé una sanción en ella, el acto judicial que no establece un apercibimiento expreso no sería fuente de Derecho. ¡Nada más impropio! Ni el Derecho es fuerza, ni se identifica con una amenaza de mal inminente. El Derecho es principalmente conducta debida a otro según una medida objetiva, y que el otro la requiere por una exigencia legítima como un suyo jurídico, y en la que reside la coactividad y que se distingue de la compulsividad como ejercicio físico de tal exigencia.

La jurisprudencia es tomada como fuente de Derecho, en un sentido declarativo antes que ejecutivo. La ley como fuente remota de Derecho tiene también ese carácter y si prevé una sanción, lo cual no siempre ocurre, es con un sentido ejemplificativo y no porque careciendo de ese requisito no sea regla y medida de conducta general a la cual se adecuan los hombres en su vida normal de relación. La actividad jurisdiccional es también eminentemente declara-

---

<sup>9</sup> Ob. cit., Barcelona, Bosch, t. I, fasc. 2, p. 23: "Si pretendéis conocer el Derecho y nada más, debéis seguir el ejemplo del hombre malo (*badman*) que sólo se preocupa de las consecuencias materiales que semejante conocimiento le permite anticipar, a diferencia del hombre bueno que halla la justificación de su conducta, tanto dentro como fuera del campo del Derecho, en las más vagas sanciones de la conciencia...". (Cita de O. W. Holmes, de 1897).

rativa de situaciones, derechos subjetivos y comportamientos obligados; ya que si la cuestión ha llegado a los fueros de la Justicia, es porque hay duda o reticencia en la conducta a seguir.

Ningún juez deja de ser tal, si declarando una situación y por tanto una obligación, omite establecer los medios para que la conducta obligada se realice. Por cierto, no está directamente en él sino en los medios que el Estado le provee, el facilitar y determinar el cumplimiento compulsivo de la obligación. Un juez no pierde jurisdicción porque un condenado a pagar sea insolvente, o un reo de prisión se escape. El problema de la sanción es un problema político y no jurídico, incumbe al Estado y no a los jueces, así como una ley que mande respetar la vida o los bienes, sigue siendo norma y medida de conducta aunque no prevea pena para el transgresor.

La jurisprudencia a que nos venimos refiriendo, es entonces, ésta de los jueces que dicen ¿qué es Derecho? De las declaraciones tribunalicias sobre lo que a cada uno le corresponde, sin perjuicio de que luego se preste o se siga debiendo. Veremos ahora cuáles son las posibilidades atribuidas a esta jurisprudencia, o sea en qué marco se desenvuelve frente a la norma general que es la ley.

### 3. LA FUNCIÓN HERMENÉUTICA

Dijimos al comienzo que dentro del marco de la jurisprudencia como fuente del Derecho, cabían al menos tres diversas aproximaciones. La primera de ellas, es la que la concibe como tarea interpretativa de los textos legales, a fin de desentrañar su sentido y alcances profundos, y eventualmente perfilar algún concepto oscuro, pero siempre dentro de lo que la norma manda o prohíbe en forma explícita o implícita.

Esta corriente de la jurisprudencia interpretativa, es generalmente la que acepta a la codificación como la labor máxima de los juristas y se identifica de alguna forma con la famosa escuela de la exégesis. Han sido justamente los grandes codificadores en la historia del Derecho, quienes se han preocupado por resguardar sus textos legales de toda posible deformación hermenéutica, prohibiendo cuidadosamente toda interpretación amplificante o modificante de la ley promulgada.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> PUIG BRUTAU, JOSÉ, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona, Bosch, t. II, fasc. 3, p. 138: "Koschaker recuerda que los codificadores siempre han tratado de prohibir, evitar o limitar la obra interpretativa de los juristas. Así procedió Justiniano al prohibir toda crítica y comentario de su obra legislativa, por completo ajeno, por consiguiente, al destino que le aguardaba. La gloria de Justiniano como legislador se funda, precisamente, en la infracción de sus órdenes como gobernante. Este ejemplo muestra perfectamente la diferencia que media entre dos cosas que los autores de grandes codificaciones suelen confundir: dictar órdenes y crear Derecho".

Pero esta aspiración, no superó los límites de un simple deseo, ya que las codificaciones se hicieron famosas, más que por ellas mismas, por los comentarios a que dieron lugar. Y si en algún caso, se previó un organismo especializado en resguardar la fiel aplicación de la letra codificada de la ley, este organismo pronto se convirtió en un Tribunal, es decir, en un órgano jurisdiccional con todas las implicancias que la actitud judicial tiene.<sup>11</sup>

La ley, de suyo, es una formulación negativa de índole general que para ser aplicada al caso particular, necesita un empleo judicial. En ese manipuleo tribunalicio, es cuando la simple letra de la ley comienza a vivificarse y a modificarse. Por más cultor de la ley que sea un jurista, el solo hecho de verificar su aplicabilidad al caso, implica un juicio de valor sobre su contenido conceptual. Es por esto que no se puede tratar a la inferencia jurídica, con la exactitud lógica de un silogismo deductivo.<sup>12</sup>

Alguien ha destacado el apego a la letra de la ley que siempre ha tenido el pueblo hebreo, y la razón es comprensible, ya que proviniendo la ley de Dios mismo, cualquier falsa interpretación tiene una connotación sacrilega. Sin embargo, es justamente en ese pueblo, donde los intérpretes han hecho malabarismos interpretativos, para obtener resultados que contrapuestos con la ley parecen contravenirla, y ello, impuesto por las circunstancias apremiantes de que la ley debe servir para el fin mismo que se ha propuesto.<sup>13</sup>

Pero, los partidarios de esta función hermenéutica de la jurisprudencia se avalan con buenas razones. No es distinta la razón normativa de la razón judicial, es la misma autoridad pública la que legisla para la generalidad, que aquella que juzga el caso concreto. De aquí que los Tribunales suelen funda-

---

<sup>11</sup> Ob. cit., Barcelona, Bosch, t. I, fasc. 1, p. 22: "La tentativa de nombrar una comisión legislativa, no para dictar las normas necesarias a los casos que se promovieran, sino para velar por la fiel aplicación de un Código que se consideraba definitivo, fue llevada a cabo en Francia después de publicado el *Code Napoleon*, con el resultado de que la comisión legislativa o delegada de este poder sólo pudo conservarse a cambio de transformarse en un Tribunal: el Tribunal de Casación".

<sup>12</sup> PUIG BRUTAU, JOSÉ, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona, Bosch, t. III, fasc. 3, p. 183: "Pero como ya hemos dicho y veremos más adelante, el código más completo y rígido se deforma incesantemente en contacto con la realidad, precisamente porque, como dijo también Holmes, la administración de justicia está puesta en manos demasiado competentes para que la necesidad de hallar una solución justa sea sacrificada al rigor de un silogismo".

<sup>13</sup> Ob. cit., Barcelona, Bosch, t. II, fasc. 4, p. 166: "Wormser afirma que tal vez no ha existido otro pueblo tan partidario de tomar en sentido literal las palabras de los textos legales como el pueblo judío, hasta tal punto que un precepto del Derecho hebreo ordenaba que la ley debería permanecer inmutable. Como resultado, los juristas de aquel pueblo fueron maestros en el arte de hallar y manejar todas las ficciones precisas para justificar la procedencia de unos resultados que, obtenidos de otra manera, habría parecido que violaban las normas existentes. Igual técnica, como hemos visto, empleaban los romanos para hacer que su Derecho progresara sin tener que proclamarlo, de la misma manera que dentro de ciertos límites, le es absolutamente indispensable al juez actuar, si quiere que el Derecho se mantenga ajustado a los cambios que exigen los nuevos hechos sin tener que esperar una solución legislativa siempre lenta y problemática".

mentarse en casos anteriores, como si la razón del juzgador no fuera individual sino funcional, a la manera de aquel que tiene el cuidado de la cosa pública que ve prolongarse su accionar en la tarea de los Tribunales y en los criterios que éstos van sentando en sus resoluciones.<sup>14</sup>

Esta tarea jurisprudencial-interpretativa, es la continuación de la tarea legislativa, continuación prevista por el propio legislador al tener en cuenta o instituir los Tribunales llamados a decidir los casos.<sup>15</sup> Luego, son éstos la personificación viva del legislador según aquella espléndida metáfora que utiliza Aristóteles al referirse a la equidad en el libro quinto de la *Ética Nicomaquea*: es como si el juez personificara al legislador y resolviera por equidad al igual que éste si hubiese conocido los pormenores de lo concreto.

En este sentido, los Tribunales quedan integrados en una función política,<sup>16</sup> pues conociendo de antemano los fines que se propone como buenos una sociedad, determinan concretamente los medios adecuados para lograrlos. La función judicial es para esta tesitura, una función eminentemente política y no diferente en sustancia de la del legislador que se limita a dar las directivas generales.

Desde este punto de vista, la jurisprudencia queda casi identificada con la legislación, ya que se erige en función política. La ley no resulta de aplicación inmediata sino que ha de valerse de esta interpósita persona que es el juzgador. La ley no vale por sí misma sino por su intérprete, y lo que es de aplicación no es su letra, sino su realidad vivificada en una sentencia judicial.<sup>17</sup> La razón

---

<sup>14</sup> GENY, FRANCISCO, *Interpretación y fuente del Derecho Privado positivo*, Madrid, Reus, 1925, t. III, fasc. 149, p. 494: "Es indudable que los precedentes judiciales, singularmente cuando forman, en un sentido determinado, una serie constante de decisiones uniformes, constituyendo un cuerpo, deben disfrutar de una autoridad considerable en el ánimo del intérprete. Quiero decir con esto que no sólo ejercerán sobre éste el ascendiente moral y práctico que recomienda su origen, sino que, además, llevarán a su juicio una fuerza de convicción análoga a la fuerza de razón escrita, que conoció nuestro antiguo derecho".

<sup>15</sup> DABIN, J., *Teoría general del Derecho*, Madrid, Rev. Der. Priv., 1955, t. I, fasc. 17, p. 34: "En cuanto a la jurisprudencia de los tribunales (judiciales y administrativos), la dificultad es sólo aparente: por independientes que sean de todo otro poder, y en este sentido soberanos, los tribunales, instituidos por el Estado para administrar justicia en nombre suyo, son depositarios evidentemente, de una parte de la autoridad pública; y por otra parte, el derecho que aplican es el derecho del Estado, sea que lo encuentren formulado en la ley, sea que a falta de ésta tengan que elaborarla ellos mismos".

<sup>16</sup> DABIN, J., *Teoría general del Derecho*, Madrid, Rev. Der. Priv., 1955, t. I, fasc. 17, p. 35: "En primer término es un error oponer el derecho a la política: el derecho, regla establecida por la sociedad política, está ordenado necesariamente a los fines de la política. Por lo tanto, en la medida en que los Tribunales han de elaborar el derecho será preciso que lo hagan en función del Estado y de sus fines; lo que es misión de la política".

<sup>17</sup> REAL, MIGUEL, *Introducción al Derecho*, Madrid, Pirámide, S. A., 1976, t. XIII, fasc. 3, pp. 130/1: "Si, en definitiva, una norma es su interpretación, la cual delimita el contenido y el significado de aquélla, no se puede negar a la jurisprudencia la categoría de fuente del Derecho, puesto que es dado al juez el poder dotar de obligatoriedad a aquello que, en el caso concreto, declara ser de Derecho. El magistrado interpreta la norma legal situado en una «estructura de poder» que le confiere competencia para convertir en sentencia —que es una norma particular— su entendimiento en la ley".

legal que personifica no en el legislador sino en el juzgador quien hace actuar a la ley.

Para los teóricos de este sistema, la jurisprudencia toma una importancia suma, se vuelve imprescindible para obtener la actuación permanente de los códigos. El riesgo acusado ya en su tiempo por Savigny, y bajo cuya prédica atrasara la codificación en Alemania, se diluye por esta simbiosis entre el legislador y el juez.<sup>18</sup> La única forma de que el Derecho se mantenga vivo y vigente, es la tarea hermenéutica de la jurisprudencia, tarea que no se detiene nunca y asegura con ello la efectividad perenne de la *ratio legis*.

Esta razón legal, adquiere su sustento de la conciencia pública del sentido que deben observar los comportamientos. Por ello, el juez que investiga esta conciencia, desentraña por el buen camino el sentido de la ley.<sup>19</sup> Si el uso y la costumbre por su repetición inveterada crean norma, el intérprete de ésta ha de investigar en sus fuentes primitivas para poder comprender su razón última. El juez inerva la norma a través de sus supuestos sociológicos, procediendo a vivificarla en sus mismas raíces.

La ley no es de suyo aplicable al caso, sino que siempre requiere una labor previa que la haga dúctil. En esto se distingue una norma del rigorismo matemático de una ley física. Las jurídicas no son por sí mismas sino por otro, que es quien las vuelve útiles, y les otorga su sentido propio en cada caso particular.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Madrid, Reus, 1947, t. IV, fasc. 2, p. 367: "La jurisprudencia de los Tribunales, velando por la certidumbre y la estabilidad de las reglas jurídicas, a la vez que por el progreso del Derecho y su adaptación a las circunstancias históricas y sociales de cada momento; vinculando el Derecho a los principios e ideales permanentes, al mismo tiempo que a las realidades e intereses concretos y movedizos, puede lograr la armonía de todos esos elementos contradictorios que se agitan en el fondo de la vida jurídica".

<sup>19</sup> RABASSA, OSCAR, *El Derecho anglo-americano*, México, F. C. E., 1944, t. III, fasc. 11, p. 573: "La fuente primordial de todo derecho que, como el anglo-americano, está basado en la voluntad popular de los gobernados, es el criterio y la conciencia general del pueblo y no, ciertamente, el de un sector determinado, más ilustrado o menos culto, sino el tipo de conciencia ordinaria, media y general. De suerte que el juez, en este sistema de derecho, debe consultar ante todo los usos y costumbres del promedio de las gentes cuyos actos jurídicos examina y resuelve, para de estos antecedentes fundamentales deducir las normas positivas que después fijan los precedentes judiciales que sucesivamente se vayan estableciendo. En este proceso estriba la admirable adaptabilidad y latitud elástica del derecho anglo-sajón denominado *common law*, derecho que es, precisamente, la conciencia jurídica general de la comunidad en la cual opera, interpretada por la autoridad judicial constituida precisamente para desempeñar esta función".

<sup>20</sup> REALE, MIGUEL, *Introducción al Derecho*, Madrid, Pirámide, S. A., 1976, t. XIII, fasc. 3, p. 129: "Los jueces son llamados a aplicar el Derecho a casos concretos, a dirimir conflictos que surgen entre individuos y grupos. Para aplicar el Derecho, el juez debe realizar una labor previa de interpretación de las normas jurídicas que no son siempre susceptibles de una única aprehensión intelectual. Las leyes físico-matemáticas tienen un rigor y una estructura que no dan lugar a interpretaciones conflictivas; en cambio, las leyes jurídicas son momentos vitales que se integran en la experiencia humana y que exigen, en todo momento, un esfuerzo de superación que conduce a interpretaciones no siempre coincidentes y, a veces, contrapuestas, para poder ser aplicadas en consonancia con las exigencias de una sociedad concreta enclavada en un momento y un lugar determinados".

La ley no es, entonces, única sino multiplicada y sólo desde esta perspectiva, pueden aceptarse jurisprudencias contradictorias, ya que la positividad de la ley depende de cada aplicación concreta.

Hay en toda norma un sentido literal y otro sentido profundo. La razón legal sigue a este último por lo que no es *a priori* que se logra encontrarlo sino después de la tarea hermenéutica. En esta labor puede ocurrir que el sentido varíe en función del valor que los tiempos y lugares atribuyen a las situaciones descriptas textualmente, por ende, dicese que la norma cambia.<sup>21</sup> No es ella la que cambia en cuanto de precepto tiene, sino la aplicación que de ella se haga como ya lo instituyera el maestro granadino Francisco Suárez. Pero esa aplicación no es tarea legislativa, sino jurisprudencial.

La tarea hermenéutica siempre se hace, sólo que varía la personificación del intérprete. Para la tradición romanista, luego continuada por el derecho anglo-americano, es el juez el personaje adecuado; mientras que para la tradición continental a partir de la escuela de los glosadores, es el jurista teórico y comentarista el encargado de efectuarla.<sup>22</sup> Pero en definitiva, el resultado es siempre igual, puesto que se admite sin ambages que la norma necesita ser viabilizada por alguien, sea el juez, sea el doctrinario.

Lo que sí queda a salvo, es que dicha tarea se identifica finalmente con la legislativa; no cabe con ella colisión alguna ya que una es continuación lógica de la otra. La jurisprudencia resulta así, función hermenéutica de la norma e identificándose con ella configura la única fuente del Derecho posible, si bien fundamentándose inmediatamente en la ley, y mediatamente en la costumbre.

---

<sup>21</sup> Ob. cit., Madrid, Pirámide, S. A., t. XIII, fasc. 3, p. 131: "Lo que interesa no es el signo verbal de la norma, sino su significación, su «contenido significativo». Este varía en función de los cambios operados en el plano de los valores y de los hechos. Muchas más veces de lo que se piensa una norma legal sufre variaciones de sentido, que técnicamente se denominan «variaciones semánticas». Las reglas jurídicas, sobre todo las que prevén de manera genérica las posibles clases de acciones y las respectivas consecuencias y sanciones, poseen cierta elasticidad semántica y llevan consigo su progresiva y dinámica aplicación a los hechos sociales que no habían sido previstos por el legislador. Pues bien, no es raro que bajo la inspiración de la doctrina el juez actualice el *sentido posible de la ley*, ajustándola a las circunstancias y contingencias del momento. De este modo, lo que antes obligaba significando X, sufre una variación por la fijación de un nuevo sentido Y o Z".

<sup>22</sup> PUIG BRUTAU, JOSÉ, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona, Bosch, t. II, fasc. 3, pp. 132/3: "Así como para un jurista romano clásico, la interpretación del escaso material legislativo constituía una tarea secundaria, los profesores de Bolonia fundaban todo su método y su entera ciencia en la interpretación de los voluminosos textos justinianos. Por ello, toda la doctrina jurídica del Derecho continental europeo muestra la tendencia a fundar la ciencia del Derecho en la interpretación de un texto legislativo... Por eso el problema del método jurídico está centrado en los países anglosajones y de manera especial en América del Norte, en la figura del juez, mientras que en Europa continental se funda en la labor del teórico sistemático y del legislador".

#### 4. EL CONCURSO AMPLIFICANTE

La segunda aproximación al concepto de jurisprudencia, es aquella que la concibe como complementaria de la legislación. Así las resoluciones judiciales agregan necesariamente algo más de lo que el legislador puede mandar o prohibir. Pero ello no se admite como limitación natural en la ley, dado su generalidad, que es la posición preanalizada, sino que se incorpora en razón de la naturaleza de la jurisprudencia misma que es de suyo amplificante.

La tarea jurisprudencial, si bien siempre realizada en base a leyes positivas, constituye una suerte de parásito normativo que crece a expensas de la ley;<sup>23</sup> es como una adherencia que se va fijando y por tanto desdibujando el perfil normativo general. Pero al fin y al cabo, no es ese perfil el que importa, sino la configuración que la normatividad va adquiriendo por la labor propia de los juristas.

Los teóricos de esta interpretación, se fundan en una distinción de tareas: la legislativa y la jurisprudencial, atribuyendo a la primera una lentitud de reacción, mientras que a la segunda atribuyen un poder inmediato de adaptación al medio. No discuten que el legislador puede avanzar más que el juzgador en la búsqueda de los medios normativos que conduzcan más adecuadamente al fin propuesto, pero esto lo hacen de vez en cuando, mientras que la tarea tribalicia es permanente.<sup>24</sup>

La tarea judicial es la más importante, ya que el legislador omite al legislar todos los pormenores y circunstancias que normalmente acarrearán los casos concretos. Pues bien, es el juzgador el encargado de completar la tarea normativa añadiendo a la ley general el *imperium* sobre lo particular. La ley deja margen al juez para que éste adecue la norma a la realidad, no desfigurándola, sino perfilándola, es decir, completando esa fisonomía normativa que el legislador intencionalmente ha dejado de lado para no errar.<sup>25</sup>

Pero cabe una advertencia: puede ser tomado aquí el término "jurisprudencia" en sentido equívoco, primero, en sentido de delegación formal del legis-

---

<sup>23</sup> PUIG BRUTAU, JOSÉ, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona, Bosch, t. II, fasc. 3, pp. 143/4: "Afirma Koschaker que ningún legislador puede impedir que las disposiciones de una ley, de un código, al poco tiempo de haber entrado en vigor ya muestren adherencias del Derecho de juristas. La razón no es menos obvia. Equivale a preguntar por qué envejecen los Códigos. Cabría contestar adaptando al caso las palabras de Portalis: *on ne fait pas les codes, ils se font.*"

<sup>24</sup> Ob. cit., Barcelona, Bosch, t. I, fasc. 1, p. 19: "El legislador puede, ciertamente, adelantar más con uno solo de sus pasos que los jueces con los pasos representados por muchas decisiones o sentencias; pero los períodos de inactividad, inercia o irresolución del primero no le permiten casi nunca señalar nuevas rutas a la evolución jurídica, ante el incesante progreso representado por la actividad diaria de los profesionales del Derecho y, ante todo, de los jueces".

<sup>25</sup> Ob. cit., Barcelona, Bosch, t. III, fasc. 2, p. 179: "Por tanto, si generalizar es omitir y legislar es generalizar, juzgar es volver a añadir parte, cuando menos, de lo omitido".

lador; y segundo, como vehículo de derecho espontáneo.<sup>26</sup> Es en este segundo sentido que se lo emplea como función amplificante, puesto que en el primer sentido la jurisprudencia no es tal, sino simplemente norma general o ley, sólo que delegada por el poder legislativo en órganos jurisdiccionales que actúan emergencialmente no en su función específica de dirimir contiendas, sino en una impropia de dar directivas generales para comportamientos futuros.

Este sistema tiene su origen primeramente en Roma, y luego se trasmite a los ingleses y se fundamenta en el primitivismo de la técnica legislativa.<sup>27</sup> El jurista no encontraba en la ley positiva un recurso constante que dilucidara las dudas en cuanto a otorgar a cada uno lo suyo. Por tanto, fue menester que la norma general se ampliara constantemente con la tarea jurisprudencial, y aun cuando en Inglaterra actualmente se legisla con depurada técnica, el viejo sistema romano constituyó una práctica útil y, por ende, una teoría.

Dicha práctica, comienza en función de los casos que no pueden ser resueltos a la luz literal de la ley, y requieren por ello un tratamiento especial. Más adelante, si los casos se reiteran, el tratamiento específico cobra entidad normativa y aunque no exista una ley para ellos, existe una jurisprudencia complementaria que los incluye bajo la razón normativa. Se crea así un nuevo rumbo en el Derecho, no por imperio del legislador, sino por virtualidad del juzgador; pero ese nuevo rumbo puede ser rectificado o alterado, según surjan nuevos casos distintos que los anteriores, lo cual está en relación directa con la vida de la sociedad.<sup>28</sup>

Los sostenedores de esta posición, no sólo se encuentran entre los juristas angloamericanos, herederos directos de la tradición romanista, sino también entre los juristas del continente, que si bien debieron heredar la tradición de los

---

<sup>26</sup> GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción al Derecho*, Madrid, Aguilar, 1960, t. IX, fasc. 2, p. 199: "Por esta razón, no debe confundirse con la jurisprudencia, como vehículo del Derecho espontáneo, la jurisprudencia como delegada formal del legislador. Si el legislador establece la vinculatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para los demás tribunales nacionales o si ordena la obligatoriedad de las sentencias plenarias tomadas por las diferentes cámaras de un solo tribunal para las cámaras aisladas y para los juzgados inferiores, no nos encontramos con Derecho espontáneo, sino con una ley normal o sea con el principio de un reparto autoritario, que atribuye potencia al órgano judicial decisorio e impotencia a los tribunales sometidos al mismo".

<sup>27</sup> PUIG BRUTAU, JOSÉ, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona, Bosch, t. II, fasc. 2, p. 122: "Lo que tanto en Roma como en Inglaterra había comenzado como obra de la equidad, de la buena fe y de la recta conciencia, se convirtió luego en un cuerpo de preceptos cuya aplicación en lugar de ser un problema casi exclusivamente de buena fe, o de recta conciencia, dependía de una técnica propia de los juristas. En uno y otro caso nos hallamos ante una fuente del Derecho de naturaleza eminentemente empírica".

<sup>28</sup> Ob. cit., Barcelona, Bosch, t. II, fasc. 2, p. 128: "Una vez más podemos ver con claridad que las normas jurídicas no se mantienen incommovibles por razón de su virtud intrínseca, es decir, que no existe en ellas ninguna razón intrínseca por la que deban ser incommovibles, sino que los nuevos hechos, los «casos difíciles», o imprevistos dan lugar, primeramente, a la necesidad de una excepción y luego, si los nuevos hechos responden a circunstancias definitivamente alteradas, a un nuevo rumbo en el Derecho".

antiguos, se apartaron de ella ante el influjo de la codificación. La jurisprudencia continental, si niega la función amplificante de la ley, de hecho la practica y con creces, de ahí el enorme influjo que tiene, y el desarrollo que ha alcanzado contraviniendo implícitamente sus presupuestos.<sup>29</sup>

Si en el sistema de la codificación, se circunscribe la fuente del Derecho a la ley solamente o a aquellas realidades a que la ley expresamente se dirige, (jurisprudencia, costumbre, etc...) los reclamos jurídicos se apoyan permanentemente en la tarea jurisprudencial, y los derecho-habientes, no invocarán ya más la ley, sino en el caso precedente o más bien "su caso" en cuanto le reconozca la pretensión hecha valer ante los Tribunales.<sup>30</sup>

Quizás el paladín de esta orientación sea contemporáneamente Francisco Geny, quien en pro de una "libre investigación científica"<sup>31</sup> reivindica para el juzgador la posibilidad de suplir y completar la ley, precisando sus justos límites. Es una reacción contra la escuela de la exégesis en su forma extrema, ya que la asfixia a que somete los principios exegeticos, ponen de realce la actividad de un juez, que no es una máquina repetidora de las palabras de la ley, sino un ser racionante, que comprende el sentido y el alcance de cualquier precepto general y se empeña en aplicarlo a los casos bajo su decisión.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Ob. cit., Barcelona, Bosch, t. III, fasc. 3, p. 188: "Estimamos que la cuestión decisiva es la siguiente: ¿ha de entenderse que sólo el legislador y no el intérprete puede vincular de manera indisoluble una determinada protección a un determinado interés? El Derecho europeo continental contesta afirmativamente, es decir, niega que el intérprete pueda dar protección a nuevos intereses, con lo cual, a pesar de tratarse del Derecho romanizado, no es fiel al método que permitió la creación del Derecho romano. Pero la contestación sólo constituye una manifestación de la discrepancia existente entre lo que se dice y lo que se hace. En realidad, también entre nosotros el Derecho está en continuo crecimiento gracias a que los juristas, es decir, los encargados de aplicarlo en la práctica, lo ajustan a las necesidades de cada momento".

<sup>30</sup> MOUCHET, CARLOS y ZORRAQUÍN BECÚ, R., *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Perrot, 1962, t. IX, fasc. 71, p. 205: "El fallo judicial constituye una norma distinta de la ley que aplica y del derecho que reconoce o acuerda. Es un elemento nuevo que en ese instante se incorpora al orden jurídico, creando para las partes la obligación de acatarla. El acreedor que obtiene la condena de su deudor ya no invocará la ley en lo sucesivo, que le protege ni el contrato que existía, sino la sentencia que admite su derecho y lo autoriza a perseguir al demandado hasta el cobro definitivo de su crédito".

<sup>31</sup> GENY, FRANCISCO, *Interpretación y fuentes del Derecho Privado positivo*, Madrid, Reus, t. III, fasc. 146, p. 479: "Pero este poder será ejercido por aquéllos de una manera enteramente concreta y sin sacar necesariamente a lo menos, consecuencias para el porvenir. Reconocerlo así, no será otra cosa que proclamar la legitimidad de una libre investigación científica, en el dominio del Derecho positivo. Así entendido, yo he admitido con mucha extensión el poder pretoriano de la jurisprudencia, cuando menos para el efecto de suplir o de completar la ley. Y a decir verdad, todo mi estudio está consagrado a justificarlo, determinando solamente sus límites necesarios".

<sup>32</sup> Ob. cit., Madrid, Reus, t. III, fasc. 147, pp. 484/5: "Reconocemos, muy profundamente, que para asegurar una actividad al Derecho respondiendo a todas las necesidades y procurando una buena administración de justicia, es esencial reconocer al intérprete y, por consiguiente, al juez, un poder de decisión propio, en caso de silencio o de insuficiencia de la ley. Y reaccionando contra los prejuicios, tan desgraciadamente acreditados entre nosotros después de la codificación, queremos, en buenos principios, agrandar, en el sentido dicho, la esfera de acción de los Tribunales".

Otros han entendido esta función jurisprudencial, como tendiente al bien común, como si la ley no tendiera a lo mismo. Lo que ocurre es que la ley tiende al bien común de la sociedad toda, mientras que la jurisprudencia sólo al bien que es común a los contendientes en los juicios. El juez propugna el bien de ambos litigantes, y tiene una visión del mismo, porque se encuentra en imparcialidad respecto de ellos. Cada parte tiene una pretensión que importa un bien individual, real o aparente; mientras que quien se encuentra equidistante de ellos, puede ver bien qué es lo que es bueno para todos.<sup>33</sup>

Un gran magistrado del Tribunal Supremo de España, ha advertido esto con claridad.<sup>34</sup> La jurisprudencia ha cumplido acabadamente esta función de lograr el bien común, corrigiendo donde la ley acusa alguna imperfección; precisando, donde hay cierta imprecisión; agregando, donde la ley denota falencia; en fin, ampliando el horizonte naturalmente estrecho en la visión del legislador, y que no se pretende ampliar, ya que mientras se mantengan las funciones del poder suficientemente separadas, el problema de la natural generalidad de la ley subsistirá.

Esta forma de ver la jurisprudencia, no trata tampoco que la labor sea creativa, y en esto se identifica con la teoría anteriormente expuesta. La función primera del juzgador, es la de interpretar el texto legislativo, sólo que se supone acusado de lagunas, por lo que la labor se torna de lógica en axiológica, de deductiva en valorativa, de hermenéutica en amplificante y con ello cabe una parte de creación del Derecho.<sup>35</sup>

Pero podría ocurrir que esta labor cometiera el exceso de torcer el sentido de la ley. Esto ocurre cuando la norma general se vuelve estéril para dirigir los comportamientos sociales hacia el bien común,<sup>36</sup> cuando entran en pugna

---

<sup>33</sup> TORRES LACROZE, F., *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 1967, t. VIII, fasc. 3, p. 130: "Que la jurisprudencia del bien común no pretende ser una respuesta a los problemas de nuestro tiempo, sino más bien un modo de investigación, que es la voluntad de descubrir, la voluntad de ampliar el estrecho mundo que conocemos, de aprender y hacerlo mejor; la convicción de que los hombres pueden ver algo en la vida de los demás".

<sup>34</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Madrid, Reus, 1947, t. IV, fasc. 2, p. 369: "De hecho, nuestra jurisprudencia ha sabido llenar con tino todas estas funciones; y así ha corregido errores de expresión del Código Civil; ha procurado salvar aquellas contradicciones, no muy frecuentes, en que incurre nuestro primer Cuerpo legal; se ha esforzado por espiritualizar las normas demasiado rígidas o formalísticas y ha introducido o desarrollado importantes instituciones omitidas o mal reglamentadas en su articulado".

<sup>35</sup> BASCUÑÁN VALDÉS, A., *Introducción al estudio de las ciencias jurídicas y sociales*, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, t. III, fasc. 2, p. 191: "De otra parte, es innegable que existen «lagunas legales» que el *usus fori* procura llenar gradualmente, a modo de *ius receptum*; y que en la misión del juez, en la medida que la ley es oscura o contradictoria o no existe ley, su tarea meramente lógica, casi mecánica, cede el paso a una labor valorativa, axiológica, de auténtica creación del Derecho".

<sup>36</sup> RABASSA, OSCAR, *El derecho angloamericano*, México, F. C. E., 1944, t. III, fasc. 11, p. 575: "En resumen, los autores de derecho angloamericano opinan que la jurisprudencia basada en los principios debe ser acatada y seguida siempre; que también lo debe ser en materia de actividades comunes y corrientes y de procedimientos, cuando con ello no se

con principios elementales del orden moral. Desde esta perspectiva, los teóricos de la doctrina se distancian radicalmente de los teóricos de la exégesis y se acercan al último concepto de jurisprudencia que abordaremos.

El acceso a la postrer teoría comienza, cuando se admite la posibilidad de que el juzgador no se afirme en una norma positiva o en lo que ésta omite y que la jurisprudencia completa; sino en todo el ordenamiento positivo, derivando de él normas implícitas.<sup>37</sup> El quiebre concluye cuando se admite la decisión por equidad, como contradictoria a la decisión legal.<sup>38</sup>

## 5. LA ACTIVIDAD CREATIVA

Llegamos al final de nuestro recorrido, con la última concepción de la jurisprudencia; es decir, aquella que la entiende verdaderamente creativa de Derecho, sin que por esto pueda ser confundida con una escuela de Derecho libre que en el fondo niega todo poder normativo a la ley. La jurisprudencia creativa es la que coexiste con la ley sin enfrentarse con ella. No se trata de ventilar jerarquías, sino de encontrar la verdadera función jurisprudencial.

Deben incluirse dentro de esta corriente, aquellos que entienden a la jurisprudencia como el “conjunto de presupuestos en los que una resolución se funda”, es decir, los antecedentes de la misma especie en los que se basa una decisión judicial, y que forma una corriente de opinión tribunalicia que adquiere por ello razón obligante. El conjunto de fallos, toma el lugar de la ley a falta de ésta; o bien, son éstos los que de una manera más evidente, forman el recurso racional inmediato para justificar y fundamentar cualquier decisión.<sup>39</sup>

---

contraríen principios jurídicos fundamentales, y que es de aplicarse asimismo, cuando las normas establecidas no estén en abierta y notoria pugna con las ideas contemporáneas sobre la ética”.

<sup>37</sup> REALE, MIGUEL, *Introducción al Derecho*, Madrid, Pirámide, S. A., 1976, t. XIII, fasc. 3, p. 130: “La jurisprudencia innova muchas veces en materia jurídica y establece normas que no se contienen exactamente en la ley, sino que resultan de una construcción obtenida gracias a la conexión de disposiciones hasta entonces consideradas aisladamente o mediante la separación de preceptos largo tiempo unidos. En estas ocasiones, el juez compone para el caso concreto una norma que va a completar el sistema objetivo del Derecho vigente. La capacidad de producción normativa de la jurisprudencia se acentúa cuando el juez decide por equidad, aplicando la norma que él establecería si fuera legislador”.

<sup>38</sup> DEL VECCHIO, G.; *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1960, t. I, fasc. 1, p. 344: “La regla para la solución de las controversias puede ser deducida de la misma costumbre preexistente; pero, incluso en este caso, la regla, en el acto de ser aplicada judicialmente, sufre un cierto proceso de clarificación y desarrollo. El juez que la aplica debe darse cuenta de esto y profundizar en su significado, bastante más de lo que es preciso para seguirla en el caso sencillo e indiscutido. La actividad judicial conduce, por eso, ante todo, a la formulación explícita de aquellas normas que estaban latentes o implícitas en la lógica del sistema social efectivamente en vigor”.

<sup>39</sup> AFTALIÓN y otros, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, El Ateneo, 1956, t. XI, fasc. 6, pp. 393/4: “El fenómeno de la jurisprudencia debe buscárselo, por lo tanto, en las decisiones de los órganos jurisdiccionales del Estado y se manifiesta como una «repetición, como una forma habitual o uniforme de pronunciarse», forma que denota la «influencia

Esta manera de ver la actividad jurídico-jurisprudencial, cobra forma definitiva, cuando se asevera que sólo los jueces crean Derecho, mientras que el gobierno sólo emite órdenes.<sup>40</sup> Quien dispone de la autoridad o mando político, ratifica con su poder, lo que los Tribunales han determinado con sus decisiones. Es el sobreañadido de la fuerza física, lo que conforma definitivamente la norma en el sentido de ley general antes, la conducta obligada existe a la manera jurisprudencial.

Por este motivo, los cultores de la teoría, desechan la ley como fuente primera de Derecho, rescatando dicha función para la jurisprudencia. Es en la decisión de los jueces donde hay que buscar el origen del Derecho, mientras que en la norma general sólo encontraremos su fin. Caso contrario, la ley resolvería por sí misma cualquier controversia, y los Tribunales sólo serían órganos administrativos de naturaleza mecánica que aplicarían la ley a cada caso, sin posibilidad de votos disidentes y de resoluciones revocadas.<sup>41</sup>

Pero la realidad jurídica se rebela contra esto, repugna al propio sentimiento de justicia el mecanismo judicial, lo que afirma en su tesis a los teóricos de la jurisprudencia creativa.<sup>42</sup> Es más que una insuficiencia, una imposibilidad lo que descalifica a la ley como fuente de Derecho; es su inoperancia para resolver todo caso que se plantea, lo que hace repensar en su función y lo que hace detenerse a considerar con más cuidado a la actividad judicial como la fuente primigenia de Derecho.

Aquí se plantea una cuestión de anterioridad y posterioridad lógicas. ¿Dónde está indicado con prioridad lógica el Derecho, en la norma o en la decisión?

de unos fallos sobre otros» y aun la presencia de un conjunto de principios y doctrinas (comunes) contenidos en las decisiones de los tribunales. Se desprende, por lo tanto, del conjunto de fallos precedentes, una norma o regla general vigente en los tribunales sobre un punto determinado y, en la medida en que un tribunal llamado a pronunciarse sobre un nuevo caso «similar» acude a dicha regla para objetivar el sentido jurídico del mismo, para alcanzar la objetividad de su sentencia, se habla de la “jurisprudencia como fuente de Derecho”.

<sup>40</sup> PUIG BRUTAU, JOSÉ, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona, Bosch, t. II, fasc. 3, p. 141: “Resulta curioso que autócratas como Justiniano, Federico el Grande y Napoleón hayan unido su nombre al de grandes obras legislativas. En realidad su obra únicamente en la forma es creadora. Es decir, fueron los grandes acuñadores de Derecho a base de aprovechar la obra auténticamente creadora de los juristas. Lo que antes de ellos tenía un carácter más o menos fragmentario, casuístico y disperso, se convierte en un cuerpo ordenado de normas jurídicas alineadas con el rigor de una formación militar. Pero sólo en las modernas codificaciones a diferencia de la justiniana, se lleva hasta sus últimas consecuencias esta confusión entre el poder de dictar órdenes y el de crear Derecho”.

<sup>41</sup> PUIG BRUTAU, JOSÉ, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona, Bosch, t. I, fasc. 4, p. 50: “Si las reglas generales decidieran los casos particulares, las personas verdaderamente competentes en Derecho no podrían estar en desacuerdo, ni cabrían los votos particulares en la decisión de una controversia, ni podrían soportar que les revocara una sentencia ningún juez honesto y documentado”.

<sup>42</sup> PUIG BRUTAU, JOSÉ, ob. cit., Barcelona, Bosch, t. I, fasc. 4, pp. 50/1: “La afirmación de que la regla general es impotente por sí sola y en muchas ocasiones para resolver el caso particular, señala que el centro de gravedad de la creación jurídica reside en la decisión concreta y no en la reglamentación genérica”.

En un primer momento se piensa en la ley como sinónimo jurídico, y ello nos lleva a buscar el remedio en ella; pero a poco que se medite, se concluye que el remedio no existe en la ley, sino que se encuentra en los Tribunales, por lo que hay que buscar antes el remedio para encontrar al Derecho.<sup>43</sup>

Si bien podría pensarse que esta actitud es relativamente moderna en filosofía jurídica, no es así, puesto que se remonta a los romanos, para quienes el Derecho estaba indisolublemente unido a las acciones judiciales.<sup>44</sup> El juez romano, como actualmente lo propugna Jerome Frank dentro del realismo norteamericano, no era buscado como un intermediario necesario hacia la ley, ni en sus decisiones se refería a ella, sino como la encarnación de la justicia, aquel que decía en cada caso lo que era el Derecho, importando más bien sus actos que sus dichos.<sup>45</sup>

La jurisprudencia es, entonces, creativa; es el origen o fuente del Derecho mismo que se va formando y conformando mediante un proceso paulatino en la actividad tribunalicia.<sup>46</sup> El legislador queda marginado en esta actividad, se distingue como una autoridad extraña al Derecho, que sigue a la zaga, que otorga un beneplácito ejecutivo, que formula reglas y medidas de conducta generales extraídas de la propia actividad jurisprudencial, y que termina su actividad codificándolas en grandes cuerpos normativos según la materia de que tratan.

Sólo cuando la tarea de codificación alcanzó una perfección técnica suma, fue que se olvidó el origen mismo del Derecho. Entonces se quiso resolver todo con la ley, y ante la primera dificultad surgió la tesis de la plenitud hermenéutica, ordenamiento que no hace sino poner en evidencia la crisis de la escuela exegé-

---

<sup>43</sup> Ob. cit., Barcelona, Bosch, t. II, fasc. I, p. 80: "La verdad histórica no está, pues, representada por la frase *ubi ius ibi remedium* sino por la opuesta, a saber, *ubi remedium ibi ius*."

<sup>44</sup> Ob. cit., Barcelona, Bosch, t. II, fasc. I, p. 83: "El orden jurídico para el romano, consistía en un sistema de acciones, de manera que, en lugar de derechos subjetivos y obligaciones, el romano buscaba la existencia de acciones y excepciones. Y es curioso observar que, hasta cierto punto, algunas concepciones modernas, como la del juez Jerome Frank, parecen implicar una regresión hacia el mismo estado de cosas. El Derecho, dicen los observadores de la realidad jurídica, es lo que de hecho hacen los Tribunales, y sólo lo que éstos reconocen representa un verdadero derecho subjetivo" (Jerome Frank: "Courts on Trial", Princeton, 1949, pp. 8/10).

<sup>45</sup> PUIG BRUTAU, JOSÉ, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona, Bosch, t. II, fasc. 2, p. 91: "La jurisprudencia romana, dice Schulz, no fundaba su mérito en la interpretación de normas escritas dotadas de autoridad, sino que puede afirmarse que la sabiduría radicaba precisamente en el hecho de que los juristas, en principio, tenían autoridad para creer y modificar el Derecho, pues, para esta finalidad, el Derecho legislado era utilizado tan poco como fuese posible" (Schulz: *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946, p. 124).

<sup>46</sup> Ob. cit., Barcelona, Bosch, t. II, fasc. 3, p. 130: "Acabamos de ver que el Derecho, como cosa viva y diferente de los mandatos de la autoridad y de las doctrinas de las escuelas, se ha formado y se forma incesantemente gracias a la actividad creadora de los prácticos en íntimo contacto con la realidad social. Los que tienen por ocupación profesional prevenir y resolver los conflictos de intereses, son quienes impulsan de una manera decisiva la evolución del Derecho".

tica. El jurista romano como el del *common law*, carecen de este problema, ya que no acuden de primera intención al sistema, sino que contrastan el caso con las exigencias de justicia para resolverlo.<sup>47</sup>

La teoría se avala asimismo con una razón histórica. La primera función del poder político, no es la legislativa sino la judicial, al menos en la historia de Occidente. El Derecho no se vincula al gobernante-legislador, sino al gobernante-juez, y el ejemplo bíblico de Salomón sirve como antecedente inspirador a toda la tradición que concibe a la soberanía política residiendo en la tarea judicial del continente, se tiende permanentemente a fundamentar las decisiones no en un acto de mando.

Es indudable que los teóricos del sistema, encuentran mayor eco y fundamento en la tradición angloamericana que en la continental; no obstante, aun en la tradición exegética de los juristas de Bolonia, se han filtrado a contrapelo los gérmenes de la jurisprudencia creativa. Aunque teóricamente se niegue el valor de fuente formal de Derecho y, menos aún de fuente única, en la actividad judicial del continente, se tiende permanentemente a fundamentar las decisiones en la autoridad de los precedentes, más que en la autoridad de la ley.<sup>48</sup>

En un análisis comparativo de ambas tradiciones, los resultados mejores los obtiene el *common law*, ya que se ha revelado más celosa de los derechos individuales, una justicia con mayor independencia y mejor efectividad. El legislador, por estar más cerca de los vaivenes políticos, tiñe necesariamente a la ley de la

---

<sup>47</sup> Ob. cit., Barcelona, Bosch, t. II, fasc. 3, pp. 131/2: "Dice Schwind, que el romano no consideraba que el Derecho fuese un orden jurídico cerrado, teóricamente sin lagunas, del que pudiera deducirse la regla exactamente aplicable al caso controvertido, como cree la ciencia del Derecho del continente europeo, sino que siempre consideraba al Derecho desde el punto de vista del caso. Según el romano clásico, lo mismo que según el jurista del *common law*, en cada caso está implícita la exigencia de una decisión justa (*richtige Entscheidung*) que no deriva de un ordenamiento jurídico objetivo estructurado en normas generales. Estas, en realidad, se obtienen de la inducción generalizadora fundada en las decisiones particulares".

<sup>48</sup> Ob. cit., Barcelona, Bosch, t. III, fasc. 3, p. 191: "Hasta tal punto la función de juzgar se anticipó a la de legislar, que la noción de soberanía en Occidente, empezó por estar vinculada a la función de juzgar según el Derecho que sólo podía concebirse como costumbre declarada. Ya que, según estaba en la creencia de la época, el Derecho no podía crearse de manera reflexiva, sino que únicamente podía descubrirse; la noción de la suprema autoridad no era legislativa, sino judicial... Como resabio de la concepción judicial de la soberanía, parece existir todavía, en la imaginación popular, la creencia de que el más alto signo de poder estriba en la decisión justa de un caso concreto de honda repercusión en la vida del grupo social, y no en la promulgación de una norma general".

<sup>49</sup> AFTALIÓN y otros, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, El Ateneo, 1956, t. IX, fasc. 7, p. 408: "Sin embargo, aunque en el sistema continental en el campo doctrinario se suele rechazar ampulosamente la afirmación de que el juez hace el Derecho, y también la teoría del precedente obligatorio, lo cierto es que, en la práctica, la tendencia a acudir a la autoridad de los precedentes es cada vez mayor, aunque no se trata del precedente aislado, sino de una sucesión de precedentes".

ideología que le informa, mientras que los tribunales se sustraen más de las banderías políticas y por lo tanto, conservan la capacidad para decir en cada caso, lo que es jurídico.<sup>50</sup>

No interesa en esta actitud, dilucidar si la jurisprudencia sule o no la función legislativa, ello está fuera de discusión; lo que se afirma es que la jurisprudencia es fuente primera, y la ley, fuente sobreañadida. El juez inglés, por ejemplo, no se problematiza sobre si su decisión forja Derecho, o si declara un Derecho ya forjado, sabe que su resolución, como toda resolución de los Tribunales, es el lugar común al que acudir para saber en cada momento lo que es jurídico o no.<sup>51</sup>

Pero este sistema no se encuentra encerrado en sí mismo y atado por sus propios presupuestos. Los precedentes jurisprudenciales no obligan en contra de la justicia.<sup>52</sup> Para un juez continental es mucho más difícil resolver *contra legem* que para un juez angloamericano, resolver en contra del *leading-case*. En ese sentido este último es más libre para buscar la solución apropiada mientras que el primero es más hábil en buscar argumentaciones adecuadas a una interpretación deformante.

Aun el juez proviene de una tradición exegética, reivindica un espacio creativo. Se resiste al mecanicismo de aplicar irracionalmente la ley, y siempre otorga un algo personal al interpretarla. Aun cuando tenga fijados sus límites, ellos no constituyen una camisa de fuerza, le indican una dirección de conducta

---

<sup>50</sup> TORRES LACROZE, F., *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 1967, t. VIII, fasc. 2, p. 128: "El derecho jurisprudencial presenta notables ventajas: permite dar a los ciudadanos una justicia más rápida y eficaz, de mayor seguridad, no dependiendo de la ley, que muchas veces responde al capricho de los legisladores (cuando sirve de instrumento de opresión y no de bien común). En donde el Poder Judicial es independiente, las libertades y garantías humanas están aseguradas; por ello se ha considerado el sistema anglosajón como un gobierno de los jueces".

<sup>51</sup> RABASSA, OSCAR, *El Derecho angloamericano*, México, F. C. E., 1944, t. III, fasc. 11, p. 568: "Debido a la circunstancia acabada de indicar, todavía es motivo de discusión teórica entre los juristas anglosajones si la fijación de las normas jurídicas por los precedentes o sentencias de los jueces es "hacer" ley o simplemente "declarar" y "aplicar" el derecho ya existente. Mas, cualquiera que sea la solución científica del problema, lo cierto es que en Inglaterra y los Estados Unidos, y en todos los demás países donde priva el derecho inglés, los precedentes judiciales están considerados como textos probatorios de lo que "es" y "debe" ser el derecho, y que abogados, jurisconsultos y jueces toman y seguirán tomando los precedentes como manifestación externa de la ley".

<sup>52</sup> Ob. cit., México, F. C. E., 1944, t. III, fasc. 11, pp. 574/5: "En consecuencia, con este criterio declarado, y a pesar de la fuerza que en estos países tienen los precedentes judiciales, los tribunales ingleses y norteamericanos dejan de aplicar la jurisprudencia sentada cuando, conforme a su criterio, seguirla implicaría sostener una situación de palpable injusticia".

judicial, pero no le imponen una resolución por anticipado.<sup>53</sup> Aun en este pequeño marco se revela como un auténtico creador del Derecho.<sup>54</sup>

## 6. BALANCE CRÍTICO

Hemos recorrido tres aproximaciones a la jurisprudencia como fuente de Derecho, y nos hemos distanciado en todo caso de dos extremos igualmente viciosos: por un lado la escuela de la exégesis rigurosa que convierte al juez en una máquina o fiel ejecutor según la conocida alegoría que lo pinta como la boca que pronuncia la palabra de la ley. Por otro lado, de la escuela del Derecho libre, que convierte al juez en un dictador, suplanta al gobernante por el juez con el agravante de que el gobernante suele ser único, mientras que los jueces son múltiples.

Pero para encontrar el medio virtuoso, hemos de elegir entre estas tres concepciones de su actividad jurisprudencial. Mas no es el caso de realizar una elección por el azar, o por la inclinación de cada uno; puede ocurrir que en las tres maneras de ver la cosa, haya algo en común, algo que rescatar como positivo y verdaderamente logrado en la investigación teórica del problema. Pensamos que ello existe, y es un común denominador tanto en la jurisprudencia interpretativa como en la amplificante y aun en la creativa.

Ese común denominador es la justicia como término de una actividad judicial a la que se puede arribar por el camino de una sana hermenéutica legal, como por la vía de la suplencia al ordenamiento positivo; como finalmente, a través de una labor auténticamente creadora de Derecho. De lo que hemos de desconfiar siempre, según lo enseña el profesor Reale,<sup>55</sup> es de los extremos tanto

---

<sup>53</sup> LEGAZ LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1961, t. V, fasc. 2, p. 537: "La sentencia judicial como norma individual no es sólo una operación lógica de individualización, sino un acto de creación que implica —dentro de ciertos límites— un «punto de vista sobre la justicia», una propia valoración, pues si bien bajo cierto aspecto, la relación entre la norma general y la norma individual es la de género a especie, la relación puramente lógica, la norma individual, implica por otra parte la determinación de «cual» especie es precisamente la que ha de elegirse, pues ese margen de libertad lo deja siempre la norma general, y ese acto de elección no es ya una operación lógica, sino un acto creador. En este sentido, el juez, que no crea normas jurídicas, de carácter general, ni puede hacerlo en tanto que actúa como juez, es, sin embargo, un auténtico creador del Derecho, un colaborador más —como el legislador o el administrador— en el proceso dinámico de creación del orden jurídico".

<sup>54</sup> LEGAZ LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1961, t. V, fasc. 2, p. 538: "La sentencia es fuente de Derecho (en cuanto crea una norma individual) por su misma esencia; el juez así como no puede dejar de juzgar, porque atentaría contra la estructura del orden jurídico, no puede dejar de crear Derecho al juzgar, porque toda aplicación normativa es una creación".

<sup>55</sup> REALE, MIGUEL, *Introducción al Derecho*, Madrid, Pirámide, S. A., 1976, t. XIII, fasc. 3, pp. 129/30: "Al contrario de lo que pueda parecer a primera vista, las divergencias que surgen entre sentencias relativas a las mismas cuestiones de hecho y de derecho, no sólo no revelan fragilidad en la jurisprudencia, sino que demuestran que el acto de juzgar

teóricos como personales. En esto último, es tan perjudicial el juez que procura "novedades" con envidia del legislador, como el juez que repite sus mismas palabras, con obsecuencia al gobernante.

La jurisprudencia, como actividad judicial, como fuente de Derecho, es una función delicada que requiere condiciones de ciencia y de conciencia, de saber y de entereza. Encontrar un medio justo para cada caso particular, no es cosa de principiantes, diría con eterna sabiduría el preceptor de Alejandro. Por eso la jurisprudencia está tan cerca del Derecho, porque está próxima a la Justicia.

BELISARIO ORTIZ Y BUSTOS  
*Universidad Nacional de Córdoba*

---

no se reduce a una actitud pasiva ante los textos legales, sino que implica un notable margen de poder creador. Las divergencias más graves que pueden darse en el ejercicio de la jurisdicción encuentran en ésta procedimientos capaces de atenuarlas cuando no de eliminarlas, sin que por ello quede comprometida la fuerza creadora que hay que reconocer, en los magistrados, en su tarea de interpretar las normas, coordinarlas y llenar las lagunas del ordenamiento jurídico. Hay que evitar los extremismos, pues si es dañoso el juez que anda buscando innovaciones, seducido por las «últimas verdades», también lo es el que convierte en autómeta al servicio de un fichero de decisiones de los tribunales superiores".

## LA APLICACION DEL DERECHO PENAL MILITAR EN EL VIRREINATO DEL RIO DE LA PLATA

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES HISPÁNICOS. — 2. LAS ORDENANZAS DE 1768. — 3. LOS ORDENANCISTAS. — 4. JUICIOS CRÍTICOS EMITIDOS CON RESPECTO A LAS ORDENANZAS MILITARES DE CARLOS III. — 5. LOS TRIBUNALES MILITARES: SUS CLASES. — 6. CUERPOS QUE TENÍAN FUERO E INSTANCIAS ESPECIALES. — 7. REFORMAS INTRODUCIDAS POR EL REGLAMENTO DE MILICIAS DE 1801 PARA EL JUZGAMIENTO DE DELITOS COMUNES COMETIDOS POR MILITARES. — 8. LOS AUDITORES DE GUERRA. — 9. LA "EQUIDAD" COMO PRINCIPIO RECTOR EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL MILITAR EN EL ÁMBITO RIOPLATENSE. — 10. LA FINALIDAD DE LA PENA MILITAR. — 11. LA APLICACIÓN DEL TORMENTO EN LA JURISDICCIÓN MILITAR. — 12. PENAS DE MUERTE Y DEGRADACIÓN. — 13. PENAS AFLICTIVAS. LAS CARRERAS DE BAQUETAS. — 14. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. — 15. PENA DE APLICACIÓN A LAS ARMAS. — 16. LA DESTITUCIÓN. LA "DEPOSICIÓN DE LA JINETA". — 17. EL ACTO HEROICO EN EL DERECHO PENAL MILITAR. — 18. CONCLUSIÓN.

1. Las primeras ordenanzas que se conocieron en los ejércitos españoles de los siglos XV y XVI fueron en verdad reglamentos de tipo administrativos, tales como los que se dieron en 1493 y 1503 para las Guardias Viejas de Castilla, en tanto que los artículos de carácter penal acostumbábase publicarlos en extensos bandos, como se hizo en 1580 para la invasión de Portugal.

Fue en 1568 que el Maestre de Campo Sancho de Londoño escribió el "Discurso sobre la forma de reducir la disciplina militar, a mejor estado" por orden de Fernando Alvarez de Toledo, Duque de Alba, en tiempos en que éste tomó el mando del ejército que desde Italia marchó a los Países Bajos. Esta obra, que fue impresa en Bruselas en 1587,<sup>1</sup> reunía unos setenta artículos de carácter penal, viniendo a suplir la falta de un código que regulara la disciplina de aquellos soldados de los tercios que habían llenado de admiración a los enemigos de España, tales como Pierre de Bourdeille señor de Brantôme, que los describiera maravillado "cabalgando como príncipes en su arrogante gracia", o como el barón coronel Gustav von der Ostau, que los recuerda con incontentada admiración al historiar la batalla de Nordlingen en la que los infantes españoles se batieron con denuedo.

En 1631 vio la luz en Nápoles otro libro que podríamos calificar como fundamental en la literatura castrense hispánica. Se trata del titulado *Después de Dios la primera obligación y glosa de órdenes militares*, obra debida a la pluma de Francisco Ventura de la Sala y Abarca, y que contó con el patrocinio del marqués de los Vélez, a la sazón Capitán General y Virrey del Reino de Nápoles durante el reinado de Carlos II, "el Hechizado".<sup>2</sup> Esta obra fue ampliamente difundida en su época, a juzgar por las múltiples reediciones de que fue objeto:

<sup>1</sup> ALMIRANTE, JOSÉ, *Bibliografía militar de España*, Madrid, 1878, 445-446.

<sup>2</sup> Idem, 772.

traducida al italiano, reimpressa en Viena en 1734, vertida al alemán en 1736 por Otto Griben zum Stein, y altamente celebrada en el comentario de Blas Torrejón Velasco y la Sala<sup>3</sup> por contener textos tan fundamentales como la ordenanza e instrucción de auditores de Alejandro Farnesio, de 1587, la instrucción sobre prebostes y barricheles —complementaria de la anterior— y las ordenanzas de 1632.

Sin embargo, a pesar de la tan meritoria producción antes señalada, la legislación militar, por lo copiosa, permanecía casi desconocida en su mayor parte, hasta que en 1764 apareció una voluminosa recopilación elaborada por Antonio Portugués, Oficial Mayor de la Secretaría del Despacho de la Guerra y posteriormente Secretario del Consejo Supremo de la Guerra, que contenía toda la legislación dictada hasta el año de 1758.<sup>4</sup>

En 1768, durante el reinado del ilustrado Carlos III, aparecieron las ordenanzas militares que podríamos llamar definitivas y que son el blasón de una época que vio reverdecer los laureles de la gloria de las armas de España, si quiera por última vez.<sup>5</sup>

2. En un sentido histórico, la ordenanza era la expresión de la voluntad real en materia normativa, adoptada por decisión propia, sin la intervención de otro órgano y con el mismo valor objetivo de generalidad que la ley y la costumbre. Y en sentido técnico jurídico, la ordenanza era la expresión de la voluntad real como categoría típica diferencial entre la ley y el querer popular no tiránico condensado en la costumbre.<sup>6</sup>

Sobre el carácter de las ordenanzas ha escrito Matraya y Ricci que “esta especie de leyes reales se diferencian de las comunes porque no obligan a toda la colectividad de los vasallos, sino solamente a cierta parte de ella y por esto son llamadas con el nombre específico de «ordenanzas» porque por ella se dan las respectivas órdenes. Pero son, sin embargo, unas verdaderas leyes reales, porque por ellas manda el legislador a algunos cuerpos, clases o gremios de vasallos, que hagan u omitan algunas cosas bajo las penas por ellas establecidas. En esta virtud, aunque en la clase de vasallos se comprenden los militares, éstos han de ser juzgados, no sólo sobre la observancia de las leyes comunes, mas también por la de su Ordenanza Militar”.<sup>7</sup>

Yendo a las ordenanzas de 1768, que son las que particularmente nos interesan, su historia externa, diremos, comenzó en 1749 con el primitivo proyecto

---

<sup>3</sup> *Ibidem*, 846.

<sup>4</sup> PORTUGUÉS ANTONIO, *Colección general de las ordenanzas militares, sus innovaciones y aditamentos... desde el año 1705 hasta el de 1758*, Madrid, 1764, Biblioteca Nacional, No 11.674, 10 vols.

<sup>5</sup> MARÍN, ANTONIO, *Ordenanzas de S. M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos*, Madrid, 1768.

<sup>6</sup> El carácter señalado tenían también las ordenanzas en el derecho francés. Cit.: MARION, *Dictionnaire des institutions de la France aux XVII et XVIII siècles*, París, Picard Editeur, 1923, 409.

<sup>7</sup> MATRAYA Y RICCI, JUAN JOSEPH, *El moralista filatélico americano*, Bernardino Ruiz, Lima, 1819, t, 22.

que fue informado por los capitanes generales marqués de Mina y Sebastián de Eslava, del que se dispuso su publicación parcial en 1762 y su observancia en abril del año siguiente, lo cual quedó en suspenso por no ser varios de sus preceptos del agrado del poderoso e influyente conde de Aranda, quien a su vez presidió una junta que debía encargarse de elaborar un nuevo texto, que fue el que apareció en 1768, siendo redactado por el secretario de la dicha junta, don Antonio Oliver.

Estas ordenanzas de 1768 fueron divididas o agrupadas desde el punto de vista de su metodología o distribución interna de materias, en ocho tratados cuyos respectivos contenidos eran los siguientes: tratado I, lo referente a la organización de las milicias; tratado II, lo relacionado a las obligaciones y jerarquías de cada clase del personal militar; tratado III, lo concerniente a tratamientos y honores; tratado IV, reglamentos tácticos para la infantería; tratado V, ejercicios de la caballería y dragones con indicaciones de sus formaciones y maniobras; tratado VI, dedicado a los servicios de guarnición; tratado VII, constituido por los reglamentos para los servicios de campaña y tratado VIII, todo lo relacionado con la justicia castrense.

3. Las ordenanzas de Carlos III tuvieron como más tarde el Código Napoleón la fortuna de ser comentadas por grandes expositores que recibieron el nombre de "ordenancistas". El más importante de ellos fue sin duda Félix Colón de Larriátegui y Ximénez de Embún, brigadier de los Reales Ejércitos y comendador de la Orden Militar de Santiago Apóstol, autor de la obra *Juzgados Militares de España y sus Indias*, integrada por cuatro gruesos volúmenes y un apéndice, la cual fue favorecida con los honores de tres ediciones aparecidas entre los años 1787 y 1817.<sup>8</sup> Esta obra gozó en los estrados castrenses de una autoridad similar a la que tuvieron los jurisconsultos romanos de la época clásica, citándose sus pareceres como punto decisorio en materias regidas por las ordenanzas militares.

El método expositivo y la maestría con que Colón de Larriátegui desarrolló los principales tópicos contenidos en las ordenanzas, hicieron que su obra fuera tomada como prototipo, a punto tal de hacer escuela, como lo demuestra la circunstancia de que se escribieran una serie de trabajos similares al suyo, pero actualizados, concordando los artículos de la ordenanza con la legislación posterior, apareciendo así un "Nuevo Colón" y hasta un "Novísimo", debidos a la pluma de Alejandro de Bacardí, en el siglo XIX.<sup>9</sup>

Si bien son varios los autores que merecerían un recuerdo, citaremos únicamente al que consideramos el más importante de todos. Nos referimos a Antonio Vallecillo, a quien Almirante —siempre inconformable y asaz acerbo en sus juicios críticos— dedica una docta anotación bibliográfica.<sup>10</sup> Vallecillo fue autor de una serie de obras relacionadas con la historia castrense<sup>11</sup> y de entre ellas des-

<sup>8</sup> ALMIRANTE, ob. cit., 177.

<sup>9</sup> Idem, 50.

<sup>10</sup> Ibídem, 869.

<sup>11</sup> *Legislación militar de España, antigua y moderna*, publicada con aprobación de S. M. y su texto declarado oficial, Madrid, 1853, 10 vols.; *Comentarios histórico-eruditos a las ordenanzas militares*, Madrid, 1864.

taca la recopilación aparecida en Madrid en 1850, que tiene un singular mérito. Puesto que con posterioridad a 1768, fecha de entrada en vigencia de las ordenanzas militares carolinas, siguieron dictándose de continuo nuevas disposiciones que complementaban o modificaban aquel cuerpo legal, Vallecillo ilustró cada artículo de la ordenanza con los preceptos posteriores que a ella se referían, suministrando así una interpretación aclaratoria y auténtica, complementada con los clásicos formularios, a fin de facilitar la aplicación de la ley penal militar.<sup>12</sup>

4. Como juicio crítico de las ordenanzas de Carlos III, puede reproducirse el siguiente, repitiendo a su vez el parecer de Almirante, precursor insigne de la bibliografía militar española, cuando expresa: "...nuestra ordenanza de 1768 con toda su desigualdad de lenguaje y su falta de método, encierra principios que hoy mismo llamamos liberales y filosóficos y que llevan medio siglo de delantera a los de la sociedad en general. No se enaltece la sangre ilustre como en 1632 (Ordenanza de Felipe IV) a pesar de seguir dominando con mayor fuerza las mismas ideas en el estado civil; el juicio de jurados, el Consejo de Guerra, no lo tiene ni quizás pueda tenerlo un siglo después la sociedad española; y por entre las durezas irremediabiles del oficio, brilla siempre como estrella de consuelo aquel derecho de llegar hasta el Rey con la representación de su agravio".<sup>13</sup>

No obstante la opinión transcripta, a dos siglos de distancia, el juicio que nos puede merecer el tratado VIII de las Ordenanzas, no puede serle favorable por cuanto hoy día se tiene otro criterio en cuanto a la penología, en lo que respecta al contenido de un código y en lo referente a la supresión de las llamadas "penas atroces". Con todo, la legislación penal militar de la época que nos ocupa, que es la época de la monarquía absoluta, corría por los carriles que en ese tiempo estaban en vigor por imperio de las disposiciones del derecho común, como lo pasamos a demostrar transcribiendo el parecer de una autorizada opinión: "Cierto es que la parte penal (de la Ordenanza) reducida a la enumeración de delitos y penas, adolece de oscuridad y de no pocas deficiencias, que en ella se equipara el delito con el pecado, que los preceptos punitivos se mezclaban con las normas procesales y que las penas eran despiadadas por su dureza y desproporción. Pero en los mismos defectos incurría la legislación ordinaria que no era ni más científica en su contenido ni menos cruel en sus sanciones. Así, las ordenanzas mandaban que al blasfemo se le atravesara la lengua con un hierro candente y la Novísima Recopilación añadía a esa pena la de cien azotes. La ley militar castigaba al crimen nefando con horca, disponiendo que se quemara después, el cadáver; la ley común suprimía la horca y quemaba vivo al reo. Las tan censuradas carreras de baquetas, que no tenían sus precedentes en la legislación romana, nada tenían que envidiar a los azotes de la ley ordinaria. Y aún resultan en esta comparación más suaves y benignas las Ordenanzas, si se tiene

---

<sup>12</sup> *Ordenanzas de S. M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos*, Madrid, 1850-1852, 3 vols.

<sup>13</sup> Cit. por TOLEDO SÁNCHEZ, PEDRO, *Derecho penal militar indiano y su jurisprudencia chilena*, en Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, *Memorias de Licenciados (Historia del Derecho)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1950, VI, 109.

en cuenta que las tropas de entonces se componían en buena parte de aventureros y hasta de delincuentes, pues también era un castigo el destino al Ejército y sólo medidas de sumo rigor podían mantener, en ellas, la disciplina".<sup>14</sup>

5. De acuerdo con lo dispuesto en las Ordenanzas de 1768 existían tres clases de consejos de guerra para juzgar las infracciones que cometieran los componentes de los ejércitos de tierra: a) el Consejo de Guerra Ordinario, reglado por el tít. 5º del trat. VIII, para juzgar a la tropa y las clases; b) el Consejo de Guerra de oficiales Generales, que era competente para juzgar a la oficialidad en los casos de comisión de delitos pura o específicamente militares, de acuerdo con los principios contenidos en los tít. 6º y 7º del trat. VIII; c) los delitos comunes cometidos por militares, ya fuesen de tropa, clases y oficiales, eran enjuiciados por los capitanes generales de provincias, con actuación de los auditores de guerra, que se desempeñaban como jueces militares, pero bajo la actuación del respectivo capitán general.

Quedaban excluidos de los predichos tribunales los milicianos pertenecientes a los cuerpos privilegiados, como lo indicaba el tít. 4º del trat. VIII. Entonces, si el militar implicado como autor de una infracción pertenecía a un cuerpo que detentaba fuero jurisdiccional privilegiado, de acuerdo con la Real Orden de 16 de junio de 1783, entendía en el proceso un Consejo de Guerra Especial.<sup>15</sup> Los consejos de guerra ordinarios debían integrarse por número impar de miembros, no menor de siete ni mayor de quince. Sin embargo, en la realidad, los consejos sesionaban por lo general con el mínimo de miembros prescriptos en la ordenanza y muchas veces ni siquiera era posible completar ese número, por lo cual el sumario era remitido a la Capitanía General para su resolución. Así lo expresa inequívocamente un dictamen del auditor Juan Almagro y de la Torre, del año 1786, cuando expresa: "...y por lo respectivo a la duda que propone dicho Gobernador Intendente (se refiere al teniente coronel de Infantería, marqués Rafael de Sobremonte) se le contestará previniéndole que siempre que no pueda verificarse la formación del Consejo de Guerra Ordinario para la resolución de esta clase de procesos, o bien por no haber el debido número de oficiales que le compongan, o por cualquier otro motivo justo, deberá remitir a esta Capitanía General las sumarias y procesos que ocurran, formalizados con arreglo a ordenanza, puesta la conclusión fiscal y agregadas las defensas de los reos para su determinación en justicia".<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> ALARCÓN ROLDÁN, FERNANDO, *Código de Justicia Militar vigente, anotado, concordado con jurisprudencia, legislación y formularios*, Madrid, Reus, 1940, 6-7.

<sup>15</sup> PÉREZ Y LÓPEZ, JAVIER, *Teatro de legislación universal de España e Indias por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas y alfabético de sus títulos y principales materias*, Madrid, Imprenta de Ortega y herederos de Ibarra, 1792, VI, 59. Para el tema en general véase TANZI, HÉCTOR JOSÉ, *La justicia militar en el derecho indiano* (con especial referencia al Río de la Plata), en *Anuario de Estudios Americanos*, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, Sevilla, 1969, vol. XXVI, pp. 175-277.

<sup>16</sup> Sumario formado contra Pablo José del Pino, soldado de la séptima compañía del segundo batallón del Regimiento Fijo de Infantería de Buenos Aires por lesiones dentro del cuartel al soldado Domingo Díaz, del Regimiento Fijo de Infantería de Saboya, 1786. Archivo General de la Nación, División Colonia, Sección Gobierno, Sumarios Militares, legajo letras "N-O-P", expte. 12 (9.12.7.5). Véase también Sumario formado contra Juan

La instancia superior al Virrey Capitán General, pero inferior al Rey era el Supremo Consejo de Guerra residente en Madrid,<sup>17</sup> cuya última planta le fue dada en 1773<sup>18</sup> y según la cual estaba integrado por el Ministro de Guerra, el capitán más antiguo de las Reales Guardias de Corps, los inspectores generales de Infantería, Caballería y Dragones, los comandantes generales de los Reales Cuerpos de Artillería e Ingenieros, los inspectores generales de la Real Armada y de Milicias; dos generales de ejército y dos de la Real Armada, un intendente de Ejército y otro de la Real Armada, un fiscal militar con grado de oficial general —especialmente instruido en las ordenanzas— cuatro ministros togados y un fiscal —todos letrados— y el secretario del Consejo, quien como requisito imprescindible debía haber servido en tropas.

En 1776 se prohibió la remisión de los procesos en consulta al Supremo Consejo de Guerra,<sup>19</sup> a los virreyes y capitanes generales les fueron concedidas las atribuciones de aquel alto tribunal para reformar las sentencias que contenían notoria injusticia, siempre que no fueran pronunciadas contra oficiales, atendiendo a un criterio de economía procesal, dando así una mayor celeridad al proceso,<sup>20</sup> evitándose las demoras ocasionadas por las distancias existentes con la metrópoli.<sup>21</sup> Aun así hubo recursos, pero ellos, en todo caso, fueron excepcionales.<sup>22</sup> Estas atribuciones que hemos señalado, están expresadas en otro

---

Bordoy, soldado de la cuarta compañía del segundo batallón del Regimiento de Infantería de Extremadura por haber herido al soldado Juan Martín, de cuyas resultas falleció, 1787. Archivo General de la Nación, División Colonia, Sección Gobierno, Sumarios Militares, legajo letra "B", expte. 2 (9.12.6.8). Sumario formado contra Juan de la Cruz Córdoba, soldado blandengue del Salto por desertor reincidente y hurto. Archivo General de la Nación, División Colonia, Sección Gobierno, Sumarios Militares, legajo letra "C", expte. 9 (9.12.6.9).

<sup>17</sup> Cit. OYA y OZORES, FRANCISCO, *Promptuario del Consejo de Guerra y jurisdicción militar en que se refiere el instituto, gobierno y facultades de este supremo tribunal*, Madrid, 1728 (reimpreso en 1740).

<sup>18</sup> Real Orden de 4 de noviembre de 1773 en Vallecillo, ob. cit., III, 11.

<sup>19</sup> Real Orden de 22 de octubre de 1776 en Vallecillo, ob. cit., III, 233.

<sup>20</sup> Esta idea está expresada en el alegato de defensa redactado por el teniente Basilio de Irigoyen, del Fijo de Infantería de Buenos Aires, en una causa en la que fue designado defensor y en el que expresa: "sutilezas del derecho común son las que desprecian nuestros procesos militares, abreviando al mismo tiempo los dictados del Derecho Natural...". Archivo General de la Nación, División Colonia, Sección Gobierno, Sumarios Militares, legajo letra "M" (9.12.7.4).

<sup>21</sup> Cit. Sumario formado contra Antonio Suárez, soldado del Regimiento de Dragones de Buenos Aires por robo, 1784. Archivo General de la Nación, División Colonia, Sección Gobierno. Sumarios Militares, legajo letra "S", expte. 8 (9.12.7.7). Sumario formado contra Manuel Gómez, soldado de la cuarta compañía del cuerpo de Blandengues de Montevideo por haber hecho armas contra el Comandante Felipe Cardozo. Archivo General de la Nación, División Colonia, Sección Gobierno. Sumarios militares, legajo letra "G", expte. 4, 1805 (9.12.7.1).

<sup>22</sup> Caso del soldado del cuerpo de Blandengues de Montevideo, Pascual Balladares, que fue condenado a muerte por insubordinación. Archivo General de la Nación, División Colonia, Sección Gobierno, Guerra y Marina, 1801, legajo 31, expte. 2 (9.24.3.7.). El virrey del Pino conmutó la pena de muerte por la de 10 años de presidio en las islas Malvinas, lo cual fue confirmado por Real Orden de 12 de noviembre de 1804. Archivo General de la Nación, División Colonia, Sección Gobierno, Auditoría Militar de Buenos Aires. 1783-1799, RR.OO. y RR.CC., libro II, fol. 168 (9.15.2.3).

dictamen del auditor Almagro del año 1805: "...no sólo es propio de las elevadas facultades de V. E. —dice, dirigiéndose al Virrey— suspender la ejecución de las sentencias del Consejo Ordinario de Guerra, sino revocarla y reformarla, usando de las facultades del Supremo Consejo de Guerra que como Virrey y Capitán General le competen en estos Dominios aún respecto de las sentencias de los Cuerpos privilegiados como el de Artillería, sobre lo cual no puede trepidarse, pues así se ha practicado en varias causas..."<sup>23</sup>.

En las cuestiones de competencia suscitadas entre la justicia militar y la ordinaria, generalmente en razón del fuero de los implicados, bastaba por lo común la requisitoria del juez militar para que el ordinario declinara su jurisdicción, y cuando no ocurría así, era el capitán general quien dirimía la contienda.<sup>24</sup>

No podríamos olvidar señalar que, con las reglamentaciones del caso, que eran muy escrupulosas, se respetaron los privilegios de inmunidad provenientes del derecho de asilo eclesiástico o "refugio en sagrado".<sup>25</sup>

6. Entre los cuerpos que tenían fuero y jurisdicciones especiales y privativas son de señalar los siguientes: las Guardias de la Casa Real, cuyo juzgamiento pertenecía a los capitanes de las respectivas compañías, con apelación ante el Tribunal del Bureo<sup>26</sup> que estaba constituido por la Junta de Mayordomos de la Casa Real.<sup>27</sup> Igual régimen que la Guardia Real tenía el Real Cuerpo de Alabarderos. Las compañías de las Reales Guardias de Corps<sup>28</sup> gozaban también del fuero de guerra privativo, con inhibición de las demás justicias, correspondiendo el juzgamiento de sus causas, tanto civiles como criminales a

---

<sup>23</sup> Sumario formado contra Roque Gómez de la Fuente, cadete de la cuarta compañía del cuerpo de Blandengues de Montevideo por haber herido a José Miguel Guevara, soldado de la octava compañía del mismo cuerpo y de cuyas resultas falleció. Archivo General de la Nación, División Colonia, Sección Gobierno. Sumarios Militares, legajo letra "G", expte. 1 (9.12.7.1).

<sup>24</sup> Sumario formado contra el soldado blandengue Silvestre Coronel por desertor y cuatrero, 1789. Archivo General de la Nación, División Colonia, Sección Gobierno, Sumarios Militares, legajo letra "C", expte. 4 (9.12.6.9).

<sup>25</sup> Sumario formado contra José Badía, artillero de la compañía de Sebastián Pizarro por heridas seguidas de muerte a Félix Gori o Salat, soldado de la octava compañía del primer batallón del Regimiento Fijo de Infantería de Buenos Aires, 1781. Archivo General de la Nación, División Colonia, Sección Gobierno, Sumarios Militares, legajo letra "B", expte. 5 (9.12.6.8). Véase también Toledo Sánchez, ob. cit., 130-131.

<sup>26</sup> *Novísima Recopilación*, lib. III, trat. 11, leyes 1 y 2. Véase: CLONARD, CONDE DE (Teniente General Serafín María de Sotto), *Memoria para la historia de las tropas de la casa Real de España*... escritas por un oficial de la antigua Guardia Real, Madrid, Imprenta Real, 1828.

<sup>27</sup> SÁNCHEZ SANTIAGO, ANTONIO, *Idea elemental de los tribunales de la corte en su actual estado y última planta*... , Madrid, Andrés de Sotos, 1787, 49 y ss.

<sup>28</sup> Cit. MENESSES y TOLEDO, DIEGO MANUEL DE, *Lucero de origen, honores, privilegios y exenciones de las Reales Guardias de Corps y su principal obligación*. Madrid, 1738 (reimpreso en 1793).

los capitanes de las compañías, con la intervención del asesor en los términos indicados en la Real Cédula de 17 de diciembre de 1705, que es la ley 4, tít. 11, lib. III de la Novísima Recopilación.

Los regimientos de las Reales Guardias Españolas<sup>29</sup> y Walonas, tenían como juez particular a su respectivo coronel, con intervención del asesor, que lo era un consejero de Castilla, si nos atenemos a lo dispuesto en las leyes 10 y 11, título 11, lib. III de la Novísima.

Estos cuerpos de la Casa Real fueron variando con el transcurso del tiempo. En la época de los Reyes Católicos existía la Guardia Suiza. En 1504 se creó el Real Cuerpo de Alabarderos para dar guardia en la ante-cámara de los reyes y custodias a los príncipes e infantes, continuando así a los celebérrimos "Monteros de Espinosa". Felipe "el Hermoso" introdujo una Guardia de Caballería denominada "Archeros de Borgoña" o "Archeros de la Cuchilla". En época de Carlos I se crearon los cuerpos llamados de "Estradiotes" y el conocido como "Cien continuos". Su hijo Felipe II contó con las Guardias Españolas "Vieja" y "Nueva" y la Alemana, también llamada "Tudesca" o "Blanca". En los días de Felipe IV se creó el Cuerpo de "Guzmanos" (núcleo del actual regimiento "Inmemorial del Rey Nº 1"). Carlos II, por su parte, creó la "Guardia Chamberga". Felipe V incorporó los "Mosqueteros de la Guardia", los cuales al crearse las Reales Guardias de Corps fueron a engrosar la compañía flamenca de las mismas. Con Fernando VI se incorporó una Brigada de Carabineros Reales y entre modificaciones y reestructuraciones, la última innovación fue en tiempos del inepto y desgraciado Carlos IV.

También los artilleros tuvieron fuero y juzgado privativo, desde la época de Carlos I (5-IV-1551), de modo que en la investigación y punición de los delitos cometidos por los mismos entendía el preboste del cuerpo y se trataban ante el capitán general del arma.<sup>30</sup> Continuando esa tradición, en el Río de la Plata, el Real Cuerpo de Artillería gozó de fuero privilegiado, concediéndosele en lo tocante a consejos de guerra el mismo privilegio que gozaban las Reales Guardias Españolas y Walonas por entenderse que pertenecía también a la Casa Real, lo cual no parece haber sucedido en cambio en la Capitanía General de Chile, pese a considerársele allí a dicho cuerpo en el mismo carácter que aquí.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> SOTO Y AGUILAR, DIEGO DE, *Tratado sobre las Guardias Españolas. Amarilla, Vieja y de a caballo, desde Fernando el Católico hasta Felipe IV* (manuscrito en la Biblioteca Nacional de Madrid).

<sup>30</sup> VICÓN, JORGE, *Historia de la artillería española*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Jerónimo de Zurita, 1949, I, 200.

<sup>31</sup> Sumario formado contra José Badía cit. *supra* nota <sup>25</sup>. También véase Real Orden de 18 de setiembre de 1765 en Vallecillo (ob. cit., III, 328), Real Orden de 31 de octubre de 1773 en loc. cit. III, 329, Real Orden de 2 de diciembre de 1801 en Archivo General de la Nación, División Colonia, Sección Gobierno, Auditoría Militar de Buenos Aires, 1783-1789, RR. OO. y RR. CC., lib. II, fol. 7 (9.15.1.3.). Reglamento del Real Cuerpo de Artillería recibido por el Cabildo de Buenos Aires en 1803, en Archivo General de la Nación, División Colonia, Sección Gobierno, Correspondencia con el Virrey, 1797-1810, documento 347 (9.19.7.8.). Reglamentos 1º y 2º del Real Cuerpo de Artillería para los dominios de Indias y Canarias, Imprenta Real, Madrid, 1808. Para Chile, véase Toledo Sánchez, ob. cit., 108 nota 8 y 114.

7. Para el Virreinato del Río de la Plata se dieron en el Reglamento de Milicias de 1801,<sup>32</sup> ya aprobado por Real Orden de 4 de septiembre de 1800<sup>33</sup> una serie de normas que subrogaron lo dispuesto en las ordenanzas generales de 1768 en cuanto al juzgamiento de los delitos comunes cometidos por los milicianos de tierra que quedaban bajo la competencia del respectivo capitán general de provincia. Como principio general, en el reglamento mencionado, se estableció que tanto jefes y oficiales como clases y tropa, gozarían de fuero militar en asuntos civiles y militares, debiendo declinar su competencia la jurisdicción ordinaria o cualquier otro juez o tribunal a favor de los gobernadores militares, en cada una de sus jurisdicciones y con respecto a las milicias destacadas en su territorio.<sup>34</sup> En los lugares en que no hubiese gobernador, conocía en esa clase de asuntos el oficial de mayor graduación.<sup>35</sup> En las apelaciones entendía el Virrey Capitán General.

Entre las reglas procesales son de recordar las siguientes: las causas criminales a incoarse contra milicianos podían iniciarse de oficio o por querrela, como estaba estatuido en el capítulo X ("Del modo de actuar en las causas de los individuos de estos Cuerpos") y especialmente en los arts. 3º y 9º. Como parte acusadora actuaba el Procurador Fiscal. La sentencia se dictaba por los funcionarios expresados, con el dictamen del respectivo asesor.<sup>36</sup> Los gobernadores y oficiales de mayor graduación que actuaban como jueces militares se desempeñaban con el auxilio de un asesor, el cual era recusable y reemplazable en la forma indicada en el art. 6º del capítulo IX. Actuando los predichos gobernadores militares y oficiales de mayor graduación como jueces de primera instancia y en causas criminales, procedía la apelación para ante el Virrey y Capitán General de Provincia "quien determinará con acuerdo del asesor auditor general de guerra confirmando o revocando las sentencias".<sup>37</sup>

Tanto en las causas iniciadas de oficio o a petición de parte, si la sentencia del Virrey Capitán General revocaba la dictada en primera instancia, procedía el recurso de revista ante el mismo funcionario, el cual se substanciaba con intervención del auditor de guerra, asociado a un abogado. En el caso de no concordar éstos en un voto uniforme, el Virrey debía nombrar otro letrado "y oyendo a los tres resolverá aquello que le parezca más de razón y justicia" antes de quedar ejecutoriada la sentencia.<sup>38</sup> Tratándose de sentencias definitivas pronunciadas por los jueces de primera instancia, mediante las cuales se imponía pena de muerte, destierro, azotes, mutilación de miembros u otra igual-

---

<sup>32</sup> *Reglamento para las Milicias disciplinadas de infantería y caballería del Virreinato de Buenos Aires*, aprobado por S. M. y mandado observar inviolablemente, Madrid, Imprenta Real, 1801 (Biblioteca Nacional, N° 30.804). Reimpreso en Buenos Aires, Real Imprenta de Niños Expósitos, 1802 (Biblioteca Nacional, N° 11.576, 34.309 y 36.467).

<sup>33</sup> BEVERINA, JUAN, *El Virreinato de las Provincias del Río de la Plata. Su organización Militar*, Buenos Aires, Biblioteca del Oficial, Círculo Militar, vols. CIV-CV, 1935, 479.

<sup>34</sup> *Reglamento...*, cit., cap. IX, art. 1º.

<sup>35</sup> *Idem*, cap. IX, art. 3º.

<sup>36</sup> *Ibidem*, cap. X, art. 5º.

<sup>37</sup> *Ibidem*, cap. X, art. 7º.

<sup>38</sup> *Ibidem*, cap. X, art. 12º.

mente grave, aunque no fuese apelada, no podía ejecutarse sin autorización del Virrey Capitán General.<sup>39</sup>

El Virrey Capitán General del Río de la Plata tenía también competencia originaria o de primera instancia en causas civiles y criminales, en cuyo caso la respectiva sentencia era apelable mediante el recurso de súplica, en grado de revista ante la misma autoridad. En el caso de que las partes actuantes estuviesen disconformes de la providencia que se dictase, procedía como última instancia la apelación ante el Supremo Consejo de Guerra. Si la causa era de naturaleza civil, la sentencia dictada por el Virrey, luego de substanciada la apelación en revista, era ejecutoriada. Todas las sentencias dictadas en el carácter de primera instancia, lo eran con efecto devolutivo y no suspensivo.<sup>40</sup>

Cuando la sentencia pronunciada por el Virrey imponía pena de muerte o mutilación, procedía la apelación en ambos efectos —suspensivo y devolutivo— ante el Supremo Consejo de Guerra.<sup>41</sup>

Debe recordarse que, tratándose de delitos puramente militares, el Reglamento de Milicias de 1801<sup>42</sup> era inaplicable, pues entonces se procedía de acuerdo a lo establecido en el tít. 4º del trat. VIII de las Ordenanzas.

8. Bajo el régimen de la Ordenanza de 1768 el auditor de guerra se desempeñaba como juez letrado en primera instancia, actuando bajo la dependencia del Capitán General o Comandante en Jefe con funciones de tal, de las tropas destacadas en determinado lugar.<sup>43</sup> Aprobado o reformado el fallo del auditor por uno de los jefes preindicados, sólo procedía la apelación ante el Supremo Consejo de Guerra. El tribunal de la auditoría, que era unipersonal, carecía de competencia propia para actuar en virtud de la delegación de funciones que hacía el Capitán General, desempeñándose de acuerdo a la iniciativa y a los bandos que dictara el mismo Capitán General, que tenían fuerza de ley. Cuando el ejército se hallaba dividido en cuerpos, actuando separadamente en lugares distintos, el auditor de guerra de acuerdo con el Capitán General designaba al funcionario que administraría la justicia castrense, bajo su supervisión y éste a su vez sometido a la vigilancia en el proceso por parte del Capitán General, de acuerdo con lo establecido por la Ordenanza de 1587.

Como la jurisdicción castrense residía en el capitán general o comandante de operaciones, la iniciativa para la formación o iniciación del sumario a incoarse, dependía de su jefe, iniciándose así la tendencia moderna según la cual la

---

<sup>39</sup> *Ibidem*, cap. X, art. 8º.

<sup>40</sup> *Ibidem*, cap. X, art. 7º.

<sup>41</sup> *Ibidem*, cap. X, art. 12º.

<sup>42</sup> *Ibidem*, art. cit.

<sup>43</sup> CORUMBI, LUIS, *Propugnáculo en defensa de la Real Jurisdicción del auditor general de Guerra de nuestros reinos fronteros de Castilla y León. D... que reverentemente dirige a Vuestra Magestad en su Supremo Consejo de Guerra por mano del marqués de Ustáriz, vuestro Secretario de Estado y Guerra y del citado Consejo*, Madrid, 1744.

justicia militar, se ha dicho, es una función de mando y la jurisdicción de sus tribunales es dependiente o delegada. Como consecuencia de ello, el encabezamiento del proceso se debía hacer a nombre del jefe militar de quien el auditor dependía. La marcha del proceso era de competencia de éste último, pero las sentencias interlocutorias y definitivas estaban redactadas a nombre del capitán general o comandante, o jefes de tropa cuyas firmas eran esenciales para la validez de las providencias. Estando la tramitación del proceso a cargo del auditor éste era responsable de lo proveído, a menos que el correspondiente jefe militar se separase de lo proyectado por el auditor, en cuyo caso éste quedaba exonerado de responsabilidad. En los casos en que dichos jefes consideraban que debían separarse del dictamen de su auditor, debían remitir los autos, con expresión de los fundamentos de su disidencia, al Supremo Consejo de Guerra, quien por vía de consulta resolvía el artículo en forma definitiva.

De la sentencia formulada en la forma indicada, procedía la apelación, no estando el ejército en operaciones de guerra, para ante el indicado Supremo Consejo de Guerra; lo indicaba el art. 3º, tít. IV, trat. VIII de las Ordenanzas.<sup>44</sup>

Los auditores de guerra gozaban de las mismas prerrogativas que las Audiencias y Chancillerías, no reconociendo otro superior que el Supremo Consejo de Guerra y de acuerdo con la circular a los capitanes generales del 25 de septiembre de 1765, gozaban de fuero militar.<sup>45</sup>

En el Río de la Plata, por Real Cédula del 30 de noviembre de 1738, fue nombrado teniente gobernador y auditor de guerra el Licenciado Florencio Antonio Moreiras.<sup>46</sup> También por Real Cédula, de 30 de abril de 1761 la Auditoría de Guerra le fue concedida en propiedad al Dr. Manuel José de Lavardén, quien reemplazó a Moreiras, que se desempeñaba como oidor de la Real Audiencia de Charcas.<sup>47</sup>

Posteriormente, la Auditoría fue ocupada por el doctor Miguel Sánchez Moscoso, quien en 1786, al ser promovido a la Real Audiencia de Lima, fue reemplazado por el doctor Juan Almagro y de la Torre.<sup>48</sup> Almagro y de la Torre fue asesor del Virrey y en 1793 solicitó para su persona los honores y

---

<sup>44</sup> Cit. arts. 1º a 10, tít. 8º, trat. VIII de las ordenanzas. También la importante Real Orden de 29 de enero de 1804, interpretativa del art. 1º del tít. y trat. de las ordenanzas, que constituye la nota 9 al tít. 4º, lib. VI de la Novis. Recop., en *Los códigos españoles concordados y anotados*, Madrid, 1850, VIII, 155; PÉREZ Y LÓPEZ, ob. cit., IV, 525-527; AGUIRRE, SEVERO, *Continuación y suplemento al prontuario alfabético y cronológico por orden de materias*, Madrid, Benito Cano, 1794, IV, 4.

<sup>45</sup> PÉREZ Y LÓPEZ, ob. cit., IV, 527. AGUIRRE, ob. cit., IV, 4 y 5.

<sup>46</sup> Archivo General de la Nación, División Colonia, Sección Gobierno, Cabildo de Buenos Aires, t. 19, fol. 115.

<sup>47</sup> Archivo General de la Nación, División Colonia, Sección Gobierno, Guerra y Marina, 1775-1778, legajo 3, expte. 20 (9.23.10.3).

<sup>48</sup> Archivo General de la Nación, División Colonia, Sección Gobierno, Reales Ordenes, 1786, lib. 16, fol. 157 (9.25.1.9.).

antigüedad de oidor de la Real Audiencia de Buenos Aires,<sup>49</sup> lo cual no le fue otorgado<sup>50</sup>, como también en 1805, Su Majestad le negó los honores de ministro del Consejo Supremo de Guerra que solicitara.<sup>51</sup>

9. Las penas establecidas en las ordenanzas de 1768 fueron en el Río de la Plata notablemente atenuadas por parte de los tribunales que las impusieron, por vía de la aplicación del principio de equidad. En el sumario instruido en el campamento de Tacuarembó Chico —en la Banda Oriental— en 1805 contra el soldado Manuel Gómez, de la Cuarta Compañía del Cuerpo de Blandengues de Montevideo, acusado de haber hecho armas contra la persona de su comandante, Felipe Cardozo, encontraremos la ejemplificación de nuestra afirmación. Cumplidas las diligencias procesales de rigor por parte del alférez del Regimiento de Dragones de Buenos Aires, don Francisco Castellanos, a la sazón juez-fiscal de la causa, celebróse en Montevideo el 18 de julio de 1805 el Consejo de Guerra Ordinario, cuyos siete vocales —entre ellos José Rondeau— hallaron culpable al reo y votaron por que se le impusiera al mismo la pena capital. Remitida la causa en vista al auditor Almagro, éste se pronunció por la revocatoria de la sentencia del inferior debido “al riesgo de cometer una injusticia”, haciendo especial mérito de tratarse de una causa “donde nada menos se trata que de la vida de un hombre, asunto a la verdad, el más escrupuloso en la legislación y el más estrechamente reencargado a los jueces”. Debe tenerse presente que de las actuaciones surge que el reo había delinquido en estado de embriaguez y que para la ordenanza quien delinquía en ese estado era considerado plenamente responsable de sus actos, no siendo en modo alguno causa exculpante,<sup>52</sup> sino por el contrario una circunstancia agravante.

Pero Almagro se aparta abiertamente de la regla por considerarla en el caso concreto injusta y dirá: “...verdad es que por la ordenanza, no debe servir de disculpa la embriaguez para la indemnización del crimen que se cometa, pero prescindiendo de que esta disposición es para infundir terror a la tropa y que aquélla no sirve de excusa para incurrir en los mismos u otros delitos, nunca podrá decirse que a un hombre enteramente embriagado se le deba imponer la propia pena que a aquel que no lo está porque esto sería oponerse a todos los derechos que uniformemente eximen del castigo al loco, al ebrio y al que no comete el crimen con plena deliberación”. Y añade: “...jamás deberá contemplarse justo y arreglado, ni tampoco practicable en virtud de la equidad de las leyes cuando por otra parte es indudable que quien en igual forma cometiese cualquier delito, ni aún contraviniera formalmente a los Divinos Preceptos, cuánto menos a los de las leyes humanas, que deben uniformarse a aquellos...”.

---

<sup>49</sup> Archivo General de la Nación, División Colonia, Sección Gobierno, Reales Ordenes, 1790, lib. 2º, fol. 118 (9.25.1.13). En 1796 Almagro fue oidor de la Real Audiencia de Charcas. Cit. Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, Superintendencia Provincial, legajo 113 (7.12.113.13).

<sup>50</sup> Archivo General de la Nación, División Colonia, Sección Gobierno, Reales Ordenes, 1794, lib. 24, fol. 237 (9.25.2.2).

<sup>51</sup> Archivo General de la Nación, División Colonia, Sección Gobierno, Reales Ordenes, 1805, lib. 36, fol. 19 (9.25.2.14).

<sup>52</sup> Real Orden de 29 de mayo de 1774 en Vallecillo, ob. cit., III, 567.

Almagro solicitó la revocatoria de la pena capital, lo que así hizo el Virrey Sobremonte, conmutando dicha pena por la de 10 años de presidio a cumplir por el reo en el establecimiento de las Islas Malvinas.<sup>53</sup> Este es solamente un ejemplo, pero podrían ofrecerse otros. En todos los casos, hay un apartamiento deliberado de la solución normativa positiva para, por vía de la adecuación a lo imprevisto del caso concreto, llegar a una solución equitativa, que sirva en forma debida a la Justicia.

Ese apartamiento de la regla de ordenanza cuando la solución era inicua o inútilmente gravosa, ya lo había expresado claramente Sobremonte en 1779, siendo Subinspector General de Tropas del Virreinato, cuando en contestación a una consulta que le formulara el teniente gobernador de Santa Fe, le contestó paladinamente: "...la constitución de estos Reinos y sus tropas, obligan muchas veces a separarse de las reglas de ordenanza".<sup>54</sup>

Pero si en tiempo de paz llegaba a reducirse la severidad de las sanciones, a veces hasta a un mero apercibimiento o reconvención para lo futuro, a una amonestación, toda esa benignidad —en principio— caducaba en tiempos de guerra, pues entonces reinaba la necesidad terribleísima. Por eso diría el auditor comisionado Martín Arauchía en 1808 en un dictamen: "El ejército del mando de V. S. si repara indulgencia, si advierte piedad y si se afirma en que las penas se morigeran, en las marchas, en los pueblos en que haga paradas y servicios que debe hacer, cometerá mil atentados de gravedad, que pueden evitarse desde ahora, con un ejemplar, que lo demanda el hecho sucedido..."<sup>55</sup>

10. Si nos preguntásemos cuál era la finalidad de la pena militar en la época que nos ocupa, nos encontraríamos ante una cuestión a la cual no es fácil responder y frente a la cual es necesario despojarse de todo preconcepto. Por un lado hay autores que dicen que la rigurosidad e inhumanidad de las penas contenidas en las ordenanzas militares no son típicamente exclusivas de ellas, sino que son en realidad un reflejo de la época. Una época en que se creía en forma más o menos generalizada —o al menos si eso no era creído, por lo menos se lo sostenía— que el fin de la pena era la vindicta social, por lo cual la sanción debía importar una especie de retribución por el perjuicio causado a los componentes del cuerpo social. Por otro lado, parecería que el objetivo general de la ley penal de la monarquía absoluta fuese la creación de miedo colectivo y que en todo caso se trataría de una triple finalidad de

---

<sup>53</sup> Archivo General de la Nación, División Colonia, Sección Gobierno, Sumarios Militares, legajo letra "G", expte. 4 (9.12.7.1).

<sup>54</sup> MARLUZ URQUIJO, JOSÉ MARÍA, *La organización militar del virreinato en la época del marqués de Acilés en Trabajos y Comunicaciones*, Revista del Instituto de Historia de la Facultad de Humanidades de la Universidad Nacional de La Plata, 1952, Nº 3, 149 nota 88.

<sup>55</sup> Sumario formado contra Luis Narbona, soldado de la cuarta compañía del Batallón de Andaluces por haber herido al teniente coronel Juan Ramos, comandante del piquete de Artillería de la Unión y al sargento de Húsares Juan de Dios Marzola, 1808. Archivo General de la Nación, División Colonia, Sección Gobierno, Sumarios Militares, legajo letras "N-O-P" (9.12.7.5).

castigo, intimidación y utilidad.<sup>56</sup> Los mismos tratadistas de la época son claros en sus conceptos, no recurren al claroscuro de interpretaciones enrarecidas. Castillo de Bovadilla expresa: "la execución de la justicia engendra miedo, y el miedo aparta los malos pensamientos y refrena las malas obras..."<sup>57</sup>

En nuestros días, una pluma erudita ha dicho que ése no era el fin querido por la ley, sino que lo querido era en realidad un equitativo equilibrio entre el aspecto intimidatorio y la consideración de la personalidad del delincuente, lo cual en la práctica jurisdiccional llevó a una humanización en la aplicación de las penas, sin excluir las exigencias de la vindicta.<sup>58</sup>

En forma terminante y magnífica, el auditor Almagro expone estas ideas en un dictamen producido en mayo de 1805: "...es máxima invariable en la legislación militar y ordinaria que las penas no se han establecido para el exterminio de los delincuentes, sino para recabar de ellos su enmienda, haciendo de unos miembros corrompidos de la sociedad otros que pudieran ser útiles a la patria con la reforma de sus costumbres".<sup>59</sup> Esto demuestra que el derecho penal militar no era una mera expresión de la organización de la fuerza, que estaba animado por un elevado principio ético, del que no podrá estar ajeno desde que a los cadetes de aquel ejército se los educaba en un paralelismo entre el deber y la virtud cristiana y la obligación castrense, lo cual quedó cristalizado en una fórmula ejemplar: "un militar no puede ser buen cristiano si no es buen soldado, y nunca será mejor soldado que cuando viva como buen cristiano".<sup>60</sup>

11. La procedencia del tormento en el proceso militar debía ser acordada por consejo de guerra, pero no obstante ello, para su ejecución era necesaria la autorización del capitán general y sólo era procedente tratándose de delitos

---

<sup>56</sup> TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1969, 357.

<sup>57</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores y señores de vasallos*, Amberes, 1750, lib. II, cap. XIII, N.º 4 y 5, I, 374.

<sup>58</sup> LEVAGGI, ABELARDO, *Las penas de muerte y aflicción en el derecho indiano rioplatense (primera parte)*, Revista de Historia del Derecho, N.º 3, Buenos Aires, 1975, 126.

<sup>59</sup> Sumario formado contra el escuadrón de Partidarios de Campaña por sedición, 1805. Archivo General de la Nación, División Colonia, Sección Gobierno, Sumarios Militares, legajo letras "T-U", expte. 11 (9.12.7.7).

<sup>60</sup> *Instrucción militar cristiana para el Ejército y Armada de S. M.*, Madrid, 1778, 3ª ed., Sobre tan interesante tema véase: DE LOS RÍOS, VICENTE, *Instrucción militar cristiana para uso de los caballeros cadetes del Colegio Militar de Segovia*, Madrid, 1744. ESCOFFET, JOSÉ MARÍA DE, *Instrucciones cristianas para los militares*, Barcelona, 1735. CODORNÚ, ANTONIO, *El buen soldado de Dios y del Rey, armado de un catecismo y seis pláticas que contienen sus principales obligaciones*, Barcelona, 1756. ESCRIBÁ DE IXAR, MANUEL VICENTE, *Año cristiano para los militares; promovido por el capitán don Tomás Pustenla*, Madrid, 1759 (5 vols). CEREZEDO, MARTÍN, *Compendio de las obligaciones de un soldado católico en el silencio de la paz y en el estrépito de la guerra, desde la privada centinela hasta el general*, Madrid, Andrés Ramírez, 1775. CÁDIZ FRAY DIEGO, JOSÉ DE, *El soldado católico en guerra de religión. Carta instructiva, ascético-histórico-política, en que se propone a un soldado católico la necesidad de prepararse, el modo con que lo ha de hacer, y con que debe manejarse en la actual guerra contra el impío partido de la infiel, sediciosa y regicida asamblea de la Francia. Escribióla el P... Misionero Apostólico del Orden de Menores Capuchinos a N. S. P. S. de la Provincia de Andalucía a su sobrino D. Antonio Jiménez y Caamaño, soldado distinguido voluntario del ilustre y antiguo Regimiento de Infantería de Saboya, Córdoba, García Rodri-*

que mereciesen pena capital y siempre y cuando el reo no hubiese confesado y las pruebas acumuladas en su contra, tanto de testigos como de indicios, fueren concluyentes. Este método de obtener confesiones estaba ya considerado en las leyes de Partidas.

En el Río de la Plata se le aplicó en el proceso ordinario. Da cuenta de ello, a modo de ejemplo, la carta escrita el 20 de julio de 1721 por el maestre de campo Alonso de Alfaro al Comisario de Caballería, alcalde de Tucumán, Antonio Bernardo de Figueroa, con motivo de remitirle un rollo de cordel para el "potro", aconsejándole que "siendo bien remojado en vinagre si hubiere o en agua a su falta siempre aguantará hasta cinco o seis vueltas viendo Ud. con advertencia de ir muy despacio dando la vueltas con pausa una a una por cada garrote y advertido que el atormentado que a las tres o cuatro vueltas no confesare negará aunque lo hagan pedazos porque las carnes con el dolor se adormecen, y no sienten lo demás, que es como el que se azota, y de esto tengo sobrada experiencia, por los muchos que he dado..."<sup>61</sup>

La Real Orden de 31 de agosto de 1772, comunicada a la capitania general de Buenos Aires, daba cuenta de haberse condenado al soldado Miguel Moyano, del Regimiento Fijo de Infantería de Manila, en las Islas Filipinas, a la pena de muerte por el delito de robo estando de centinela, pero haciendo expresa advertencia que antes de ser pasado por las armas se le debía imponer "la (pena) de tormento"<sup>62</sup> de lo que se deduce, al menos en este caso, que el tormento podía dejar de ser un medio procesal de prueba y convertirse en una pena. Pero en favor de una opinión contraria, citaremos el sumario instruido en 1778 contra el soldado Manuel López, de la séptima compañía del Segundo Batallón del Regimiento de Infantería de Buenos Aires por haber maltratado de obra y en acto de servicio al sargento 2º de su misma compañía, Francisco Arona. Hay constancia en este proceso de haberse celebrado el Consejo de Guerra Ordinario en Montevideo el 1º de abril de 1778, encontrando culpable al reo los vocales integrantes del tribunal, que así lo votaron, pronunciándose por la aplicación del último suplicio. El presidente del Consejo, Joaquín del Pino, expresó en su voto: "no habiendo plenamente justificado el delito de que es acusado Manuel López, es mi voto se le ponga a cuestión de tormento". Pero no obstante ese voto, no hay constancia alguna en la causa de que se haya ejecutado pero sí la hay en cambio de la conmutación de la sentencia por parte del virrey en aplicación del "principio de equidad de las leyes".<sup>63</sup>

12. La pena de muerte se aplicó en el proceso militar sólo en circunstancias gravísimas y ocasionalmente. Era generalmente conmutada por penas

---

guez, 1815. La primera edición de esta obra es de Málaga, 1793, pero Jorge Vigón (*Milicia y reglam. militar*, Madrid, Espasa, 1949) da las siguientes: 1793, 1795, 1813 y 1815. Por último citemos a BEDOYA, JUAN MANUEL, *Instrucciones cristianas para los militares*. Madrid, Sancha, 1807.

<sup>61</sup> CATALÁN, EMILIO, *La brujería penada con la hoguera en el Tucumán colonial*, en *Revista de Filosofía*, Buenos Aires, mayo de 1926, año XIII, Nº 3, 480.

<sup>62</sup> Archivo General de la Nación, División Colonia, Sección Gobierno, Auditoría Militar de Buenos Aires, 1783-1799, RR. OO. y RR. CC., lib. I, fol. 398 (9.15.2.3).

<sup>63</sup> Archivo General de la Nación, División Colonia, Sección Gobierno, Sumarios Militares, legajo letras "H-I-J-L", expte. 14 (9.12.7.2).

privativas de la libertad. En los casos en que debía recaer sobre un oficial, debía consultarse al Rey antes de su ejecución. La forma usual era el fusilamiento, pero tratándose de delitos graves se empleaba la horca.

El procedimiento era el siguiente: debía concurrir al paraje donde iba a realizarse la ejecución la brigada a la cual pertenecía el reo, debiendo también participar delegaciones de las otras unidades de la guarnición —si las hubiese—. Se procedía primeramente a la degradación del condenado. Para ello, el sargento mayor arrancaba la gorra al reo y la arrojaba al suelo diciendo: “La piedad generosa del Rey os concedió que delante de sus reales banderas pudiéseris cubrir vuestra cabeza con sombrero en el concepto de que vuestro honor podría hacerlo digno de esta distinción, pero ahora su justicia manda de que así se os quite”. Luego de pronunciar tan terrible fórmula, quitábale la espada y mientras partía en dos la hoja sobre su rodilla, decía: “Esta espada que ceñísteis para satisfacer —conservando vuestro honor al que el Rey os hizo— concediéndos que contra sus enemigos la esgrimiéseris en defensa de su autoridad y justicia, servirá rota, por la fealdad de vuestro delito, para ejemplo de todos y tormento vuestro”. Dicho esto el reo era despojado de su uniforme con las siguientes palabras: “Despójesele de este uniforme que sirvió de equivocarlo exteriormente con los que dignamente le visten para contribución a la mayor exaltación de la gloria del Rey”. Concluida de esta forma la ceremonia ritual de la degradación, el sargento mayor se dirigía al piquete de ejecución: ‘Y pues la justicia de Su Majestad no permite que el delito tan grave de este hombre quede sin castigo, llévenle a que le padezca su cuerpo, que Dios tendrá piedad de su alma’. Acto seguido, el escribano de la causa, que era el secretario del Consejo de Guerra, leía la sentencia al reo que debía oírla de rodillas acompañado, si lo deseaba, por el capellán castrense que lo consolaría en sus últimos momentos. Cumplida la lectura de la sentencia, se conducía al condenado hasta un banquillo donde se lo sentaba y se vendaban sus ojos. El pelotón de fusilamiento formaba en fila de tres y a la voz de “Por el Rey”, dada por el Sargento Mayor, hacía fuego la primera fila y si fallaba hacía lo propio la segunda fila, que ejecutaba la descarga de remate, tras lo cual desfilaban las tropas frente al ajusticiado, antes de retirarse del lugar.

Cuando la ejecución se cumplía con horca o garrote, las tropas formaban rodeando al patíbulo, esto es, en semicírculo o en cuadro, debiendo quedar el reo en el centro. Producida la ejecución, el actuario de la causa pagaba al verdugo su servicio arrojándole al suelo el dinero estipulado como compensación por su infame trabajo.

La mutilación de miembros fue, luego de ejecutada la sentencia de muerte, muy excepcional. La he visto en un solo caso<sup>64</sup> y en todo caso no parece que haya sido frecuente.<sup>65</sup>

<sup>64</sup> Me refiero al por demás conocido hecho ocurrido en el pueblo de Las Víboras en la Banda Oriental en 1801, que culminó con la ejecución de Lorenzo Salay, falso conde de Buda. El sumario original se encuentra en la serie de sumarios militares que se encuentran en el Archivo General de la Nación. Véase también los números del 22 de agosto, 2 de setiembre y 13 de diciembre de 1801 de “El Telégrafo Mercantil...”.

<sup>65</sup> Cit. los dos únicos casos señalados por Carlos Ferrés (*Epoca colonial. La administración de justicia en Montevideo*, Montevideo, 1944, 206 y 249-250).

13. No se aplicó la pena de azotes a los reos militares. Sí, en cambio, la pena de baquetas, que importaba infamia, por lo que el baqueteado, por ese castigo debía ser separado del servicio si era cabo o soldado y debía cumplir el tiempo faltante de su servicio en calidad de presidiario, pero si se encontraba sirviendo "sin empeño", debía cumplir seis años de presidio en Africa.<sup>66</sup> Una pena muy singular, fue sin duda, la consignada en el sumario formado en 1758 contra el soldado Felipe de Bono, en Montevideo. Formado el Consejo de Guerra, Francisco Javier de Viana —su presidente— votó para el soldado llamado Bonfili la pena de "echarlo a punta de pies, con cajas destempladas". Esta pena de "echar con cajas destempladas" debía ejecutarse de la siguiente forma: "Se hacía formar la tropa, en rueda, generalmente en dos filas, así lo decía en este caso el voto del Gobernador, a un toque de clarín, la banda destemplaba sus tambores, moviendo al efecto los anillos que mantienen tirante el cordón en zigzag que circundaba las cajas exteriormente, dando tensión a las membranas superior e inferior del tambor. El instrumento pierde, entonces, su sonoridad. Y al son del barullo producido por los palillos al golpear las membranas flojas, iban saliendo de su fila los soldados y, adelantándose hacia el centro del círculo, en el cual se encontraba el castigado, lo echaban a puntapiés para afuera de la rueda".<sup>67</sup>

14. Las penas privativas de libertad a perpetuidad fueron suprimidas por la Real Pragmática del 12 de marzo de 1771<sup>68</sup> que estableció para las mismas un máximo de 10 años. En 1772 se dispuso que la pena a servir por toda la vida en los Fijos de Ceuta y Orán, los desertores reincidentes "sin iglesia" se entendiese sólo por años,<sup>69</sup> lo que en 1777 se extendió a todos los reos<sup>70</sup>, excluyéndose al año siguiente a los remitidos a esos presidios a voluntad del Rey<sup>71</sup> En 1781 se estableció que en todos los casos, el máximo de toda pena privativa de libertad era de 10 años.<sup>72</sup>

El punto 9º de la instrucción que el virrey Juan José de Vértiz y Salcedo, el virrey "de las luminarias" dirigió al Subinspector de las Milicias de Campo, Juan José de Sardén el 8 de mayo de 1779, establecía: "Respecto a ser muy perjudicial a la causa pública el no castigar con severidad a los soldados que, siendo citados en caso de invasión o de otro asunto del servicio no concurren inmediatamente ni observan la debida subordinación a sus jefes, haciéndose por

---

<sup>66</sup> Real Orden de 24 de noviembre de 1776 en Colón de Larriátegui, ob. cit., III, 127.

<sup>67</sup> FERRÉS, ob. cit., 256.

<sup>68</sup> COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., IV, 275.

<sup>69</sup> VALLECILLO, ob. cit., III, 548.

<sup>70</sup> Idem, III, 302.

<sup>71</sup> Ibídem, III, 303.

<sup>72</sup> Ibídem, III, 303.

el disimulo e indulgencia de que se ha usado, sobremanera común este grave delito en que falta a la fidelidad real, a la defensa de la Patria y a su mismo honor: se les hará saber a todas las milicias, estando sobre las armas, que cualquiera que no concurra con prontitud siempre que sea citado, sin admitirle disculpa ni atender a lo que pueda alegar, será irremisiblemente castigado: los oficiales con tres años de destierro y a las islas de Martín García o Maldonado y los sargentos, cabos y soldados, con igual tiempo de condena en las obras públicas de esta capital, a ración y con uso de vestuario ridículo, por pública declaración de su cobardía".<sup>72 bis</sup>

15. La pena de aplicación o destino a las armas reemplazaba a la de presidio cuando el delito a castigar era de escasa gravedad. Esto estaba dispuesto en la Real Orden del 25 de mayo de 1791 y con ello se cubría o completaba el "completo" de las unidades que servía en América, lo cual en el Río de la Plata, estuvo siempre en relación con las guerras libradas contra el expansionismo lusitano.<sup>73</sup>

16. La destitución regía para los oficiales, en tanto que la "deposición de la jineta" para las clases. El caso más claro de la aplicación de esta pena es el del Capitán Gonzalo Barroso, de la Compañía de Portugueses de Cuyo, quien por cohecho a sus subordinados fue condenado en 1788 a servir como soldado en la compañía de la cual había sido Jefe.<sup>74</sup>

17. Toda pena, toda sanción, todo reproche, toda ejecución, quedaba paralizada en el derecho penal militar ante un hecho: el heroísmo, hijo del valor o la temeridad, porque ese derecho premiaba al valor, aun con el olvido de un acto indigno. En el sumario formado el 2 de enero de 1807 en Buenos Aires contra el soldado Pascual Baeta, de la tercera compañía de Granaderos del Regimiento Fijo de Infantería de Buenos Aires, por insubordinación contra su capitán, el teniente coronel Juan Olondriz y contra el ayudante mayor del cuerpo de Dragones, Manuel Garayo se encuentra un claro ejemplo de lo enunciado.

Baeta era un joven aragonés de 22 años que había sentado plaza de voluntario en 1803, alistándose en la bandera de recluta que el Regimiento Fijo de Infantería de Buenos Aires tenía establecida en el puerto de La Coruña. Juzgado por incurrir en igual delito al que se le imputaba, estando ebrio, fue

---

<sup>72 bis</sup> SÁNCHEZ ZINNY, EDUARDO F., *La guardia de San Miguel del Monte* (1580-1930). Buenos Aires, 1939, 355-365.

<sup>73</sup> LEVAGGI, ABELARDO, *Las penas de muerte y aflicción en el derecho indiano rioplatense (segunda parte)*, en Revista de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1976, N° 4, 123.

<sup>74</sup> Archivo General de la Nación, División Colonia, Sección Gobierno, Sumarios Militares, legajo letra "B", expte. 4 (9.12.6.8).

condenado a muerte en 1806, pena que le fue conmutada por la de ocho años de recargo de servicio en su regimiento. El juez-fiscal instructor consideró que el nuevo delito merecía pena arbitraria y pidió la de 10 años de presidio. Dispuesta la formación del Consejo de Guerra Ordinario, que debía ser presidido por el Cuartel Maestre Coronel General César Balbiani, se anunció éste para el día 29 de junio de 1807 a las 9 de la mañana en la Fortaleza, previa asistencia de los miembros del consejo a la Misa del Espíritu Santo que era obligatorio oír antes de la celebración de todo consejo de guerra. Pero debido a la cercanía del invasor inglés que se disponía a atacar Buenos Aires, la celebración del consejo se suspendió celebrándose el 25 de enero de 1808. Votaron los capitanes Antonio Guyoa, Antonio Aragón, Miguel Marín, José Palavicini, José Rodríguez y el coronel Agustín de Arenaza. Todos pidieron se conmutase la pena de muerte debido a un "acto heroico".

¿En qué consistió dicho acto heroico? Leamos la sentencia: "Visto el memorial presentado el día 2 de enero del año pasado de mil ochocientos y siete por el señor don Mariano Gazcón, Ayudante Mayor del Regimiento de Infantería de esta Provincia al señor Comandante y Capitán General Don Santiago de Liniers en orden a que permitiera tomar información a Pascual Baeta, soldado granadero de la 3ª compañía del propio regimiento acusado de haber faltado al respeto a su capitán el teniente coronel don Juan Olondriz y al Ayudante Mayor de Dragones don Manuel Garayo y de haber herido ligeramente con una botella a un pulpero, dicho memorial decretado como se pide, el proceso contra dicho acusado por información, recolección y confrontación, habiendo hecho de todo relación al Consejo de Guerra y comparecido en él el reo, en el día de la feha y en la casa donde presidía el señor coronel y comandante de dicho Regimiento don José Ignacio de Merlo, expuso con manifestación de una cicatriz en el pecho haber salido de la prisión en que se hallaba, por haberle dejado la guardia prevención sólo y haciéndose de un fusil y municiones batió los enemigos británicos con tanto heroísmo como es notorio se sabe, y que si él hubiera considerado la gravedad de los hechos que instituye este proceso, tuvo proposición o para haberse pasado al campo enemigo, o el haber emigrado a la campaña, con otras razones que expresó en su favor. Y todo bien examinado en la conclusión y dictamen del Sr. don Pedro Durán, Ayudante Mayor y Fiscal y la defensa de su procurador ha condenado el consejo a que el referido Baeta sea puesto en libertad...".<sup>75</sup>

Baeta había presenciado el combate de Santo Domingo, el glorioso domingo 5 de julio de 1807.<sup>75</sup> Si bien Liniers no se pronunció por la pena de muerte de la cual Baeta "por equidad fue relevado", revocó la sentencia del consejo de guerra que disponía la libertad del mismo y lo condenó a 10 años de presidio a cumplir en Montevideo.

18. El derecho penal militar que se aplicó en el Río de la Plata, no caducó con la Revolución de Mayo, antes bien, por tratarse de tiempos de

---

<sup>75</sup> Idem nota anterior, expte. 6.

guerra, recrudesció su aplicación rigorista. Nuevas ideas debían ser defendidas por un país naciente, nuevas ideas que requerían de ejércitos disciplinados hasta el sacrificio y como es sabido, las ideas no pagan por sí el tributo de la existencia y de la caducidad sino que lo pagan con las pasiones de los individuos.

De la época que murió en Mayo queda un recuerdo esplendoroso. Es la época del honor, del honor militar,<sup>76</sup> de ese honor, en fin, que exaltara Henri Bordeaux en su libro *Vida, muerte y supervivencia de San Luis*. De ese honor que se tradujo en benignidad en la aplicación de penas, en reconocimientos de los hechos heroicos, con sus consecuentes recompensas, pero también en ejemplaridad. Y si debiéramos elegir un lema para ese tiempo caballeresco, de militares con pelucas empolvadas y modales cortesanos, pero bravos como leones en los combates, nos quedaríamos con uno que lo representaría muy bien: "Sumo amor al Real servicio". Servicio, concepto que es la clave de todo, en todos los tiempos y que sólo tiene una recompensa: la satisfacción del deber cumplido, verdadera recompensa de los espíritus superiores.<sup>77</sup>

GUILLERMO PALOMBO

---

<sup>76</sup> Véase SALAS, ALBERTO MARIO, *Diario de Buenos Aires, 1806-1807*, Buenos Aires, Sudamericana, 1981, 498 y ss.

<sup>77</sup> Sobre este tema ver PEÑALOZA Y ZÚÑIGA, CLEMENTE, *El honor militar, causas de su origen, progresos y decadencia...*, Madrid, 1795-1796, 2 vols.

## LA PARTICIPACION POLITICA COMUNITARIA ESENCIA Y NATURALEZA

SUMARIO: I. ACLARACIONES PRELIMINARES. — II. SENTIDO Y ALCANCE DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA. — III. EXTENSIÓN DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA: A) Bases. B) Formas. C) Organos. — IV. NATURALEZA Y FUNDAMENTOS: A) Filosófico. B) Jurídico. C) Político. D) Sociológico. — V. MODELOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA: A) El modelo liberal. B) El modelo democrático. C) El modelo partidocrático. D) El modelo corporativo. — VI. CONCLUSIONES.

### I. — ACLARACIONES PRELIMINARES

1. El tema que pretendemos encarar en este ensayo, la participación política comunitaria, es, quizá, uno de los más importantes dentro de los estudios políticos, a tal punto que, como alguien ha dicho, no puede concebirse al Estado y a la sociedad en general sin la participación comunitaria de sus miembros. A nuestro modo de ver, la participación política es una de las preocupaciones “eternas” de la Filosofía Política y, a pesar de ello, los inconvenientes con que el investigador se encuentra al estudiar el tema son tantos y de tal densidad que dificultan su tratamiento.

Por lo pronto, la temática de la participación política en el poder no es ajena a los vaivenes de la moda política; no es un compartimento estanco, impermeable a las visiones míticas o burguesas. Como sucede con asiduidad en toda materia de teoría política, también el estudio de la participación en el poder se nos presenta rodeado de una “aureola ideológica” que sólo consigue alejarnos del meollo real sobre el cual o desde el cual debe partir la reflexión realista.

Los obstáculos iniciales al comenzar el tema son, fundamentalmente, dos: en principio, la creencia liberal democrática de que el ciudadano participa exclusivamente mediante el sufragio universal e individual organizado a través de un sistema de elecciones libres y periódicas, sufragio por el cual el elector no sólo designa al gobernante sino que también lo legitima, dándole su consenso y transfiriéndole su cuota parte de soberanía;<sup>1</sup> y, seguidamente, como

---

<sup>1</sup> El sistema de gobierno demoliberal, esencialmente electoralista, se funda en la concepción dogmático-utópica de la soberanía del pueblo, según la cual el poder es originario del pueblo, al que se instituye como su titular natural y legítimo. Interpretando la doctrina de Rousseau sobre la voluntad general se ha dicho que “del hecho de que todo nacional es llamado a concurrir con su voz y con su voluntad, a la formación de la voluntad general, resulta que la soberanía tiene esencialmente su residencia en el pueblo, o sea en los individuos mismos que componen el pueblo, en cada uno de los miembros, contados uno a uno, de la masa popular”. (Ver: CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría general del estado*,

raíz de este planteamiento, la tesis del individualismo social, mecanicista y pactista, por la cual el origen de la sociedad y del Estado no se presenta como natural sino como fruto de la convención humana, resultado libre de la libre voluntad del hombre.

Superando esta visualización del problema, y como primer requerimiento inexcusable, entendemos que la participación política debe ser abordada desde una perspectiva nueva y distinta a la explicada, lo que exige: a) eliminar toda interpretación restrictiva con respecto a los medios y al ámbito de la participación y, por ende, admitir una gama de recursos participativos no limitados al sufragio individual; y, b) además, estructurar todo el planteo participacionista desde la base de la naturaleza social y política del hombre, naturaleza que lo inclina a lo público y a lo comunitario como a algo consustancial a sí mismo, introduciéndolo en una esfera más elevada en la búsqueda de la perfección humana posible. La comprensión del hombre como *zōon politikon* (Aristóteles) conlleva respuestas inéditas a la problemática participativa.<sup>2</sup>

---

trad. de J. L. Depetre, México, F. C. E., 1948, p. 876. Cf.: Libro I, caps. VI y VII; Libro III, cap. I de *Contrato social* de JUAN JACOBO ROUSSEAU). Desde esta perspectiva, el pueblo como titular originario del poder es llamado a ejercerlo por sí mismo (autogobierno); pero ante la imposibilidad práctica de un gobierno por todos y de todos, se llegó —luego de las experiencias revolucionarias francesas— a un sistema de representación política en que los gobernantes-representantes surgen por la elección de los gobernados representados. El problema consiste, pues, en conciliar el declamado autogobierno con la salida de “emergencia” que es la representación, habida cuenta que, en la doctrina rusioniana, la soberanía es inalienable. Surge, entonces, el problema de la legitimidad del régimen representativo. ¿De dónde han extraído su legitimidad las autoridades representativas? Para contestar el problema, se recurre a una ficción: por medio de la elección, el elector-soberano transmite su cuota parte de soberanía al gobernante electo para que gobierne libremente y, de esta manera, lo convierte en soberano. Como se ve, la elección ya no es sólo un mecanismo de designación de los gobernantes, sino fundamentalmente un sistema que permite la legitimación de los mismos, puesto que por su intermedio se allega al electo la cuota parte de soberanía de la que es titular el elector (Ver: CARRÉ DE MALBERG, R., ob. cit., pp. 912 y ss, especialmente p. 922).

<sup>2</sup> La concepción de la naturaleza política de la persona humana es el elemento cardinal en la definición de este tema de la participación política y significa o importa tanto la desestimación del mero “individualismo” como de la pura “socialidad”; el primero, porque reduce al hombre a la sola individualidad, y, la segunda, porque entiende lo político como un accesorio o accidente de lo social. En esta última corriente ubicamos el pensamiento de ROBERT DAHL quien entiende que el hombre es fundamentalmente un ser social y no político, porque “aunque viva en una sociedad, no tiene necesidad de preocuparse por la política de esta sociedad, ni de participar activamente en la vida política (...). Algunas personas lo hacen, sin duda; pero muchas otras no”. (DAHL, ROBERT A., *Análisis político moderno*, 2ª ed., trad. de R. Ribó, Barcelona, Fontanella, 1976, p. 125). Según surge de la lectura de esta obra, su autor entiende lo político como algo accidentalmente unido a lo social; presenta a los sistemas políticos como simples consecuencias del desarrollo de relaciones estables y reiteradas de influencia; pero no todo hombre integrado en un sistema político es naturalmente político, pues los individuos pueden desinteresarse o no comprometerse políticamente. De allí que la naturaleza humana política —podemos continuar interpretando a DAHL—, solo puede decirse que sea relativa a aquellas personas o conductas humanas interesadas activamente en política.

Para nosotros, es claro que DAHL confunde “naturaleza humana política” con “interés en la vida política”; creemos que lo primero es algo propio de todo hombre e inescindible de su esencia, en tanto que lo segundo sólo constituye —en alguna medida— la actualización

2. Por otra parte, los mitos políticos como los señalados, no han conseguido sino obstaculizar la comprensión y el entendimiento del valor de una sana participación política. Un elocuente índice de lo que afirmamos lo constituye la escasa bibliografía existente sobre la materia; casi no existe literatura específica y solamente pueden encontrarse párrafos sobre la participación en las obras generales de teoría política. Por otra parte, la no comprensión del trasfondo ideológico ha llevado a los autores a dedicar su preocupación a la teoría de la representación —campo en el que sí existe una abundante bibliografía como tema reflexivo central de la dinámica política.

Señaladas de este modo las trabas iniciales con que invariablemente tropieza cualquier estudio sobre la participación popular en el poder, conviene que reseñemos brevemente el objeto y alcance del presente ensayo. Básicamente pretendemos con él enfocar el concepto de la participación política a la luz interpretativa del realismo político, e indicar los motivos que la fundamentan y presentan como beneficiosa para el cuerpo político para, finalmente, concluir enjuiciando desde la óptica de la democracia participativa el actual sistema partidocrático de poder cerrado.

## II — SENTIDO Y ALCANCE DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

La definición de cualquier realidad, en este caso, de la participación política, exige utilizar con precisión los términos comprendidos en ella. Por esto, entendemos que será útil recurrir al método aquel que, partiendo por distinguir el alcance y sentido que en particular tiene cada uno de los términos empleados en la definición de la expresión, concluye componiéndolos en una forma unitaria.

1. La palabra primera a definir deberá ser, pues, “participación”. ¿Qué debemos entender por participar? ¿En qué o en cuántos sentidos puede utilizarse esta expresión? Por lo pronto, la idea primaria que allega la noción teórica de participación hace referencia a la intervención en alguna actividad; participar es, en principio, *tomar parte*, intervenir, ser protagonista. No señala una actitud pasiva o expectante, sino, más bien, activa, de actor y no de espectador. Quien participa asume un rol protagónico.

La pureza en el sentido de la expresión requiere que diferenciamos, como lo hiciera ya Santo Tomás de Aquino, el participar como el “tomar una parte”

---

de la tendencia humana natural a convivir políticamente. Del hecho de que el hombre se interese o no en política no se puede concluir válidamente que sea distinta su naturaleza según la actitud asumida; afirmar que se es apolítico porque no se es comprometido en política, es plantear la cuestión en términos erróneos. Se es político porque la convivencia política viene incoada en la propia naturaleza humana, naturaleza que se actualiza o realiza cuando se interviene en política desarrollando acciones y comportamientos con sentido político. Es por ello que el “apolítico” (desinteresado o apático político) no deja de ser naturalmente político; de hecho, las relaciones políticas de los demás y el sistema imperante políticamente influirán en él de una u otra forma, coadyuvando a o entorpeciendo su perfeccionamiento humano, según sean esas relaciones y ese sistema. Por otra parte, las consecuencias del comportamiento apático políticamente, son, en su mayor medida, consecuencias políticas.

(*est autem participare*) del participar como un "tomar parte" (*partem capere*). En el primer caso, se hace referencia a una participación en sentido material o cuantitativo en tanto, cuando se participa, se toma una parte del todo. Este tipo de participación supone, por un lado, un todo divisible y, por otro, una relación entre los partícipes. Sin embargo, la participación material importa, en el fondo, una actividad o comportamiento consuntivo del objeto participado, ya que se participa en el momento preciso en que la parte es tomada del todo, es decir, al dividir, al destruir el todo. En cambio, en el segundo caso, el sentido del "tomar parte" resalta la naturaleza inmaterial de la participación, presentándola como finalidad común o cooperación, como comunicación de algo inmaterial.

Con este último avance, utilizamos en texto el término participar como tomar parte, es decir, como indicativo de un bien que aumenta a medida que se comunica, y de una comunidad que se fortalece y se confirma en sus miembros mientras más se participa de ella.<sup>2 bis</sup>

Y si, ante todo, participar es tomar parte, se puede decir —ya en un plano práctico—, siguiendo esta idea pero profundizándola, que participar como tomar parte es también un *hacer en común*, es decir, un hacer comunitario, una intervención activa en una actividad o en algo aunante y solidario; la participación indicaría, entonces, una finalidad común y objetiva, vinculante, que refiere en un contenido único las distintas conductas individuales de los participantes. Participar tomando parte es, por ende, hacer en común algo común.

Sin embargo, no es ésta la única perspectiva desde la cual puede interpretarse el vocablo participación; por él se puede indicar no tanto ya una actividad sino una situación relativamente pasiva: suele decirse que se participa teniendo parte o teniendo una parte, es decir, recibiendo participación en algo. Participar sería significante, en este sentido, de *tener parte* o *tener una parte* (y no "tomar una parte", como en el distingo tomista). Un ejemplo servirá para aclarar nuestras ideas. Pensemos en una representación teatral: nadie dudará que los intérpretes de una obra de teatro, "los actores", participan —como lo indica su mismo nombre— activamente, poniendo algo en la tarea común, que, en el ejemplo, es la representación teatral, tomando parte en ella; pero, acaso, preguntamos, ¿no puede decirse que el público también participa de dicha obra?, ¿podemos afirmar que de parte del público hay también una participación? Es cierto, la participación del público, en nuestro ejemplo, también existe, pero en otro sentido y con alcance diverso a la participación de los actores; indudablemente que la participación del público es una forma más de participar, pero ya no es una participación activa sino pasiva o, por lo menos, no se requiere de ellos la misma actitud enérgica del partícipe activo; mas, el público es también participante.

Como lo ha sintetizado Mario Justo López, por participar podemos entender "tener parte o tomar parte en algo, es decir, actuar o ser partícipe como integrante de un todo". En este caso, se ha optado por definir la participación

---

<sup>2 bis</sup> Seguimos la idea tomista tal como la expone CARLOS CARDONA: *La metafísica del bien común*, Madrid, Rialp, 1966, pp. 18 a 25.

desde la óptica del sujeto activo, del partícipe directo y primario. Desde otra visión, igualmente válida, Enrique Herrera emplea la palabra participación como sinónimo de "tomar parte" y de "dar parte";<sup>3</sup> en el primer sentido, la participación es observada como conducta del sujeto que participa, en el segundo, desde el ángulo del sujeto obligado a dar participación. Mientras que el "tomar parte" refiere una conducta activa y voluntaria de los partícipes, el "dar parte" es enfocado a través de la conducta del sujeto obligado y, en cierto modo, constreñido a dar participación, y que tiene su correlato en el "tener parte" de los partícipes pasivos.

La distinción no es ociosa ni debe entenderse como un mero juego de palabras, pues, como se verá más adelante, para nosotros, una y otra forma de participar tienen diferente fundamento y diverso significado político.

2. Si no nos ha sido fácil interpretar y desentrañar las significaciones del vocablo participación, muchas más dificultades encontraremos al pretender definir lo que entendemos por "política"; baste recordar que, hasta el presente, el campo de lo político no está claramente delimitado y su comprensión ha sido motivo de encendidas polémicas y duros enfrentamientos. Pero como no es ésta la oportunidad ni el lugar para pasar lista a las más diversas teorías sustentadas sobre el tema, necesariamente nos vemos obligados a desechar las que consideramos erróneas y explicar, sintéticamente, la noción que creemos correcta.

Quien ha precisado, con acierto —a nuestro entender—, el campo propio de lo político, es el profesor español Luis Sánchez Agesta, quien entiende a la política como actividad social libre y polémica que crea, desenvuelve y ejerce poder en una comunidad, a través de grupos unidos objetivamente en un orden jurídico vinculante, y orientada a la realización de fines considerados como un bien público, fines que se proyectan en un orden organizador de la convivencia.

La actividad política es social, pues se nutre de la conducta humana en alteridad, en sentido colectivo, comunitario, referida siempre a la convivencia. Es también actividad libre, ya que no se encuentra normatizada, es decir, sujeta a normas jurídicas o leyes rígidas. Como actividad polémica, la política se nos presenta como criterio rector de la instrumentación de los conflictos y como intento de alcanzar una decisión unitaria común.<sup>3 bis</sup> Pero, en esencia,

---

<sup>3</sup> Ver LÓPEZ, MARIO JUSTO, *Introducción a los estudios políticos*, v. II, Buenos Aires, Kapelusz, 1971, p. 367, y HERRERA, ENRIQUE, *Los consejos económicos y sociales*, Buenos Aires, EUDEBA, 1972, p. 5.

<sup>3 bis</sup> La nota de polémica, que SÁNCHEZ AGESTA presenta como propia de la actividad política, puede prestarse a enojos y querellas, máxime cuando se presenta esta característica entre las esenciales de la política. A nuestro modo de ver la opinión del profesor español queda más esclarecida si notamos que, inmediatamente agrega en qué sentido debe entenderse eso de "polémica"; y debe interpretarse como instrumentación y resolución de los conflictos sociales, económicos, etc. Sin embargo, nuestro criterio es diferente. La actividad política es polémica, sólo en sentido secundario; pues, primariamente, la actividad política persigue el bien común, fin propio que, entre otras cosas, exige que los problemas que causan disensiones sean "limados". Pero, como vemos, la característica de "polémica" de la actividad política es siempre secundaria, derivada, mas no esencial, puesto que lo que realmente importa es el bien común.

todas las notas indicadas cobran sentido cuando vemos a la política como actividad referida al poder, entendiéndolo como energía moral dimanada de la naturaleza humana y que ejerce una acción configuradora de la comunidad y de la convivencia. Por su fin —el fin mismo del poder— la actividad política es acción humana tendiente a la realización de un bien comunitario que suele caracterizarse con las notas del “bien común”, tanto que es bien humano, público y temporal, surgido de la convivencia y participado. Este bien común, por sí solo, justifica la actividad política y la acción humana comunitaria en forma más radical.

Finalmente, la actividad política cristaliza en un orden vinculante de la convivencia, orden que, en sí, no es más que un medio para la realización de los fines de la vida, y que se especifica por ser jurídico, es decir, por actuar como coordinador de conductas humanas sobre la base de la libertad.<sup>4</sup>

3. Aunque del análisis anterior pareciera surgir que, en sus primeros lineamientos, la participación política es intervención en el bien común, creemos oportuno señalar que no todos los autores acuerdan a la expresión el mismo alcance significativo. Por lo pronto, tres sentidos bien diferenciados parecen serle aplicables: en primer lugar, se habla de la participación política como ejercicio del autogobierno o democracia directa;<sup>5</sup> en segundo lugar, se dice también que la participación política es un mecanismo de la participación funcional o de intereses; y, finalmente, es también usado el término para indicar la posición activa en que se encuentra el pueblo en la democracia representativa. De todas estas nociones, Mario Justo López extrae una raíz común, puesto que siempre se alude, en última instancia, a la actividad de los miembros de la comunidad tendiente a la realización de actos que revisten interés público.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> SÁNCHEZ AGESTA, LUIS, *Principios de teoría política*, 5ª ed., Madrid, Editora Nacional, 1974. Su opinión, resumida, está en pp. 46/47 y, ampliamente expuesta, en pp. 45/107.

<sup>5</sup> M. HAURIUO entrelaza las nociones de libertad política, participación y democracia directa: la libertad política consiste en la participación de los ciudadanos en los poderes gubernamentales, posibilitando el autogobierno. “La libertad política —dice HAURIUO— consiste en que el pueblo o los ciudadanos participen en el poder y no en que tengan todo el poder. (...) La libertad política se confunde así con el *self government* o *gobierno del pueblo por el pueblo*”. (HAURIUO, MAURICE, *Principios de derecho público y constitucional*, trad. de C. Ruiz del Castillo, Madrid, Reus, 1927, p. 203). Un análisis moderno de la participación política a la luz del concepto de libertad, puede verse en el cap. XX de la obra de FRIEDRICH, C. J., *El hombre y el gobierno. Una teoría empírica de la política*, trad. de J. A. González C., Madrid, Tecnos, 1968, pp. 382/399.

<sup>6</sup> En realidad, LÓPEZ distingue cuatro conceptos, pues a los tres indicados en el texto agrega “la participación social”, entendida como en la doctrina norteamericana, es decir, como desarrollo comunitario. Nosotros descartamos esta noción debido a que no es participación a nivel de poder político sino, más correctamente, “acción social del poder político”. De las cuatro concepciones anotadas por LÓPEZ, este autor considera correcta aquella que ve la participación en su vinculación al funcionamiento del régimen representativo, reservando para esta visión la nota típica de “participación política”. (Ver LÓPEZ, MARIO JUSTO, ob. cit., loc. cit., pp. 528/529). Por lo que más adelante diremos, la opinión de este autor nos parece insostenible; creemos que la participación no es un instrumento de la representación sino a la inversa, la representación es un mecanismo de participación en el poder.

También se ha querido ver la participación política como un método de influencia o intervención de la comunidad en la orientación del poder; con este alcance ha escrito Lucas Verdú: "Entiendo por participación política, la presencia activa de los ciudadanos y sus grupos, en las instituciones del Estado-aparato, en grado más o menos inmediato, mediante los procedimientos y técnicas del Derecho Constitucional, para determinar la orientación política nacional".<sup>7</sup>

4. Para nosotros, todas estas definiciones son válidas parcialmente, en cuanto indican que participar es intervenir en política; pero, en lo demás, no alcanzan a penetrar en el verdadero significado de la participación política comunitaria. Esta se comprende radicalmente sólo cuando es vista como intervención en la realización del bien común; puesto que si hemos dicho que "participar" es tomar o tener parte y, que "política", en síntesis, es la actividad humana que tiende al logro del bien común, consiguientemente, la "participación política" no puede ser sino el tomar parte o tener parte en la gestión del bien común. Más exactamente, se puede definir la participación política como *la intervención comunitaria en el proceso de decisión política tendiente a la consecución del bien común.*

Decimos que es intervención en el proceso de decisión política y no ejercicio del poder, porque el ejercicio de la potestad suprema de decisión comunitaria es, en el fondo, minoritario; en cualquier Estado que se someta a análisis se descubrirá que el ejercicio de la facultad de decisión política está siempre a cargo de unos pocos hombres, aunque las instancias previas a la decisión sean variadas e intervengan en ellas distintos sujetos. En toda comunidad el poder es ejercido por una élite con capacidad o autoridad de decisión, pero, el proceso de decisión en sí, que incluye diferentes actos y niveles políticos, puede ser más o menos amplio según el grado de participación existente. Por eso es que creemos que la participación política es intervención comunitaria, es decir, participación de aquellos que no son los titulares del poder. A quien se le ha atribuido la facultad o la titularidad del poder le corresponde decidir con carácter de autoridad; éste es el gobernante, quien directamente ejerce el poder como su titular concreto. Pero el circuito del poder no concluye en los gobernantes; éstos requieren del apoyo y consentimiento de los gobernados, apoyo y consentimiento que pueden instrumentarse de diversas maneras y a través de variados mecanismos, que pueden evolucionar desde la mecánica obediencia consuetudinaria o indiferentista, hasta la integración en mecanismos de poder, participando, de una u otra forma, en ese poder.

Esquemáticamente, podemos decir que en todo Estado los gobernantes gobiernan —es decir, deciden, ejerciendo el poder— en tanto que los gober-

---

<sup>7</sup> LUCAS VERDÚ, PABLO, *Principios de ciencia política*, Madrid, Tecnos, 1969, t. II, p. 280. Necesaria aclaración merece la terminología "Estado-aparato" empleada por el autor; éste, siguiendo a ALDO BOZZI, designa como tal al conjunto de órganos y oficios de los que se sirve el Estado para cumplir con sus fines; término opuesto al de "Estado-comunidad", con el que se pretende indicar a la comunidad misma, pero tomada en sus individuos y componentes grupales o colectivos como formaciones autónomas. (Ob. cit., loc. cit., pp. 155 y ss.).

nados participan en el poder o del poder. Esta participación comunitaria puede oscilar desde los grados mínimos de la obediencia hasta los grados máximos que caracterizan la intervención en el proceso de decisión política.<sup>8</sup>

Empero, debemos realizar algunas aclaraciones: en primer lugar, y como se verá más adelante, los gobernantes al gobernar y decidir también participan, pero su intervención es inexcusable, ineludible, no puede evitarse, puesto que si nos fuera posible pensar que los gobernantes no participaran en el poder, estaríamos imaginando un Estado sin gobierno, es decir, vacío de poder. En segundo lugar, si los gobernados participaran con potestad de decisión política, ejerciendo el poder dejarían de ser tales para transformarse en gobernantes, puesto que lo que caracteriza al gobierno, como se ha dicho, es el ejercicio del poder. Y, finalmente, en tercer lugar, la participación de los gobernados debe ser en la consecución del bien común, lo que excluye tanto las conductas pasivas como las conductas comunitarias que realizan intereses particulares con carácter exclusivista.

### III — EXTENSIÓN DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

#### A) Bases

1. Al preguntarnos por las bases de la participación política lo hacemos en sentido subjetivo, como cuestionamiento acerca de los sujetos llamados a participar en el poder. La solución a este problema ha variado en los distintos modelos participativos concretos, pero, sustancialmente, los sujetos de la participación política son y han sido dos: el individuo y los grupos sociales.

Las distintas concreciones históricas del Estado han dado diferentes soluciones al problema. En el momento que nos toca vivir, la participación es fundamentalmente de base individual, como residuo del principio de soberanía popular atributivo de poder al individuo y a su suma resultante, el pueblo. Sin embargo, modernamente, han existido y existen intentos de participación colectiva a través de los grupos socio-económicos. La mentalidad liberal, profundamente individualista, ha creído ver en todos estos proyectos realizaciones corporativas, anuladoras del individuo, fuente y fin del sistema político.

Pero, el problema no es tan simple. Aceptado que el individuo tiene derecho a participar en política, ¿por qué negar ese derecho a los grupos que no son sino, en el fondo, realidades humanas?

2. La consideración de los grupos socio-económicos como sujetos políticos es problemática. La estructura del Estado no es, como la imaginó el liberalismo, reflejo de la naturaleza social humana, sino, como ya vimos, imagen de la naturaleza social y política de la persona humana. Tener en cuenta esta naturaleza al constituir un sistema político es vital, pues basta con reparar

---

<sup>8</sup> Por lo que acabamos de afirmar en el texto, no podemos menos que disentir con PIER L. ZAMPETTI quien entiende que la participación política consiste en el ejercicio del poder mismo. Como claramente él mismo lo expresara, "participación significa ejercicio del poder es decir, soberanía popular...". Ver: ZAMPETTI, PIER LUIGI, *Democracia representativa y democracia participativa*, en ZAMPETTI, PIER LUIGI y otros, *La participación en el mundo político*, trad. por J. P. M. Bai, Madrid, Unión Editorial, 1970, p. 19.

en que una de las causas del colapso de las actuales democracias reside principalmente en que se obstinan en mantener una organización del poder con criterio individualista, cuando el proceso político es fundamentalmente grupal o colectivo.<sup>9</sup>

Por debajo de la estructura formal de las instituciones estatales, la actividad política transcurre y se aloja en los "conflictos políticos", conflictos que son de naturaleza colectiva y que están protagonizados por los diferentes grupos humanos. La estructura pluralista de lo social y lo político no encuentra eco en las instituciones políticas de gobierno, pero esto no quita veracidad ni fuerza a los conflictos colectivos. ¿Acaso es antojadiza la gravitación que se otorga a los grupos de presión en el proceso político? Esta nueva óptica política, existente desde siempre pero descubierta recientemente, ¿no nos estará indicando por dónde discurre verdaderamente la vida política? Compartimos el criterio de González Casanova,<sup>10</sup> para quien "las fuerzas políticas constituyen la osatura fundamental de la comunidad política, porque del juego de interrelación que llevan a cabo dinámicamente —con signo polémico, por cierto— surge o ha de surgir la solución o conjunto de soluciones a la problemática política de la comunidad".

Es evidente que el problema político es un problema planteado entre colectividades o pluralidades y no entre individualidades; de ahí que nos parezca indudable el derecho de los grupos a participar en la vida política, de la cual son sujetos principales y artífices primarios. Y esto es de tal forma, que la participación individual no puede darse sino imbricada en un contexto colectivo; es decir, en un grupo, y la actual caracterización de los partidos políticos como grupo que sirve de nexo vinculante entre pueblo y gobierno nos está indicando que aún el proceso de participación concebido desde bases individualistas, sólo alcanza a ser realidad mediante expresiones colectivas. Es más, la participación puramente individual es prácticamente imposible, siempre exige un sustento colectivo ya sea para permitir el acceso del partícipe al plano político (v. gr.: los partidos políticos), ya sea para darle sentido y fundamento a su participación (por ejemplo, por eso se dice usualmente, que el diputado es representante del pueblo, como colectividad). Siendo así, la participación individual, integrada y conseguida con carácter colectivo, debe ser representativa del *status* político humano (como los partidos políticos) o del *status* socio-económico-cultural (como los demás grupos pluralistas).<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Esta paradoja fue anunciada por LOEWENSTEIN; el autor reconoce que en una democracia constitucional los grupos pluralistas tienen derecho a participar tanto en el proceso económico como en el proceso político; pero, a la misma vez, advirtió que estos grupos carecen de institucionalización legal y, aún mucho más, de incorporación constitucional. (Ver: LOEWENSTEIN, KARL, *Teoría de la constitución*, 2ª ed., trad. de A. Gallego A., Barcelona, Ariel, 1974, p. 424.

<sup>10</sup> GONZÁLEZ CASANOVA, JOSÉ A., *Comunicación humana y comunidad política. Una aproximación al derecho político*, Madrid, Tecnos, 1968, p. 98.

<sup>11</sup> "La participación que indica el Orden Natural —dice BENIGNO MARTÍNEZ VÁZQUEZ— sería la que se confiere a los grupos naturales y sociales menores que articulan orgánicamente la vida social. El ciudadano, en consecuencia, debe participar desde ese *status* en que realiza la gestión social de su vida, desde la familia, la vecindad, las provincias, la profesión, la empresa, etc.". (*El sufragio y la idea representativa democrática*, Buenos Aires, Depalma, 1966, p. 100).

## B) Formas

1. Por su forma, la participación política comunitaria puede ser directa o indirecta, en dos sentidos diferentes. Si tenemos en cuenta *el nivel* en el cual se da la participación, lo que al mismo tiempo señala una distinta *intensidad participativa*, decimos que es directa la participación de los gobernantes e indirecta la de los gobernados. Mientras que la primera es el grado máximo de participación en el poder, ya que consiste en el ejercicio mismo del poder con facultad decisoria, la segunda es de menor intensidad, pero no por ello de exigua importancia. La participación directa es la propia de los gobernantes, es decir, la de los titulares del poder; la participación indirecta, en cambio, es la referida al individuo y a los grupos comunitarios.

Es aquí aplicable la explicación que oportunamente diéramos al definir lo que entendemos por participación política *stricto sensu*,<sup>12</sup> pero se hace preciso aclarar ahora el alcance que tiene esta participación comunitaria en el proceso de decisión política. Este proceso discurre por diversas instancias que señalan en forma ascendente un acercamiento al acto final de decisión; en teoría, resulta racionalmente visible la diferencia entre un acto de decisión política y un acto que no es decisión; esta última variedad de actos comprende un gran campo (actos políticos que no implican decisión) y en ellos radica el estadio propio de la participación política comunitaria, ya que el nivel decisorio queda, tanto en la práctica como en la teoría, reservado a los titulares efectivos del poder, los gobernantes.

El acto de poder, en tanto acto moral,<sup>12 bis</sup> se compone de: 1) el conocimiento, la volición y la intención del fin político, es decir, del bien común, como acto propio y excluyente del gobernante; 2) la deliberación y el consentimiento acerca de los medios que corresponden al fin, etapa que compren-

---

<sup>12</sup> Ver *supra*, II, 4, pp. 7 y 8.

<sup>12 bis</sup> El proceso de decisión política, también llamado proceso del acto de poder, se desenvuelve a través de una variadísima gama de actos que van desde el reconocimiento de los objetivos o fines y su proposición a la voluntad e inteligencia como materia de decisión, hasta la ejecución de la decisión propiamente dicha. La acción del poder político es una acción moral compuesta de diversos actos parciales de conocimiento o de voluntad. El acto de poder, en tanto acción moral, se inicia con el *conocimiento del fin o bien* que debe ser obtenido; a este acto de la razón teórica le sigue la *volición del bien*, entendida como amor o pretensión del fin; mas la razón teórica deviene en práctica a partir del dictamen ético de la *syndéresis*. Este examen de los primeros principios, acto propio de la *syndéresis*, permite que se infiera, seguidamente, el apetito o la *intención del fin*, acto de volición del que se desprende como paso posterior la *deliberación* o consideración de lo que hay que hacer para conseguir el bien buscado. El *consilium* nos permite conocer los diversos medios de que se dispone para la consecución del fin, correspondiendo a la voluntad prestar el *consentimiento* a esa totalidad de medios apropiados. Por el acto intelectual del *juicio*, conocemos el medio óptimo entre todos los posibles, siendo propio de la voluntad la *elección* del medio concreto, con exclusión de los demás. El proceso del acto moral concluye con el *mandato, resolución o decisión* que ordena o indica a la voluntad el utilizar el medio escogido, y, finalmente, la *ejecución* de lo mandado. (Ver: PIPER, JOSEF, *El descubrimiento de la realidad*, trad. por R. Cercós, Madrid, Rialp, 1974, pp. 53 a 63).

de: a) la iniciativa y la petición, b) la discusión o el debate y c) la información y el consejo o asesoramiento; 3) el juicio sobre el medio más adecuado al fin y su elección, comprensivo de: a) la redacción y enmienda de anteproyectos, b) la proyección final y c) el control previo a la decisión (como corrección, anulación o veto del proyecto); 4) la decisión ejecutoria por el gobernante, consistente en la sanción o promulgación de la norma vinculante de conductas o "ley"; y 5) su ejecución, entendida como desenvolvimiento del mandato y su aplicación por vías de hecho.<sup>12 ter</sup>

Habiendo delineado de esa forma al proceso de decisión política, entendemos que la participación comunitaria puede y debe abarcar: 1) la etapa de deliberación y consulta sobre los medios apropiados al bien común político; 2) el enjuiciamiento y elección del medio más consecuente al fin propuesto, determinándolo en forma concreta. Las restantes etapas comprenden actos que son propios del gobernante, lo que no admite discusión; tanto al nivel inicial del conocimiento y elección del fin o bien puede haber influencias, pero no una participación efectiva; como también cabe decir del momento o acto de decisión propiamente dicho. Finalmente, puede concebirse una participación en el proceso de ejecución, por ejemplo, mediante el dictado de reglamentaciones, pero, a nuestro entender, no se trataría de actos propios de participación en el proceso de decisión política, sino en etapas posteriores a la decisión.

2. El tema del nivel de la participación suscita algunos inconvenientes que es preciso dilucidar. Por lo pronto, no hay conformidad en aceptar la distinción apuntada por nosotros entre participación directa (ejercicio del poder, actos de decisión política) y participación indirecta (proceso de decisión, actos de contenido no decisorio). Hay quienes, resaltando la nota típicamente protagónica del sujeto participante, quieren significar con ello una participación en la toma de la decisión misma; así, por ejemplo, Dana Montaña afirma categóricamente: "participa en el gobierno quien realmente de algún modo resuelve, no el que es consultado o el que tiene que cumplir la resolución adoptada...<sup>13</sup> Al igual que este autor, creemos que la ejecución de actos no implica participación propiamente dicha, pues no importa participación en el proceso de decisión; la resolución ya le viene impuesta y el ejecutor no puede menos que cumplirla. Pero disentimos en lo que respecta a la función de asesoramiento. Hoy nadie niega la gravitación del "consejo" en materias donde se requieren conocimientos específicos y técnicos, pues la complejidad del acto de decisión política hace menester el auxilio de técnicos y expertos, de científicos o de simplemente conocedores, quienes, previa consulta, puedan asesorar al órgano de decisión comunitaria sobre las posibilidades, inconvenientes y ventajas de determinados actos. Las funciones de asesoramiento y consulta se han multiplicado en el Estado moderno al punto tal que ya no hay resolu-

---

<sup>12 ter</sup> Comparar esta síntesis del acto-poder realizada según los considerandos de la nota precedente con la de SÁNCHEZ ACESTA, LUIS, ob. cit., pp. 417/419.

<sup>13</sup> DANA MONTAÑA, SALVADOR MARÍA, *La participación política y sus garantías*, Buenos Aires, Zavalía, 1971, p. 13. Igualmente confusa es la tesis de ENRIQUE HERRERA, ob. cit., p. 12.

ción sin dictamen; el asesoramiento por órganos individuales o mixtos parece ser una de las directrices del moderno gobierno. Así lo ha destacado Julio Oyhanarte, cuando, al referirse al funcionamiento de los órganos mixtos de asesoramiento, indica el carácter elevado y principal de esta modalidad participativa, puesto que "cuanto más importante sea una decisión económico-social, más compleja y difícil será su normación; y cuanto más compleja y difícil sea la normación, mayor será la posibilidad de que el que proyecta decida".<sup>14</sup>

También nos parece cuestionable, teóricamente, el propiciar una participación masiva con potestad decisoria. La no mediatización de la participación política nos sugiere la anulación final de la participación misma, puesto que si todos deciden, es decir, si todos gobiernan, desaparece el marco conceptual que define al poder político como tal. Si éste es la relación de mando y obediencia, la energía moral humana capaz de producir acatamiento voluntario, el ejercicio pleno del poder por la unanimidad de individuos hace extinguir la obediencia al mismo tiempo que la autoridad. Según se ha puesto de resalto, con el esquema del autogobierno se llega a conclusiones políticas desconcertantes, como es el eclipse de toda distinción entre quien manda y quien obedece, al igual que la desaparición de la autoridad y de todo poder legitimado por la autoridad. La política se reduciría a "una desnuda dinámica de fuerzas y contrafuerzas en la que ya no tiene sentido hablar de participación: elevada al máximo, la participación se anula a sí misma".<sup>15</sup> Es por eso que la participación en el poder no puede entenderse como ejercicio de todo el poder ni como toma de decisión. Si por ventura pudiera hacerse vigente un régimen explícito de autogobierno, acabaría por destruirse en el instante mismo de su instauración, por ausencia de poder.

3. Corresponde, en consecuencia, limitar el ámbito propio de la participación política al circuito de actos de poder no decisorios, excluyendo tanto la toma de decisiones definitivas como la mera ejecución de las mismas. Quedaría un amplio marco donde la participación comunitaria puede efectivizarse, y que hemos caracterizado como el ámbito del "proceso de decisión política". Dentro de él podemos distinguir variadas instancias —iniciativa, consulta, proyección, deliberación, control, etc.— que, sin ser típicamente actos decisorios, son instancias propicias para instrumentalizar la participación política. Este estadio, como se ve, es suficientemente amplio como para obtener adecuadas y variables proposiciones, sin que podamos excluir, *prima facie*, de la participación política ningún acto.

4. Desde un segundo punto de vista, la participación puede decirse directa o indirecta *según que el participante intervenga por sí mismo o por otro*, introduciéndose de esta manera, en el segundo caso, el mecanismo representativo. La participación indirecta es la participación por representación, actuando el representante por cuenta y en nombre del representado; en la técnica

---

<sup>14</sup> OYHANARTE, JULIO, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Buenos Aires, Paidós, 1969, p. 118.

<sup>15</sup> BAGOLINI, LUIGI, *Participación política e intereses sectoriales en ZAMPETTI*, PIER LUIGI, ob. cit., pp. 43/44.

representativa, la participación es tanto del representado como del representante, pero la participación de uno y otro tiene diferentes sentidos y fundamentos.

Al igual que en casos anteriores, no hay unanimidad de criterios en el entendimiento de la representación; es más, pareciera ser mayoritaria la opinión contraria a la nuestra. En un comienzo, la representación se vinculó a la concepción de la soberanía nacional y, de ese modo, pudo legitimarse el poder burgués afirmado en un régimen de sufragio censitario. Pero, en la actualidad, la representación aparece unida a la soberanía del pueblo y se la considera como el procedimiento a través del cual se hace real el gobierno del pueblo por el pueblo mismo. Por la representación, en esta doctrina, no se opera una sustitución de poderes —en el sentido de que el poder del representante sustituye al del representado—, sino una traslación de poder mediante la cual se legitima el gobierno de una minoría.<sup>16</sup>

Más, este sistema ideal funciona en la práctica de un modo diferente al modelo: sin abandonar el mito de la soberanía popular —que sostiene toda la ideología—, por la representación no sólo se legitima sino que también se sustituye al gobierno; el pueblo sólo alcanza a ser soberano esporádicamente, al elegir gobernantes, produciéndose luego la anulación de su poder que es sustituido por el de los candidatos electos. Es por ello que la participación popular queda postergada por la representación, que se dice libre pero se practica por sujeción al sistema de partidos; es también por ello que —como afirma Vanossi coincidiendo con esta ficción— de haber participación, debe haberla mediante proceso eleccionario previo, pues “no se alcanza la participación si no media proceso eleccionario: no hay participación sin representación”.<sup>17</sup>

Nosotros, en cambio, invertimos el tratamiento del tema: creemos que la representación no puede ser entendida sin una efectiva participación, porque aquélla no es sino una forma de viabilizar ésta. Siendo falsa e inconsistente la teoría de la soberanía del pueblo,<sup>17 bis</sup> no puede sostenerse válidamente que la representación sea un medio de legitimación de los gobernantes: *éstos no necesitan ser autorizados a gobernar*, gobiernan por derecho propio y no por delegación de la soberanía o poder; consiguientemente, si cae la ficción, cae también la representación entendida de esta forma. Pero, para nosotros, la comprensión del dispositivo representativo debe hacerse desde la participación política, para poder ver en aquélla una modal consecución de ésta. La repre-

---

<sup>16</sup> Ver: VANNOSSI, JORGE REINALDO A., *El misterio de la representación política*, Buenos Aires, Ediciones América Actual, 1972, p. 21: “Por el principio de la representación se reputa que la legitimidad del poder descansa en el consentimiento de los gobernados y que ninguna autoridad puede ejercerse si no es *por* virtud y *en* virtud de la efectiva participación de los detentadores del poder”. Como se ve, VANNOSSI es uno de los representantes en nuestro país de la concepción “democrática” que denunciamos en la nota 1. Partiendo de su concepción de la representación, la participación pierde importancia, y sólo se la puede utilizar como medio subsidiario y accesorio de la representación.

<sup>17</sup> Idem, *ibidem*, p. 75.

<sup>17 bis</sup> La soberanía popular es un mito. Para su crítica véase especialmente la breve obra de BIDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ, *El mito del pueblo como sujeto de gobierno, de soberanía y de representación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1960.

sentación debe desmitificarse, no es ella la varita mágica que transforma en legítimo soberano al gobernante sin que el pueblo abdique por ello de la titularidad de la soberanía. La representación es únicamente un resorte de la participación en el poder, un mecanismo más de hacer efectiva la participación política.

Como instrumento de participación, la representación hace posible la intervención en política de los intereses colectivos; el representante vocea el interés de sus representados, quienes participan por su intermedio. En el fondo, la representación política es un mecanismo de participación por sustitución y, por ello, la denominamos participación indirecta;<sup>18</sup> el representante no es partícipe por derecho propio y personal sino que debe su participación a los representados, verdaderos titulares del derecho a participar; quienes a su vez, como tales, tienen o deben tener el suficiente poder para controlarlo y constreñirlo a respetar las directivas impartidas en defensa de sus intereses.

### C) Organos

1. Uno de los problemas que se plantean al analizar la viabilidad fáctica de la participación política es el consistente en la definición del o de los órganos de la participación, es decir, los que —a manera de “continente”— actuarán de receptáculo de las tendencias participativas. La posición ante el problema varía según la óptica del analista; a nuestro modo de ver, el planteo debe hacerse desde el ángulo del Estado actual. Sería fácil idealizar una comunidad organizada de forma tal que hubiera siempre un lugar independiente para cada interés participante o representado. Sin embargo, creemos que no es allí donde debe cifrarse el ideal: éste, no radica en los medios, sino en reclamar en forma constante una óptima participación; la guía para el análisis está en la participación misma y no en los órganos donde la misma se desarrolla. Esto último constituye un problema instrumental que, por su naturaleza derivada, debe adecuarse a la realidad coetánea, al lugar y al tiempo en que se va a realizar la experiencia participativa.

2. Básicamente, pueden distinguirse dos tipos de participación según el órgano: existe una participación de naturaleza constitucional y otra de carácter extraconstitucional. La primera se da dentro de la estructura constitucional del poder, insertada en alguno o algunos de los órganos y poderes del Estado. La participación extraconstitucional, en cambio, se cimienta o manifiesta en órganos extraños a la tríada tradicional. Aquélla, actúa a través de órganos preexistentes; ésta, por lo general, se da por la constitución de órganos *ad hoc*.

---

<sup>18</sup> Etimológicamente, representar es “presentar nuevamente”, y por extensión, “presentar nuevamente ocupando el lugar de otro” (Ver: RANNEY, AUSTIN y KENDALL, WILLMOORE, *La democracia y el sistema de los partidos políticos en los Estados Unidos*, trad. de J. Barranco y D. M. de Ferrari, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1958, p. 81). Por eso, puede definirse a la representación como una participación por sustitución en razón de vínculos electivos o naturales, que opera un desplazamiento de la imputación de los actos del representante a los representados. (Ver: SÁNCHEZ AGESTA, LUIS, ob .cit., p. 276).

La experiencia demuestra que dentro de la actual repartición de funciones en que se organiza el Estado demoliberal, la participación comunitaria suele "estandarizarse" en el órgano legislativo, tanto en una como en otra Cámara. En cambio, la participación es más difícil de ubicar dentro de la estructura unipersonal que suele asumir el órgano ejecutivo, habida cuenta que los ministros —órganos técnicos— son auxiliares del Presidente, pero no constituyen al poder ejecutivo en sentido constitucional formal. Este análisis es válido principalmente para los regímenes presidencialistas y no tanto para los parlamentaristas. En el presidencialismo, la participación en el órgano ejecutivo suele quedar vacía, salvo, claro está, la filiación necesaria del Presidente a un partido político, que así halla eco en el poder y ve representados sus intereses. En el parlamentarismo es común la formación de gobiernos de coalición donde los ministerios son acordados a los diversos partidos; empero, no podemos concluir que en estos casos existe una participación política indirecta (representación), aunque sí puede hablarse de una influencia directa o indirecta a través de los ministros del ejecutivo. En el presidencialismo, en cambio, no es normal la coalición gubernamental, porque el fortalecimiento del partido gobernante se resuelve normalmente por el monopolio partidario de los ministerios, que suelen quedar absorbidos por un mismo y solo partido, el que domina el Poder Ejecutivo.

En este sistema, el único órgano de poder que *ab initio* aparece ajeno a la participación de las fuerzas políticas es el jurisdiccional; éste suele encontrarse alejado tanto de los partidos políticos como de las organizaciones de intereses y su inmunidad participativa resulta imprescindible para la recta independencia funcional y subjetiva que se reclama del juzgador.

3. La participación extraconstitucional se traduce en la constitución de organismos que, sin introducirse en la tradicional repartición de funciones estatales, funcionan en la práctica en dependencia de alguno o algunos de los poderes constituidos. El supuesto clásico, extendido en varias de las democracias actuales, es el de los Consejos Económicos y Sociales. Su surgimiento ha sido la consecuencia de las continuas crisis de los Estados demoliberales, carentes de representatividad; aparentemente, los partidos políticos habrían agotado los recursos propios y el Estado ha debido recurrir al auxilio y apoyo de otras fuerzas políticas reconociéndoles y concediéndoles un foro donde, con independencia y cierta autonomía funcional, puedan expresar sus opiniones.

Mas, en la práctica, la supuesta independencia de los Consejos ha desaparecido, pues funcionan dependiendo de los partidos políticos quienes actúan escudados por el órgano de gobierno que es asesorado (ejecutivo o legislativo).

#### IV — NATURALEZA Y FUNDAMENTOS

##### A) Filosófico

1. La consideración primaria de la participación política debe, necesariamente, ser filosófica, pues nuestro intento está en penetrar en los hechos hasta alcanzar la esencia misma de la participación comunitaria en el poder, descubriendo los primeros principios y las causas últimas que la fundan y dan sen-

tido. Del análisis empírico de las comunidades humanas surge, como hecho social constante y reiterado, la intervención del hombre en las tareas comunitarias, su participación en el manejo y administración de los negocios preferentemente comunes a todos. De las formas más variadas el hombre se ha interesado en lo común de la convivencia, haciéndose presente en la vida pública y posibilitando con ello una concreta organización jurídico-política.

Sin embargo, no podemos quedarnos en el *simple hecho* de la participación; más allá de la observación empírica tenemos que razonar que esa tendencia del hombre a participar en el poder se inscribe cardinalmente en su naturaleza y que es ésta la que los impele a ocuparse del bien totalizante e integral del cuerpo político. De ahí que podamos afirmar —apoyados en el estudio sociológico del comportamiento humano y en la ética de la politicidad natural de la persona— que la participación misma entraña un derecho, un derecho que es natural en tanto y en cuanto se halla inscrito en la propia naturaleza humana. Es esta condición primaria y esencial del hombre la que requiere de la autoridad y del Estado y la que hace menester la intervención activa de los miembros de la comunidad en la formación y modelación del régimen político. El más hondo fundamento de la participación política en la gestión del bien común está, pues, en la politicidad natural de la persona que lo inclina a lo público y a lo comunitario como al ámbito más elevado de su perfección. Consiguientemente, la participación cívica es concebible como un *derecho natural* que, como tal, se inscribe en un orden superior y perfectivo: el orden natural humano.<sup>19</sup>

2. Mas, como resaltara la enseñanza escolástica, todo derecho natural está vinculado en última instancia a un orden objetivo y obligatorio que impone deberes de la misma índole, es decir, naturales, y cuyo cumplimiento es imperioso para el hombre. En nuestro caso, el deber natural que genera el correlativo derecho natural a participar en la vida política no es otro que el de colaborar en la realización del bien común, en tanto con esa colaboración se logra la plenitud y perfección personal y societaria. En un rol de prioridades, el orden engendra deberes a la vez que instrumenta derechos para poder cumplirlos.<sup>20</sup>

Esta perspectiva ético-filosófica nos revela la participación política desde una triple naturaleza: como derecho natural dimanado de un orden natural e instituido como medio para cumplir con el preceptivo moral (natural) de nuestra propia perfección.

---

<sup>19</sup> Desde esta perspectiva ver: MARTÍNEZ VÁZQUEZ, BENIGNO, ob. cit., pp. 20 y ss.

<sup>20</sup> TOMÁS D. CASARES ha enseñado que: "Si la dignidad está en juego cuando se trata de resguardar los derechos primordiales, es porque de esos derechos depende en cierto modo la integridad de la condición humana". Y agrega: "Y como el deber moral no es otra cosa que la obligación de mantener y exaltar la integridad de lo humano en nosotros, viviendo —como ya lo enseñaba ARISTÓTELES— por lo más elevado de nosotros mismos —que es el espíritu— el fundamento del derecho, lo mismo que aquella delimitación de su alcance (...), se halla en el deber. Tengo derecho porque debo. (...) El deber funda los derechos requeridos para su propio resguardo". Y concluye: "El derecho está, pues, fundado en el deber, y al propio tiempo como sitiado por éste". (*La justicia y el derecho*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, pp. 124/125. Igualmente, ver, por todos: MARITAIN, JACQUES, *El hombre y el estado*, 3ª ed., trad. por M. Gurrea, Buenos Aires, Kraft, 1956, pp. 102/116).

3. La sola visión de la participación cívica en el poder como un derecho meramente legal no alcanza para conceptualizar en toda su plenitud esta potestad, puesto que hacer depender la participación como derecho de la voluntad del legislador ocasional implica tanto como arraigarla en el cambiante querer humano. Y si hacemos hincapié en la naturaleza ética de este derecho es, precisamente, para resguardarlo de omisiones legislativas ya que, siendo esencialmente natural, la participación política precede al Estado y al legislador y éste no puede sino aceptarla en el orden jurídico objetivo. Es que la participación política, como tiene dicho Enrique Herrera, no es algo agregado al sistema político, "una especie de «concesión graciosamente otorgada», sino que constituye una de las bases mismas de expresión de la persona humana. La participación aparece así para las personas y grupos no sólo como un derecho, sino también como una exigencia y una obligación".<sup>21</sup>

## B) Jurídico

1. La participación política también halla fundamentación en ámbito de lo jurídico, es decir, en el derecho concebido como "acto justo" y en el orden jurídico entendido como "orden de justicia". Es en las distintas formas de justicia donde debemos buscar una nueva fuente argumental de la participación popular en el poder; la distinción entre justicia conmutativa, justicia distributiva y justicia legal permite un nuevo entendimiento de la participación en sus más profundas raíces.

A nuestro modo de ver, las nociones diferentes que encierra el concepto de participación política tienen, respectivamente, asidero en las variedades de la justicia. En un primer momento el concepto de participación política se vincula al de justicia legal, pues si por ésta debemos entender la debida de las partes al todo (y en el supuesto específico que analizamos, la debida por los individuos y grupos al Estado) como participación de las partes en el bien común, basta con sólo reparar en la noción apuntada para comprender que la participación, cuyo objeto último no puede ser otro que el bien común, es un capítulo o exigencia de este tipo de justicia.

Sin embargo, esta visión puede y debe ser complementada recurriendo a la idea de la justicia distributiva, entendiendo por tal la modalidad de la justicia que señala lo debido por el todo a las partes; en consecuencia, brota de esta noción una nueva forma de entender la participación política, como reclamo de los individuos y de los grupos al Estado, como participación de las partes en los beneficios comunes.

---

<sup>21</sup> HERRERA, ENRIQUE, ob. cit., p. 9. Comparar con HARO, RICARDO, *Algunas reflexiones sobre la participación y la democracia*, comunicación que el autor preparara y presentara en el "Primer Encuentro Argentino de Derecho Político", para profesores de la materia (ver EL DERECHO, 81-843/848). La opinión de HARO no nos parece lo suficientemente precisa cuando describe el fundamento de la participación política, pues afirma que ésta tiene dos dimensiones: como "derecho" que se reclama o se reivindica y como "deber", generalmente incumplido (pp. 844/845). La vaguedad de las expresiones nos exige de mayores comentarios.

Esta conceptualización explica, a nuestro ver, el doble punto de vista que puede adoptarse al definir la participación popular en el poder. Como exigencia de justicia legal, la participación se presenta como un deber a la vez individual y social, cuyo cumplimiento puede ser obtenido compulsivamente por el Estado; la apatía o indiferentismo político está definida, desde este ángulo, como un acto injusto, violatorio del deber de participar en la gestión de los bienes comunes. Como exigencia de justicia distributiva, el participar aparece como el derecho de los ciudadanos y de los grupos a intervenir en la distribución de los beneficios obtenidos en la tarea común, a la vez que exige del Estado una continua y estable mecánica de comunicación e información comunitaria con el resto de los artífices del proceso político. La apatía política refiere, en esta noción, una injusta distribución de los beneficios (no proporcional) o una ausencia de los mismos.<sup>21bis</sup>

2. Según habíamos dicho,<sup>22</sup> la participación política refería dos ideas que sin ser radicalmente opuestas, significaban juicios no intercambiables; en principio, la participación era entendida como tomar parte, como un hacer en común algo común; según lo ha explicado Bidart Campos, este sentido originario de la participación política importa la intervención "en una actividad mancomunada, solidaria y total que engloba a gobernantes y gobernados" y que él llama "política plenaria".<sup>23</sup> La participación es vista desde un sujeto que se presenta como protagonista del régimen político y que interviene activamente en éste, moldeándolo y dándole contenido propio.

Había, sin embargo, un segundo alcance del término participación política y que ha recogido el propio Bidart Campos: es la participación como tener parte y que para el autor hace referencia a la intervención comunitaria en el "disfrute de bienes y servicios que el Estado tiene que promover y realizar"...<sup>24</sup> Según explicamos, Herrera veía esta modalidad participativa como un dar parte, es decir, desde la óptica del sujeto obligado a participar los beneficios que, en este caso, es el Estado mismo como distribuidor; y esta noción de dar parte halla su correlato en el tener parte de los partícipes, cuya

---

<sup>21 bis</sup> Resulta interesante señalar un rasgo distintivo entre la filosofía del realismo político y la del individualismo liberal, base del actual sistema democrático. Mientras que para el realismo la relación de las partes con el todo, del individuo y los grupos sociales con el Estado, es una relación de justicia legal; y, a la inversa, la relación del Estado con los miembros de la comunidad es una relación de justicia distributiva, eminentemente proporcional; el individualismo, al negar a lo social y a lo político el carácter de realidades de orden propio, subsume y reduce las relaciones sociopolíticas y económicas a la justicia conmutativa. Si sólo hay individuos, las relaciones con el todo social serán relaciones de un individuo con muchos individuos; por ende, en el fondo, para el democratismo, no hay más que una forma de justicia: la conmutativa. "Toda convivencia humana —escribe JOSEF PIEPER—, sea familiar o estatal, se reduce a una compensación o equilibrio de intereses entre individuos absolutamente equiparados en derechos". *Justicia y fortaleza*, trad. de M. Garrido, Madrid, Rialp, 1968, p. 87.

<sup>22</sup> Ver *supra*, II, 1, pp. 3/5.

<sup>23</sup> BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *El régimen político de la politeia a la res publica*, Buenos Aires, Ediar, 1979, p. 151. En el pensamiento de BIDART —siguiendo a JUAN F. LINARES— participar en la política plenaria es hacerlo en el proceso de decisión política.

<sup>24</sup> Idem, *ibidem*, pp. 154/155.

posición en este caso no es tan activa como en el primero, puesto que se limitan a recibir.

Yendo un poco más allá de la distinción terminológica, en una y otra forma de ver la participación aparecen diferentes sujetos obligados lo mismo que un diverso fundamento jurídico. En la participación como "tomar parte", el obligado es el individuo o el grupo social; para ellos, participar, es un débito, una *obligación fundada en la justicia legal*. En cambio, la participación entendida como "tener parte" tiene como sujeto obligado al Estado que debe difundir o distribuir en el cuerpo social los réditos y beneficios del bien común; su fundamento está, entonces, en la noción de justicia distributiva.

A pesar de la validez de este distinguo, hemos empleado en el texto el término "participación política" en el primero de los sentidos, como "tomar parte", porque es desde esta posición que la participación muestra su carácter activo y el rol protagónico, de "actor", que tiene la comunidad.

### C) Político

1. El análisis político muestra a la participación en el poder como una directiva innegable del comportamiento político y que es menester respetar en la comunidad para el logro de un recto orden político. No se discute que para ello sea necesaria no sólo una sólida base social sino también una agrupación de fuerzas estables y una "creencia" en el régimen, trasuntada en actos de lealtad a sus principios organizativos. Los beneficios fundamentales de la participación serán, entonces, la estabilidad política y la responsabilidad comunitaria, conseguida sobre la base de principios compartidos y de lealtad al régimen político.

2. La participación brinda estabilidad y perdurabilidad al régimen; éste, por obra de la participación, se hace común, se comunica y difunde por el cuerpo político; la autoridad adquiere la indispensable base de consenso y respeto para poder operar en bien del todo. La participación es un factor coadyuvante al logro del bien común, a la vez que actúa como sustento del gobernante, haciéndolo querido y respetado por el ciudadano.<sup>25</sup> Por ello se ha dicho que la ausencia de comunicación entre gobernantes y gobernados, es decir, la ausencia de participación, provoca la debilitación del régimen y lleva, finalmente, a un vacío de autoridad que arrastra al abismo a los detentores del poder.<sup>26</sup>

Esto ya fue visto por Santo Tomás quien consideraba la participación como una regla de sana política. En distintos pasajes de su vastísima obra pudo el Aquinate referirse a la participación de los ciudadanos en la vida política, ponderándola y destacando los resultados positivos y beneficiosos para toda la comunidad. Así, refiriéndose a Esparta, destacó que la posibilidad que su constitución daba a los ciudadanos de ser elegidos permitía que el pueblo, al tener parte en las funciones públicas, deseara la conservación del régimen; y, en otra parte, escribió: "Es cosa peligrosa que los miembros del pueblo

<sup>25</sup> Cfr. SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Representación política*, Rosario, Orbir, 1973, p. 117.

<sup>26</sup> Ver DANA MONTAÑO, SALVADOR M., ob. cit., p. 15.

no tengan parte alguna en los honores (...) porque se juzgarán tratados indignamente, y, como son numerosos y pobres, provocarán sediciones y desórdenes en la ciudad, lo cual representa un peligro muy grave".<sup>27</sup>

La participación popular es vital para la duración de todo régimen político, a tal punto que no sólo es instrumentada en los países libres sino que se la llega a instrumentar en forma aparente en los regímenes totalitarios. Comparando el régimen político de los EE.UU con el de la URSS, se ha dicho que: "Para los soviéticos resulta extremadamente importante que la participación política sea intensa y total, porque así se facilita la politización política directa constante además de que se crea la impresión de que existe una aprobación popular del sistema político y de los cambios realizados por él".<sup>28</sup>

3. De otra parte, la participación, al permitir el acceso a niveles de decisión a los distintos sectores y grupos comunitarios, suscita entre los intervinientes el sentido de la responsabilidad. La toma de posiciones al no depender sólo del criterio e impulso de unos pocos, se obtiene sobre un basamento más sólido y estable, y el acatamiento y la obediencia son de más fácil consecución. Como ha escrito Maurice Duverger:<sup>29</sup> "Si los ciudadanos participan activamente en el poder colectivo están ligados por las decisiones tomadas también en común, y no pueden oponerse". Mas, no debe pensarse que al recaer en muchos, la responsabilidad misma se diluirá en distintos sujetos obligados (tal como si se "burocratizara"), fragmentándose en anónimas cabezas hasta desaparecer. Por el contrario, al distribuirse una decisión en distintas etapas que incluyen diferentes obligados se generan nuevos responsables, ensanchándose el marco político subjetivo de la toma de resoluciones. Esto nos permite ver en todo su significado político a la participación, como medio de trabazón de vínculos comunitarios. Pero aquí ya entramos en otro campo, el de la Sociología Política.

4. Finalmente, desde la fundamentación política de la participación, podemos señalar con Martín Artajo la vinculación existente entre ésta y el principio de subsidiariedad. Del juego de ambos surge la delimitación de roles y tareas incumbentes a cada sujeto político, al mismo tiempo que permite argumentar en defensa de la participación comunitaria en tanto no es absorbida ni

---

<sup>27</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, *In pol.*, III, 9, 3, cit. en DEMONGEOT, M., *El mejor régimen político según Santo Tomás*, trad. de J. L. Gutiérrez G., Madrid, B. A. C., 1963 pp. 118/9. En la famosa I-II, q. 105, a. 1 de la *Suma Teológica* escribió el santo: "Debe decirse que acerca de la buena ordenación de los príncipes en alguna ciudad o nación deben tenerse presentes dos cosas. De las cuales una es que todos tengan alguna parte en el principado, porque con esto se conserva la paz del pueblo, y todos aman y defienden tal institución". T. VIII: *Tratado de la ley y la gracia*, trad. por I. Quiles, S. I., Buenos Aires, Club de Lectores, 1949, p. 246.

<sup>28</sup> BRZEZINSKI, ZBIGNIEW y HUNTINGTON, SAMUEL P., *Poder político U.S.A.-U.R.S.S. Semejanzas y contrastes*, t. I, trad. de J. M. Velloso, Madrid, Guadarrama, 1970, p. 132.

<sup>29</sup> DUVERGER, MAURICE, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, 5ª ed., trad. de I. Molas y otros, Barcelona, Ariel, 1970, p. 100. Para LUIGI BAGOLINI la participación es factor difusor de responsabilidad que se conceptúa como la "toma de precisas responsabilidades por parte del mayor número posible de los miembros de la sociedad civil". (Ver: ob. cit., loc. cit., pp. 56/57).

sustituida por el Estado. La doctrina social de la Iglesia enseña que la apatía política entraña una enajenación de las tareas propias de los individuos y de los grupos políticos en favor del Estado, advirtiendo al mismo tiempo que "bajo ningún concepto el ciudadano debe transferir a las instituciones del Estado su derecho y su deber de participar en la vida pública" pues se rompería el axioma "coloquial" de la política moderna, con el principio de comunicación o diálogo entre gobernantes y gobernados. Una transferencia de atribuciones como ésa, convertiría en monólogo la labor política, por culpa de los propios gobernados.<sup>30</sup>

#### D) Sociológico

1. El enfoque sociológico-político de la participación popular arranca de la consideración de la misma como *agente constitutivo de la comunidad*, desde que el concepto mismo de comunidad estaría indicando la necesaria colaboración o participación de los ciudadanos; la participación popular es una *conditio sine qua non* para la existencia de la organización política. Apropiándonos de las palabras de González Casanova podemos decir que: "la participación en la vida política de la comunidad de todos sus miembros es la condición esencial para que se puedan considerar éstos como constituyendo una comunidad".<sup>31</sup> Empero, debemos advertir contra la errónea interpretación de esta afirmación porque con ella no se está queriendo significar que el origen del Estado sea convencional; muy por el contrario, lejos de todo mecanicismo individualista, se ha querido resaltar el aporte humano a la convivencia, asignándole un carácter fundante de la misma.

El hombre es hacedor de su vida y de su destino; por ende, es también hacedor de su comunidad. ¿Qué alcance tiene esta contribución voluntaria del hombre? Para nosotros —como reza la enseñanza tradicional— la sociedad política viene incoada en la naturaleza humana, pero nunca al punto tal de determinar por sí la forma y oportunidad de la organización política; para ello se requiere de la intervención activa y voluntaria del hombre. Recordemos que causa eficiente del Estado no es sólo la naturaleza humana política (el hombre como *zoön politikon*), sino también la actuación de esa naturaleza por el hombre en el caso concreto, mediante la realización de *actos de convivencia*: como en la filosofía clásica, aquella virtualidad humana (causa eficiente remota) requiere de su específica y circunstancial actualización, exige ser puesta en acto (causa eficiente próxima). Y esa actividad voluntaria del hombre —por la que se actualiza la tendencia natural de sociabilidad como

---

<sup>30</sup> ARTAJAJO, MARTÍN, *La vida en la comunidad política* en Concilio Vaticano II, *Comentarios a la constitución "Gaudium et Spes" sobre la Iglesia en el Mundo actual*, Madrid, B. A. C., 1968, p. 559.

<sup>31</sup> GONZÁLEZ CASANOVA, JOSÉ A., ob. cit., p. 143. Es esta también la opinión de ARISTÓTELES cuando al comparar el gobierno de la ciudad con la labor de los marinos en la navegación, afirmó que así como la seguridad de la navegación es obra de los marineros, "análogamente, los ciudadanos, aunque sean desiguales, tienen una obra común que es la seguridad de la comunidad"... *Política*, reimp. 1ª ed., trad. de J. Marías y M. Araujo, Madrid, IEP, 1970, 1. III, c. IV, 1276 b, p. 73.

impulso prístino de la naturaleza humana— es a la que podemos considerar como factor constituyente del ser estatal. En este sentido es legítimo afirmar que sin participación del ciudadano no hay participación civil.

2. La integración comunitaria a niveles de unificación y compenetración con el régimen político puede ser vista también como fruto consecuente de un alto grado de participación popular. Según lo ha explicado Duverger,<sup>32</sup> una comunidad humana integrada requiere dos tareas definitorias: es menester, en principio, la eliminación de los antagonismos sociales, para luego, y al mismo tiempo, poder desarrollar nexos de solidaridad entre los miembros de la comunidad.

A nuestro modo de ver, la participación suscita vinculaciones entre los participantes, de las cuales se destacan las siguientes: a) el sentimiento de mutua dependencia y su correlativa valoración del prójimo, como elemento configurante de la solidaridad socio-política; b) el sentimiento de integración en un todo que es querido individualmente, a la vez que común, que no es sino el basamento sociológico de la Nación y del Estado como vínculos políticos y metapolíticos; y c) el sentimiento de defensa y protección de lo común, configurativo de la lealtad al régimen y principio tutelar de los bienes comunes.<sup>33</sup>

## V. — MODELOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Corresponde ahora que llevemos el análisis teórico esbozado precedentemente a sus concreciones históricas, con el propósito de verificar el grado de participación política en los distintos regímenes. Desde ya nos parece necesario realizar dos advertencias: en primer lugar, y por razones puramente prácticas, haremos referencias a los modelos más o menos actuales, es decir, los establecidos en los dos últimos siglos; y, en segundo lugar, de estos regímenes descartaremos de plano el modelo comunista, que consiste, precisamen-

---

<sup>32</sup> DUVERGER, MAURICE, *Introducción a la política*, 3ª ed., trad. de J. Esteban, Barcelona, Ariel, 1970, pp. 205 y ss.

<sup>33</sup> El problema de la naturaleza y justificación de la participación política es lo suficientemente amplio como para no quedar circunscripto a las razones expuestas en el texto; pero, creemos que solamente a partir de éstas se podrá alcanzar una noción aproximada de la vital gravitación comunitaria de la participación política en el poder. Compárese nuestro intento de dar cometido y validez a los reclamos de la participación popular con las afirmaciones del catedrático del Colegio de Amherst, Earl Latham. Este dice: "Participar en política más allá del acto electoral es una forma de actividad que tiene por lo menos dos justificativos: uno personal y otro social. Primero, es divertido. Es una forma de empresa personal más cansadora que el golf y más llena de sentido que el bridge (...). También es distinguido tener éxito en política, posiblemente una de las más latas distinciones sociales". (Ver: LATHAM, EARL, *Prólogo a Ranney, Austin y Kendall, Willmoore*, ob. cit., p. 12).

Expresiones como las de este profesor demuestran a las claras toda la oscuridad que envuelve la problemática participativa, inclusive la poca seriedad con que es tratada por los especialistas. Hasta ahora sólo ha habido una fundamentación burguesa del proceso de aproximación de la comunidad al poder. Decir que la participación política es divertida y que otorga distinción social, presentando ambos sucesos como resortes para convalidarla, no es sino desconocer, en el fondo, la importancia del tema.

te, en la continua y sistemática negación de la participación popular en el poder, ya que el fin perseguido y los medios disponibles para ello en la URSS —cúspide del sistema como lo han puesto de manifiesto Brzezinski y Huntington—, son muy distintos al fin y a los medios con que la participación es obtenida en los gobiernos no comunistas. Por lo pronto, la participación política en los regímenes comunistas como el soviético no es voluntaria sino que está promovida por el gobierno, incluso, la mayor parte de las veces, mediante métodos coactivos. La coerción aparece como la forma primaria de obtener participación. Además, en la URSS la participación es vista como un medio del que dispone el gobierno para obtener el control sobre la masa de gobernados, control basado en la intimidación y en el terrorismo, a diferencia de otros sistemas —como el de EE.UU, recordado por los autores mencionados— donde el control es recíproco de líderes y masa entre sí.<sup>34</sup>

Al adoptar el término “modelos” lo hacemos no para indicar el “ejemplo” de un régimen con participación, sino —un tanto arbitrariamente—, tratando de identificar los regímenes políticos con lo que tienen de común y en cuanto adoptan una determinada concepción política ideal, sin entrar en la consideración de la específica diferencia o condiciones singulares de cada Estado. Estos modelos son, para nosotros, básicamente cuatro: el liberal, el democrático, el partidocrático y el corporativo.

#### A) *El modelo liberal*

1. El ideal político liberal se caracteriza por ser específicamente individualista; tributario del mecanicismo racionalista antitradicional, el liberalismo vio en el individuo la sustentación fáctica del sistema social, económico y político. De esta forma, la relación política se polariza entre individuo y Estado o, mejor dicho, el individuo es colocado frente al Estado y, más que en condiciones de convivencia, en situación de temor por la mutua agresión (H. Spencer). Al decir de Julio Oyhanarte, la política liberal se caracteriza por ser dualista en su concepción, en tanto que el individuo y el Estado son los dos únicos sujetos posibles de protagonizar las relaciones jurídico-políticas.<sup>35</sup> Al poner al individuo frente al Estado, se hizo al primero poseedor de la totalidad del poder privado, en tanto se anuló el poder público del segundo limitándolo a una función “legislativa garantista” de los derechos individuales.

2. Al imperar ideológica y políticamente el liberalismo, la atribución del poder soberano del individuo se hizo, no a la manera de Rousseau y su soberanía popular, sino bajo la forma burguesa de Sieyes de soberanía de la Nación. Recuerda Burdeau que durante el período revolucionario francés la

---

<sup>34</sup> BRZEZINSKI, ZBIGNIEW y HUNTINGTON, SAMUEL P., ob. cit., pp. 132 y ss. Sería correcto utilizar la palabra *movilización* en el lugar de participación, pues como se ha dicho, “al movilizar las masas en organizaciones de control social, el régimen (soviético) intenta limitar y suprimir cualquier intento desviacionista entre otros grupos de la población”. (p. 142).

<sup>35</sup> OYHANARTE, JULIO, ob. cit., p. 114.

noción de pueblo no tenía carácter cuantitativo, no era considerado como una suma de individuos ni se veía en él un número (el postulado "un hombre, un voto" no es liberal); por el contrario, el pueblo era definido desde la idea revolucionaria de "nación" que —como correctamente entiende Zampetti— no es sino un pueblo idealizado, un pueblo de burgueses o de ciudadanos, porque en el modelo liberal, burgués y ciudadano vienen a coincidir. Fue esta definición de la nación lo que permitió el gobierno irrestricto de la burguesía sobre la base del sufragio limitado por el censo y la doctrina parlamentaria del mandato libre o representativo.<sup>36</sup>

3. A través del sufragio censitario los derechos políticos se atribuyeron a la burguesía propietaria; el pueblo, del que se decía se lo había independizado al establecerse la igualdad natural (formal y mítica), fue acallado y gobernado mansamente. Es más, el propio elector se veía desprovisto de armas para hacerse representar realmente por los diputados electos: el mandato libre permitía una independencia total del representante. Como dijera Condorcet: "Mandatario del pueblo, yo haré lo que crea más conforme con sus intereses. El me ha enviado para exponer mis ideas, no las tuyas. La independencia absoluta de mis opiniones es el primero de mis deberes hacia él".<sup>36 bis</sup>

Al fin y al cabo, la independencia del representante poco importaba, pues existía una exacta identificación de intereses entre electores y elegidos, entre votantes y diputados. El elector, como propietario, sabía que el representante electo no podía defender otros intereses que los de la propiedad, pues éste era también propietario.

4. Analizado a la luz de la participación política, el modelo liberal es limitativo y excluyente de toda participación real; sectoriza la participación atribuyéndola como derecho exclusivo de los propietarios, de la burguesía; restringe la participación a la elección y sólo permite ser elector y elegido a los burgueses propietarios. Como lo ha dicho Sagüés, con este mecanismo se niega toda intervención popular, "se procura enmudecer política y jurídicamente a la población cuya actuación consiste en un mero acto de designación".<sup>37</sup>

Con ello terminamos por verificar la veracidad de los juicios ya vertidos en el siglo pasado: el liberalismo abdicó por propia voluntad de los fines que lo hicieron teóricamente revolucionario. "El partido liberal —escribió Stahl— establece la idea de igualdad frente a la nobleza, frente a todos los estamentos en cuanto tales, porque, con arreglo a la base de la revolución, no puede reconocer ninguna articulación orgánica. Sin embargo, cuando se pretende la realización positiva de la igualdad, que la clase de los no poseedores tengan los mismos derechos, entonces abandona la idea y establece diferencias jurí-

---

<sup>36</sup> BURDEAU, GEORGES, *La democracia*, 1ª ed. 2ª reimp., trad. de A. Latorre, Barcelona, Ariel, 1970, pp. 32/33; ZAMPETTI, PIER LUIGI, *Democracia representativa y democracia participativa* en ZAMPETTI, PIER LUIGI y otros, ob. cit., pp. 12/14.

<sup>36 bis</sup> SAGÜÉS, NÉSTOR P., ob. cit., p. 21.

<sup>37</sup> Idem, ibídem.

dico-políticas a favor de los poseedores. Pretende una representación censitaria...”<sup>38</sup>

Al restringir la participación política el mecanismo de designación electoral y circunscribir los derechos electorales y políticos al cerrado círculo de la burguesía propietaria, el liberalismo no es sino un modelo negatorio de la auténtica participación popular en el poder.

## B) *El modelo democrático*

1. Asentado en el principio de la soberanía de un pueblo de iguales, el sistema democrático rebasa la concepción liberal de la soberanía de la Nación, naturalmente sufragista y electoralista y sustancialmente restrictiva de la participación; el modelo estructurado sobre la creencia de la soberanía popular, al contrario del anterior sistema, conlleva, insita, la política del autogobierno, del gobierno por todos.

La concepción democrática en su estado puro concluye en la postulación del gobierno directo y sin intermediarios por el pueblo todo, siendo consecuente con el principio de la inenajenabilidad de la soberanía, expresión —una vez más— de las ideas de Rousseau. Si el liberalismo abdicaba de la igualdad entregando el gobierno a la clase poseedora, el democratismo lleva ese principio a su estado extremo o absoluto, entendiendo la política como obra de todos en y desde el gobierno; retiene, a diferencia del liberalismo, el poder en el pueblo y le confía el gobierno de la comunidad por sí misma.

2. Esta teoría de la democracia absoluta, es decir, del gobierno del pueblo por sí o autogobierno, no es sino un “mito” y, como tal, utópico e inalcanzable. En última instancia, el autogobierno como potestad de autodirección, es el ensalzamiento de la soberbia humana y la negación de toda subordinación, como síntesis derivada de una hipotética igualdad que hace imposible la legitimación de un régimen de poder. En la instancia *pueblo* acaba por reducirse toda realidad, comprendiendo tanto al que manda como al que obedece.<sup>39</sup>

Por irrealizable, la democracia pura no ha conseguido vigencia real y ha derivado necesariamente en un sistema de representación política, en un régimen de enajenación de la soberanía. Como ya dijimos, siguiendo a Bagolini,<sup>40</sup> el gobierno por todos no solamente es impracticable sino que, fundamentalmente, conduce a la anulación de la participación política; si ésta no es mediata, termina por autodestruirse. El autogobierno sólo puede concebirse,

---

<sup>38</sup> STAHL, FRIEDRICH JULIUS, *Die gegenwärtigen parteien in staat und kirchen*, Neunundzwanzig Akademische Vorlesungen, Berlín, 1863, p. 73, cit. en Lenk Kurt y Neumann, Frank (editores), *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, trad. de I. de Otto, Barcelona, Anagrama, 1980, p. 22. Al decir de los editores de esta obra, “la exigencia de igualdad de los liberales ha estado limitada a las capas poseedoras e ilustradas”.

<sup>39</sup> Conf.: BIDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ, *El mito del pueblo*. . . ob. cit., pp. 11/12 y 29/62.

<sup>40</sup> Ver *supra*, III, B, 2, p. 12 n.

entonces, como una ideología que mueve a la acción, como un objetivo inalcanzable; es un utópico ideal, mas no un régimen de posible facticidad.<sup>41</sup>

### C) *El modelo partidocrático*

1. Si debemos considerar a la democracia dentro de un ámbito real de operatividad, no podemos hacerlo sino relacionándola con el sistema de partidos políticos. Como anticipáramos, el ideal del autogobierno concluye en el dominio de la representación política que, modernamente, en la gran mayoría de los Estados, es manejada y dominada por los partidos políticos. El carácter instrumental con que fueron vistos en un comienzo —es decir, como mecanismos de representación— ha evolucionado de tal manera que hoy se considera que no hay democracia sin partidos políticos, pues, al decir de Schattschneider “los partidos políticos crearon la democracia, o, mejor dicho, la democracia moderna es un producto de la lucha de partidos”.<sup>42</sup> A ese régimen político en que los partidos se han convertido en amos y señores del poder nosotros le llamamos *partidocracia*.

Análogamente al liberalismo, durante la partidocracia la formación del gobierno sigue siendo de naturaleza electiva, pero el sufragio se ha extendido mayormente hasta universalizarse. En la doctrina partidocrática, la más amplia participación está dada por el sufragio universal y por la constitución de partidos como vehículos de acceso al poder. Para nosotros, en cambio, el régimen partidocrático dista mucho de conseguir o reflejar el sistema participativo que los mismos defensores de la partidocracia pretenden que es.

2. Un análisis de la partidocracia no puede dejar de señalar en principio, la contradicción esencial del régimen mismo. Al igual que en el liberalismo, en la partidocracia solamente se da cabida a la participación de base individual pues el individuo continúa siendo el sujeto político excluyente. Pero este sujeto no alcanza a ser políticamente real sino a través de entes colectivos, en este caso, de los partidos políticos.<sup>43</sup> Como el sujeto representado sigue siendo

---

<sup>41</sup> Resulta contradictoria la concepción de Sartori para quien la democracia como autogobierno es un mito si se la mal interpreta; para el autor, el autogobierno es un ideal que funcionalmente está llamado a estimular la participación cívica. Sartori reconoce que este autogobierno es imposible, mas estima que hay, sin embargo, un autogobierno posible y que científicamente está dado por las diferencias existentes entre las formas democráticas y no democráticas de gobierno. Como se ve, la vaguedad de conceptos concluye en un juego de palabras. Ver: SARTORI, GIOVANNI, *Aspectos de la democracia*, trad. de R. Castillo D., México, Limusa-Wiley, 1965, p. 70.

<sup>42</sup> SCHATTSCHNEIDER, E. E., *Régimen de partidos*, trad. de A. López P., Madrid, Tecnos, 1964, p. 26.

<sup>43</sup> Afirma Mario Justo López que “en la historia contemporánea la política ha dejado, en parte, de ser atributo de los políticos, individualmente considerados, para convertirse en actividad de entes colectivos, de los partidos políticos”, los que vienen a ser los “actuales protagonistas de la vida política”. *La crisis de los partidos políticos* en: Campobassi, José A. y otros, *Los partidos políticos. Estructura y vigencia en la Argentina*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1963, p. 76.

el individuo, decimos que la representación mantiene su fundamento individualista; pero ésta sólo alcanza vigencia a través de la injerencia de un único interlocutor válido: el partido, que es de naturaleza colectiva. Pero la contradicción no concluye en esta manifestación sino que acarrea otro hecho de fundamental importancia, y es que el partido político no sólo actúa como vehículo de participación individual, sino que se ha transformado en el sujeto titular de un sinnúmero de derechos políticos, en el único sujeto político capacitado y habilitado para ejercer variadísimas potestades políticas. Por eso es que cabe afirmar que el partido no es ya exclusivamente un sujeto o instrumento de la participación o representación, sino más bien titular del derecho a participar, desplazando a la persona singular. Las bases de la democracia se han desnaturalizado: el individuo, teórico protagonista de la vida política, ha sido relegado en las modernas democracias por los partidos políticos.<sup>44</sup>

3. Al intermediar entre pueblo y gobierno, el partido ha hecho avanzar al antiguo y clásico sistema de representación a uno más estricto de tiranía partidaria en el parlamento y, consiguientemente, se ha pasado de un sistema de mandato representativo o libre a otro de mandato imperativo de naturaleza partidaria. El diputado, que antes sólo era responsable ante sí mismo (si su conciencia se lo imponía) y ante sus pares de la burguesía, hoy es un dependiente del partido al que representa; éste domina a aquéllos, ejerciendo una variada modalidad de actos que van desde las directivas parlamentarias del bloque, hasta la obligación de abandonar la banca cuando se obstruye la labor del partido, pasando por la dura disciplina de las votaciones;<sup>45</sup> el partido ha radicalizado el parlamento de tal forma, que actualmente se concibe a éste como un cuerpo destinado a representar exclusivamente los intereses partidarios. El órgano legislativo de la actualidad ha perdido la homogeneidad de ideas y de intereses que tenía durante el imperio político de la burguesía y se ha fragmentado en innumerables partidos cuyos intereses son irreconciliables; mas, no obstante ello, pretenden una supuesta vocación nacional o comunitaria.

4. Por otro lado, el monopolio de la participación política otorgado *de facto* o *de iure* a los partidos políticos impide que se pueda participar en la vida política si no se lo hace por medio de uno de ellos.<sup>46</sup> En este sentido, el

---

<sup>44</sup> Ver: ZAMPETTI, PIER LUIGI, *Democracia representativa y democracia participativa*, en: ZAMPETTI, PIER LUIGI y otros, ob. cit., p. 20, donde, destacando la base individualista de la democracia, dice: "El parlamento en sentido tradicional representa a la sociedad de los individuos *uti singuli*, pero es inadecuado para representar la voluntad de los individuos *uti socii* o sujetos privados".

<sup>45</sup> Afirma Duverger que la subordinación del diputado al partido se revela por la disciplina de votación, pero ésta no es sino solamente un medio de aquélla o su consecuencia, ya que el diputado vota de acuerdo a las directivas prefijadas porque se halla ligado al partido por vínculos más fuertes (financieros, electorales, etc.) (Duverger, Maurice, *Los partidos políticos*, 5ª reimp. 1ª ed., trad. de J. Campos y E. González, México, F. C. E., 1974, p. 222).

<sup>46</sup> Sobre el tema véase nuestra comunicación titulada: *¿Monopolio partidario en la participación política o participación política abierta?*, presentada a las III Jornadas de Derecho Constitucional y Político que, sobre el tema "Régimen constitucional y ordena-

monopolio partidario de oferencia de gobernantes posterga nuevamente el derecho comunitario a intervenir en el gobierno de la comunidad. La comunidad ya no es libre ni siquiera para seleccionar quiénes van a gobernarla, pues la selección ha sido ya hecha por los partidos.

Esta absorción de la vida política a través de los partidos dificulta aún más la pretensión de medir el grado de participación política del sistema. En especial, debe destacarse el gravísimo inconveniente que se presenta al intentar verificar estadísticamente y en forma cuantitativa el nivel participativo interno de los partidos; Maurice Duverger, uno de los expertos en "estasiología", se ha manifestado escéptico al abordar el problema,<sup>47</sup> fundando sus grandes dudas en las negativas reiteradas y sistemáticas de los partidos de revelar públicamente la cantidad de afiliados con que cuentan.

Sin embargo, la participación en el régimen partidocrático es tan reducida como en los anteriores; si el patrón primario para medir la participación son las elecciones, habremos de recurrir a los términos eleccionarios para verificar la participación en el manejo de la cosa pública. En países como el nuestro, la investigación se vería desvirtuada por la obligatoriedad del sufragio, pero el nivel de participación puede medirse por otros parámetros, no sólo por la "abstención electoral", propia de otros países.<sup>48</sup> Esta modalidad de la dejación política o desparticipación encuentra apoyo en un hecho recientemente aducido por Zampetti: la reducción del sufragio universal por los partidos políticos.<sup>49</sup> En forma coincidente, Sartori ha descrito el irrelevante papel de los gobernados en las actuales democracias; a su modo de ver, el sector del pueblo que es tenido en cuenta en la democracia es, sobre todo, la masa de votantes, pero, en lo que respecta al ejercicio real del poder, hasta la mayoría

---

ción legal de los partidos políticos", se celebrara en La Plata los días 24 y 25 de abril de 1981. Allí decíamos que "de facciones odiadas a instrumentos inseparables del régimen, los partidos políticos han ido adueñándose del régimen representativo, monopolizando la actividad política y excluyendo cualquier otro intento de coparticipación en el poder. La naturaleza electiva de ciertos órganos estatales ha permitido el reconocimiento público del monopolio partidario de la participación política, reconocimiento variable según el medio jurídico utilizado (ya que puede ser constitucional, legal, administrativo, o consuetudinario), pero imprescindible para «llenar» aquellos órganos. Convertidos en los únicos instrumentos legales del régimen representativo, la participación política activa de los partidos en el poder excluye toda otra forma de participación dentro de la legalidad democrática. Mas debe entenderse bien que este monopolio, por legal, no puede impedir formas extralegales que, si no pueden llamarse con propiedad formas de participación, lo son de influencia o de presión". Nos referimos, claro está, al moderno fenómeno de la presión colectiva a través de grupos organizados (grupos de presión o factores de poder).

<sup>47</sup> Ver: *Los partidos políticos* cit., pp. 109 y ss.

<sup>48</sup> Ver nuestra comunicación presentada y expuesta en el "Congreso de Doctrina Social de la Iglesia", organizado en Mendoza, del 5 al 7 de Octubre de 1981. Nuestra comunicación se tituló: *Participación y desparticipación. La apatía política* y, a la vez que se indican los parámetros de la apatía, se juzga la conducta apática desde la justicia legal.

<sup>49</sup> ZAMPETTI, PIER LUIGI, *La participación popular en el poder*, Madrid, EPESA, 1977, pp. 29/46, 58, especialmente pp. 86/88.

de votantes, es vista parcialmente, existiendo, además, una serie de mecanismos que reducen el control sobre los gobernantes, apartando cada vez más a los gobernados de las "palancas del mando".<sup>50</sup>

#### D) *El modelo corporativo*

1. Los regímenes corporativos se han valido de instituciones naturales al hombre, como son los llamados "cuerpos intermedios", pero no les ha permitido surgir y desarrollarse libremente y en responsabilidad (como lo exigiría, por ejemplo, el principio de subsidiariedad), sino que los ha forzado en su constitución y digitado en su desenvolvimiento. Creemos, entonces, que se necesita precisar el lenguaje a utilizar para evitar equívocos; por eso, siguiendo a la doctrina española, distinguiremos el corporativismo de asociación del corporativismo de Estado; en el primero, la formación de los gremios y categorías sociales es espontánea y libre, en tanto que en el segundo la organización corporativa es impuesta desde el poder, siendo el Estado quien organiza, obliga e impone la constitución de asociaciones, *limitando, si no anulando, la libertad del hombre*. Tras la sencillez de la distinción apuntada, se esconde una diferente manera de concebir la vida política; las experiencias corporativas contemporáneas son corporativismos de Estado, de colorido totalitarismo, como la Italia fascista, la Alemania del nacional-socialismo o la actual Yugoslavia socialista.<sup>51</sup>

Igualmente, el régimen corporativo totalitario se ha valido de una idea fuerza que se ha querido canalizar por medio de una organización política autoritaria y unívoca: el partido único; y así como en la Italia fascista el partido estatal representaba a la Nación, y en la Alemania nazi simbolizaba la pureza de la raza aria, en las actuales democracias comunistas, el partido único encarna al proletariado.

2. Esta idea fuerza (nación, raza o proletariado) significó —y aún significa— el criterio primario de distinción económica, social y política. Por ejemplo, en Italia, la bondad política era algo encarnado en la nación y, por transitividad, en las organizaciones fascistas nacionales. La organización política y social exigía fidelidad absoluta a la nación; como lo recuerda Cole<sup>52</sup> la nación

---

<sup>50</sup> SARTORI, GIOVANNI, ob. cit., pp. 37/38.

<sup>51</sup> Ver: SANCHO IZQUIERDO, MIGUEL y otros, *Corporativismo, los movimientos nacionales contemporáneos. Causas y realizaciones*, 2ª ed., s/l, Editorial Imperio, 1937, p. 73 donde se hace la distinción que mencionamos en el texto, según cita Dana Montaña, Salvador María, ob. cit., p. 108.

<sup>52</sup> El fascismo, en el acertado análisis de Cole, se asienta en la idea de la nación como "último ser moral"; consecuentemente, "a la nación tienen que subordinarse todas las personas y las cosas, y en ella tienen que buscar su propia realización. Los hombres tienen deberes para con la nación, pero ésta no tiene deberes para con nadie". Y añade: "Particularmente, no se tolerará ningún órgano de acción o de expresión dentro de la comunidad, a menos que rinda homenaje a la idea nacional y acepte el cooperar con ella". (COLE, G. D. H., *La organización política. Doctrinas y formas*, 5ª ed., trad. de A. Reyes, México, F. C. E., 1961, pp. 76/77).

asumió para sí todos los derechos y, en esa virtud, podía exigir incondicionales obligaciones a los nacionales, pues éstos no tenían sino deberes para con la nación. Ella fue el patrón rector de la vida económica, social, política, etc., el ente absorbente de cuanta manifestación de libertad o cultura pudiera manifestarse. A su lado se podía ser y tenerlo todo; en contra de ella, no se era ni se tenía nada. El concepto de Nación ahogó el de hombre.

3. Un segundo rasgo totalitario de este tipo de corporativismo se devela al comprobar la anulación efectiva de todo tipo de libertad política; el Estado mismo y no las asociaciones naturales es el que organiza el sistema político. Su actividad no consistirá en subsidiar, es decir, ayudar, fomentar y suplir si es necesario, sino en la imposición y absorción en la maraña de organizaciones estatales de toda la actividad y libertad comunitaria. En todo caso, el Estado se reserva la facultad o poder de control, corrección y supervisión de la labor realizada por las corporaciones por él "creadas".

Así, el sistema fascista italiano tenía en la cúspide de la organización corporativa un "Consejo Nacional de las Corporaciones", integrado por 500 miembros, todos ellos fascistas; a su vez, este órgano era supervisado y fiscalizado por el "Ministerio Nacional de las Corporaciones" dependiente del Partido. Por debajo de esta estructura vertical y subordinado al Consejo, se pretendió la instalación de un Parlamento corporativo (la "Cámara de los fascios y de las corporaciones") en sustitución del clásico y democrático parlamento político. Esta Cámara, de haberse instalado en la práctica, se hubiera compuesto de 600 miembros, todos ellos cuidadosamente seleccionados dentro de los cuadros del fascismo, y su nombramiento hubiera procedido del gobierno, es decir, del Partido.

Al señalar las características de la organización política del fascismo italiano que acabamos de describir, Loewenstein concluyó que "no fue sino un gigantesco aparato para controlar la vida social y económica a través del partido y del Estado".<sup>53</sup>

4. Por nuestra parte, creemos que un régimen corporativo como los descritos, es decir, un corporativismo de Estado, es la suma negación de la participación política. Se caracteriza por prescribir un participacionismo digitado y falseado; manoseado por las autoridades del gobierno; en él no hay libertad de asociación ni de participación. Por otro lado, el hombre es solamente visto en su naturaleza social y económica, la que se pretende reflejar en un parlamento económico y social de representación colectiva (gremios y corporaciones), olvidando la naturaleza humana que no alcanza a ser representada. Esta es absorbida, en cuanto actividad, por el partido único, reservado con exclusividad para los obsecuentes del líder.

---

<sup>53</sup> LOEWENSTEIN, KARL, ob. cit., p. 462.

## VI — CONCLUSIONES

1. En las páginas precedentes hemos pretendido visualizar la esencia y el contenido de la participación política; sucintamente intentamos describir y descubrir sus fundamentos y ventajas y, en forma más somera, reseñamos las modalidades modernas de la participación.

A partir de estas premisas debemos elevar una reflexión final.

2. La vida en la comunidad, inevitable para el hombre que se precie de tal, exige la mutua entrega, el “servicio” comunitario y político; servicio al que están obligados en primer término los que directa y efectivamente gobiernan, pero del que no se ven liberados los gobernados. La vida política sin participación concluye en la irracional e irrefrenable tendencia al totalitarismo de sometimiento del hombre por el hombre, cobrando sentido y peso aquello de Hobbes de que *homo homini lupus* (el hombre es lobo del hombre). La carencia de participación a nivel político relega al hombre en uno de sus aspectos integrativos, somete a la persona y la amputa, evitando que el Estado mismo pueda cumplir con su cometido vital: el Bien Común, la común felicidad temporal, la perfecta suficiencia de vida.

Esto es lo que sucede en los modernos sistemas de gobierno y control político. La tarea propia de conseguir el bien común político se ha reducido al objetivo de una determinada parcela humana —variable de Estado en Estado— que, a la par que limitan el sentido de la comunitaria convivencia, confunden conscientemente el bien público con el bien personal de la élite que los mismos integran. Estamos seguros que la reinante y mentada “apatía política” es la consecuencia de una política deliberadamente dirigida a apartar al pueblo de la escena política, porque, apartándolo y adormeciéndolo con lemas o *slogans* rimbombantes, se hace más fácil someterlo. Nos han enseñado —nuestros maestros liberales— que el gobierno es cosa de pocos y la moderna sociología, con su teoría de las élites, parece darles la razón; gobiernan los que pueden y pareciera que eso está bien. Pero nadie se ha preocupado por el qué hacer con los que no gobiernan. Centurias —por lo menos dos— de historia demoliberal demuestran el fracaso del sistema como el de su engendro partidocrático. No propiciamos el levantamiento de las masas ni su acceso al poder, ni siquiera un “gobierno masivo”; solamente es nuestra intención recalcar su carácter activo en la política, su decidido papel protagónico, porque el gobierno debe ser *para ellos*, porque el bien común exige de su participación, de su activación. Nunca conseguiremos una situación de bonanza terrena si no despertamos al pueblo y lo impulsamos a que asuma libre y conscientemente su rol participativo.

No creemos que la participación total y creciente sea la “panacea” de los males políticos; no creemos que habrá de ser el remedio que acabará con los totalitarismos izquierdistas o derechistas; mas, confiamos en la participación como salida política y como principio de un verdadero régimen político abierto y —ahora cabe utilizar este término— “democrático”. Se equivocarán aquellos que pretendan ver en estas páginas una defensa de la participación

como un fin en sí mismo; ello no es nuestra idea ni nuestro sentir. Desde nuestro humilde modo de ver, la participación política es *un medio*, una técnica para la obtención del bien común; pero también estamos seguros que *sin participación política no puede haber bien común*.

El actual esquema de poder, tanto regional como mundial, debe ser replanteado. En la necesidad de modificarlo están contestes la mayoría de los estudiosos de la política. Nosotros proponemos una de las guías de la reforma: la misma debe hacerse tomando como principio inspirador al bien común y, como instrumento primordial, la participación política.

3. En consecuencia, propugnamos un régimen político abierto, es decir, *de y con* participación política comunitaria. Ello supone la modificación del aparato partidocrático del gobierno.

Creemos que las bases de la reforma pueden ser las siguientes:

A) Como primera tarea, debe recuperarse para el Estado, como todo, la superioridad sobre los grupos humanos y los individuos que lo integran como partes, superioridad que le viene dada por su fin propio, el Bien Común, que es mejor o más bueno que el bien individual y parcial. Pero, si debe restaurarse la prioridad política del Estado, debe hacérselo para permitir al hombre y a los grupos sociales la consecución de sus bienes individuales y colectivos, recordando que el bien de la persona no se agota en el bien común sino que lo trasciende;<sup>54</sup>

B) Como segunda misión debe reconocerse el elemental y natural derecho de los individuos y de los grupos por ellos compuestos a intervenir en la vida política, derecho que si bien admite reglamentaciones, no puede ser desconocido, pues viene impuesto por el imperativo natural que ordena la colaboración comunitaria en la gestión del bien común, como medio de alcanzar la perfección pública y privada, social e individual. Ello exige:

a) La institucionalización del derecho a participar políticamente (reconocimiento meramente formal);

b) La instrumentación de variados y acordes medios de participación activa comunitaria, modificables según el objetivo buscado o requerido, el sujeto participante y el órgano en que se actúa la participación; el grado mínimo de la intervención política debe "fijarse" en la posibilidad de elegir los miembros del gobierno, estableciendo a partir de este peldaño, instancias múltiples de participación política (consulta, planeamiento, control, etc.);

---

<sup>54</sup> Al respecto, además de la copiosa literatura sobre la noción clásica de "bien común" (las obras de Cardona, Ramírez, Pereña, etc.) puede verse a KUHN, HELMUT, *El estado. Una exposición filosófica*, trad. por J. J. Gil C., Madrid, Rialp, 1979, cap. IV, pto. I, pp. 125 a 144 y cap. I, pto. IV, pp. 25 a 32.

C) Establecido el derecho, debe reconocerse la posibilidad de plurales sujetos como titulares del mismo, no sólo nominales sino también factuales; en otras palabras, debe restablecerse el pluralismo político, no como pluralismo ideológico o multipartidismo —formas que pueden o no existir según las circunstancias— sino como pluralismo en los sujetos o titulares de la participación. La restauración del pluralismo político debe hacerse a través de una política orgánica y decidida, pero requiere, por lo menos, los siguientes pasos:

a) Eliminación o ruptura del monopolio partidario en la participación política, a través de medidas que limiten la actividad de los partidos a un rol estrictamente directivo y, en menor medida, representativo de intereses sociales. El partido debe encontrarse en igualdad de condiciones con los demás grupos sociales, pero debe respetarse su natural vocación política que es lo que lo diferencia de los otros sectores socio-económicos. Ejemplo de tales políticas podrían ser: el retiro de todo subsidio estatal, el control de los fondos partidarios, el establecimiento de fianzas económicas a rendir por los candidatos, la fijación de sanciones económicas o políticas para los partidos que en las elecciones de gobernantes no alcancen un porcentaje mínimo de votos previamente estipulado, la admisión de agrupaciones políticas distintas a los partidos políticos, la admisión de candidatos extrapartidarios, etc.;

b) Reconstrucción de los organismos sociales y comunitarios en orden y libertad, bajo el control del Estado; esta actividad de fomento debe acompañarse con el reconocimiento de los derechos políticos de los grupos intermedios;

D) Finalmente, debe instaurarse un sistema representativo que, admitiendo el derecho de partidos y de los grupos socio-económicos-culturales a tomar parte en la actividad política, como así también el derecho de los individuos a participar de dicha actividad, responda a las siguientes pautas<sup>55</sup>:

a) Debe reconocerse autonomía participativa a los distintos sujetos intervinientes en el sistema, debiendo mantenérsela no sólo frente al Estado sino también frente a los restantes sujetos. Entendemos que la autonomía es una de las bases fundamentales para garantizar la libertad de las asociaciones y la genuinidad de sus intereses y pretensiones;

b) Debe instaurarse un sistema representativo en el que tengan cabida los más diversos intereses que componen el espectro social y que tienen incidencia política, desde los familiares hasta los económicos, sin olvidar los culturales y religiosos;

---

<sup>55</sup> Puede consultarse el interesante trabajo de MULLER-SCHMID, PETER PAUL, *La justificación ético-social de la democracia pluralista*, en: UTZ, ARTHUR y STREITHOFEN, HEINRICH BASILIUS, *La concepción cristiana de la democracia política*, redacción de R. Duque H., Barcelona, Herder, 1978, p. 44 y ss. Las ideas que el autor expone en este ensayo han sido de inapreciable valor para afrontar la parte final de esta conclusión.

c) Finalmente, el sistema representativo a elegir debe dejar a salvo una instancia de poder con capacidad de decisión final, es decir, debe mantener incólume la autoridad del gobierno capaz de velar por el bien común frente al posible desborde de intereses sectoriales.

Un juicio práctico sobre la viabilidad de la reforma propuesta no debe dejar de señalar su amplia posibilidad de cumplimiento; pero, a la vez, debe señalar que la mayor dificultad, el obstáculo que entorpece en mayor medida su realizabilidad está no en la materia que compone el campo político donde se desarrollará la labor, sino en la mentalidad de las dirigencias, en la ideología de las clases directivas. Por eso, el primer e ineludible paso a dar en pos de la reforma política debe ser educativo, formativo, destinado a formar y preparar futuros dirigentes que sepan encarnar ideales verdaderos y loables, a la vez que eduquen en la prudencia política, difícil virtud de saber adaptar los principios políticos de orden natural a las exigencias de la vida concreta, *hic et nunc*.

JUAN FERNANDO SEGOVIA

## LA RETORICA EN LAS CATILINARIAS DE CICERON

### I

En la clasificación que hace Aristóteles de las ciencias, coloca a la Retórica dentro de las ciencias del crear, junto con la poética y la dialéctica. Al comienzo de su *Arte de la Retórica* observa: "Todos los hombres la poseen en alguna forma, puesto que todos tratan de buscar razones y sostener lo que afirman, y se ingenian para defender y acusar. Entre el vulgo, algunos hacen esto espontáneamente; otros, empero, por la costumbre que procede de un hábito" (L. I. C. I.).

En Atenas, el pueblo es gobernado como nunca por sus oradores. Las ocasiones de hablar en público eran muy frecuentes: en los Tribunales, en las ceremonias, en las fiestas, en las Asambleas Públicas, etc. Pero a medida que va desarrollándose el arte, se hace también más difícil y complicado, y su ejercicio se va poco a poco limitando a aquellos que poseen mejores dotes para ello. Hasta el siglo V se manifiesta lo que se da en llamar "período de la elocuencia anónima" y del cual conservamos pocos nombres como Temístocles y Pericles.

Es en este momento en que a la oratoria se la empieza a estudiar como tal, y se trata de resumirla y condensarla en reglas. Los primeros intentos por establecer las leyes retóricas van a ser continuados por los sofistas. Desde su aparición, los tratados de retórica comienzan a multiplicarse. Los sofistas son continuadores de los autores italianos, determinando que el objeto de la retórica era persuadir. Esta finalidad va a ser modificada luego por Aristóteles, que nos dirá que el fin de la retórica es "encontrar en cada caso aquello que puede ser apto para persuadir".

Es decir, llegamos a la época de Cicerón y el camino de la retórica ya había sido recorrido por muchos, algunos de los cuales plasmaron su experiencia en obras y tratados retóricos. Todos fueron conocidos por Cicerón, pero, de ninguna forma copiados. Al respecto, importante resulta lo que nos dice Tenney Frank: "Cicerón trabajó incesantemente durante años para adquirir los instrumentos de expresión. Ya muy joven aprendía de memoria las reglas de la retórica, que cargaban el acento en la necesidad de claridad, orden, concisión, luminosidad, etc. ¿Pueden tales reglas formar a los grandes escritores? Sobre este punto, Cicerón no se engañaba. Sabía que los adultos no necesitaban esas reglas; pero reconocía que los escolares ahorrarían tiempo si

se les llamaba la atención sobre aquello que la práctica ulteriormente revelaría".<sup>1</sup>

## II

Teniendo en cuenta la salvedad mencionada en el último párrafo del capítulo anterior, interesante resultará el análisis de las *Catilinarias* a través de la *Retórica* de Aristóteles, siendo éste el objeto del presente trabajo.

*Ut supra* se ha esbozado qué entiende Aristóteles por retórica; útil, sin embargo, resulta repetir aquel concepto: "Facultad de conocer en cada caso aquello que puede persuadir".<sup>2</sup> De lo dicho surge que su objeto no es persuadir, sino encontrar en el caso concreto aquello que es apto para persuadir, como aquello que parece serlo. En el mismo sentido se expresa Cicerón: "La función de esta facultad parece ser hablar de manera adecuada para persuadir; el fin, persuadir por medio del discurso".<sup>3</sup>

¿De qué tenía que persuadir Cicerón al Senado y al pueblo romano? La simple lectura de las *Catilinarias* nos suministran la respuesta: De la existencia de un movimiento subversivo maquinado por Catilina, y de la inconveniencia de ese movimiento.

Para lograr este fin de persuadir, la retórica nos da dos tipos de pruebas: extratécnicas y técnicas; de las primeras nos ocuparemos más adelante. Son técnicas "todas aquellas que se pueden preparar con método y por nuestra propia industria".<sup>4</sup> Así tenemos:

1) Carácter moral del orador. Este aspecto es relatado por Boissier: "Cicerón es el único cuyas candidaturas todas triunfaron de primera vez, y que jamás se vio obligado a recurrir a los medios a que se pedía por lo general el triunfo. En aquellos mercados escandalosos que otorgaban los honores a los más ricos, a pesar de aquellas tradiciones arraigadas que parecían reservadas para los más nobles, Cicerón, de origen oscuro y de escasa fortuna, venció siempre a todos los demás".<sup>5</sup> Cicerón, que formaba parte del bloque plutócrata latifundista en el poder, era el más adecuado para pronunciar el célebre discurso del día 8 de noviembre del año 63 aC., el más digno de ser creído y el indicado para poner en evidencia a Catilina.

---

<sup>1</sup> TENNEY, FRANK, *Vida y Literatura en la República Romana*. EUDEBA, 1971, pp. 156 y ss.

<sup>2</sup> ARISTÓTELES, *El arte de la Retórica*. EUDEBA, 1978, p. 42.

<sup>3</sup> CICERÓN, *De Inventione*. Citado por Ignacio Granero en su comentario a *El arte de la retórica*. EUDEBA, 1978, p. 160.

<sup>4</sup> ARISTÓTELES, ob. cit., p. 43.

<sup>5</sup> BOISSIER, GASTÓN, *Cicerón y sus amigos*. El Ateneo, pp. 42 y ss.

2) Disponer de alguna manera al oyente: se logra cuando los oyentes son conmovidos por el discurso. Escribe en una de sus obras: "Cuando se perora, Catulo, lo más importante es que el que oye esté de parte del orador y que él mismo se encuentre de tal manera conmovido, que sea gobernado por cierto arrebató y turbación del espíritu más que por la razón y la deliberación. Porque los hombres generalmente juzgan por el odio o el amor, por el deseo, la ira, la alegría, la esperanza, el temor, la ignorancia o cualquier otra perturbación de la mente más que en función de la verdad, o lo que está establecido, o alguna norma de derecho, o algún principio de la razón, o las leyes".<sup>6</sup> El comienzo de la Segunda *Catilinaria* es reflejo de la conmoción que ha causado la primera de las piezas oratorias. Catilina ha huído, y Cicerón se otorga él mismo todo el mérito: "Por fin, conciudadanos, ya logré sacar de Roma a Lucio Catilina, ese energúmeno transido de avilantez, ávido de sangre, promotor sacrílego del desquiciamiento de la patria, que con el dinero y el fuego os mantenía intimidados tanto a vosotros como a esta capital: o, si se prefiere le hice adelantar su viaje o, más exactamente, a tiempo de ir a emprenderlo por iniciativa propia, me reduje a despedirlo con el cortejo de mis palabras".<sup>7</sup> Comentando este párrafo Rafael Salinas expresa: "La intención del pasaje parece ser la de rectificar o mitigar la afirmación categórica con que el cónsul comenzó este discurso, en el sentido de haber obligado a Catilina a salir de la ciudad; acto cuya responsabilidad se apresura el orador a eludir inmediatamente, recurriendo a la rectificación retórica que comentamos, y según la cual, más que haber sacado por la fuerza al conspirador, Cicerón había previsto el propósito de aquél de abandonar la ciudad rumbo al cuartel rebelde que lo esperaba por jefe, limitándose a declarar en voz alta lo que el fugitivo pensaba en secreto hacer".<sup>8</sup>

3) El último tipo de pruebas técnicas son las que se refieren al discurso mismo, o sea, que demuestre o que parezca que demuestra. Aquí la habilidad del orador reside en suministrar al oyente sólo aquello que es apto para persuadir. Es así que Cicerón se cuida muy bien de no mencionar la situación en la que se hallaba el proletariado rural; no alude al contenido del *senatus consultum ultimum* o decreto de estado de sitio o suspensión de las garantías cívicas, "empleado ilegalmente por el gobierno oligárquico para aplastar a la oposición en efervescencia, y cuya pretendida legitimidad estaba en flagrante contradicción con las leyes constitucionales vigentes".<sup>9</sup> En cambio, utiliza argumentos como el preservar el orden establecido, el respeto por las leyes y la salvación de la República.

En el Capítulo III de la obra de Aristóteles que mencionamos, se señalan tres géneros de retórica; pasaremos a analizar el uso que de los mismos hace

---

<sup>6</sup> CICERÓN, *De Oratore*. Citado por Ignacio Granero, p. 154.

<sup>7</sup> CICERÓN, *Catilinarias*. UNAM, México, 1973, p. 20.

<sup>8</sup> CICERÓN, ob. cit. Versión de Rafael Salinas. UNAM, 1973, p. XCVII.

<sup>9</sup> Comentario de Rafael Salinas en su versión de las *Catilinarias*. UNAM, 1973, p. LXXXIV.

Marco Tulio en su célebre discurso. En primer término es necesario poner en claro cuáles son y en qué consisten. "Los géneros de la retórica son tres, pues los que oyen los discursos son también de tres clases. Porque el discurso consta de tres elementos, a saber, del que habla, de aquello acerca de lo cual habla, y de aquel a quien se dirige; y el fin se refiere a éste mismo, es decir, al oyente. Pero es necesario que el oyente sea espectador o juez, y si es juez, que lo sea acerca de lo pasado o de lo futuro. El uno es el que juzga sobre lo futuro, por ejemplo, el miembro de una asamblea; y el otro, el que juzga de lo pasado, como el juez; y el espectador es el que juzga acerca del valor. De modo que necesariamente existirán tres géneros de discursos oratorios, a saber, el deliberativo, el judicial y el demostrativo".<sup>10</sup> En el mismo sentido se expresa Cicerón: "El género demostrativo consiste en alabar o vituperar a una determinada persona; el deliberativo, que radica en la deliberación de un asunto de orden político, lleva consigo la expresión de una opinión; el género judicial, que versa sobre un juicio, implica acusación y defensa o bien petición y rechazo".<sup>11</sup> A manera de síntesis se puede decir que: el género deliberativo juzga sobre lo futuro, el judicial sobre lo pasado y el demostrativo sobre el valor.

Aplicando lo dicho en el párrafo anterior a las *Catilinarias* tenemos: El que habla, Cicerón, cuyo carácter moral ya ha sido analizado. De qué se habla: de un movimiento maquinado por Catilina. Los oyentes son: el Senado (I y IV discursos) y el pueblo (II y III). La calidad de espectador o juez de estos oyentes la analizaremos más abajo; como así también si juzgan acerca de lo pasado (existencia de la confabulación) o de lo futuro (conveniencia o inconveniencia de la misma).

### III

La primera *Catilinaria* es, en su mayor parte, una interpelación directa a Catilina, con el propósito de desconcertarlo con la opinión pública, con la escandalosa exhibición de sus maniobras clandestinas y con la amenaza de su represión implacable. Persigue la arenga susodicha el doble propósito de precipitar, de una vez por todas, a la oligarquía senatorial en la violencia oficial coactiva, y a la oposición extremista en la violencia antigubernamental declarada y abierta. Rafael Salinas, comentando esta primera pieza, dice: "La arenga analizada, es, indudablemente, la mejor construida de las que incluye la misma colección; y no sin razón alude a su contenido la monografía de *Salustio* con tan lisonjero laconismo como el que emplea para definir esta pieza oratoria como *luculentam atque utilem rei publicae*, es decir, tan brillante desde el punto de vista retórico como oportuna desde el punto de vista político gubernamental".<sup>12</sup>

<sup>10</sup> ARISTÓTELES, ob. cit., pp. 53 y ss.

<sup>11</sup> CICERÓN, *De Inventione*. Citado por Granero, p. 160.

<sup>12</sup> CICERÓN, ob. cit. Versión de Rafael Salinas, p. XXXVI.

Se ha llegado a la conclusión de que la arenga aquí analizada puede ser ubicada dentro de las del género demostrativo. A continuación se darán los argumentos tendientes a demostrar esta hipótesis.

Aristóteles dice: "Cada uno de los géneros tienen sus tiempos determinados, a saber, el futuro para el que aconseja (pues así el que persuade como el que disuade, aconseja respecto de lo futuro); el pasado para el que pleitea en juicio (pues siempre uno acusa y otro defiende los hechos consumados); y el tiempo principal para el género demostrativo es el presente, pues todos alaban o critican los hechos actuales. No obstante emplean también el pasado, trayéndolo a la memoria, y el futuro, conjeturándolo".<sup>13</sup>

Por ahora nos interesa lo referente al género demostrativo, y es así que Cicerón se refiere a Catilina: En presente y futuro (conjeturándolo, o sea, haciendo un juicio probable de sus indicios y observaciones) en el magnífico exordio cuya apasionada vehemencia ha hecho de este comienzo el paradigma retórico por excelencia del exordio denominado *ex abrupto*: "¿Hasta cuándo abusarás, Catilina, de nuestra paciencia? ¿Por cuánto tiempo aún hemos de seguir siendo juguete de tu insensatez? ¿A qué extremo irá a llegar tu temeridad sin límites? ¿No han logrado, para nada, intimidarte ni la guarnición nocturna acuartelada en el Palatino, ni las rondas que recorren la ciudad, ni el pánico del pueblo, esta asistencia en masa de próceres personajes, ni el imponente retén que custodia este sitio erigido en recinto del senado, ni la actitud y semblante de los aquí reunidos? ¿No te percatas de lo escandalosas que resultan todas tus maquinaciones? ¿No comprendes que la mera circunstancia de ser ya bien notoria a todos los presentes, manifiesta por sí sola a tu conjura? ¿O quién te imaginas que ignora entre nosotros los pasos que anoche y anteanoche diste, la cita a que acudiste, las personas que a la misma convocaste y la resolución que en ella has adoptado?".<sup>14</sup> El pasado "trayéndolo a la memoria": "anteanoche te trasladaste al barrio de los Falcarios; es más, para andar con rodeos: al propio domicilio de Marco Leca; que concurrió al mismo sitio buen número de cómplices de la demencia y el sacrilegio de dichos personajes".<sup>15</sup>

Los objetivos que se propone el que alaba y vitupera (género demostrativo) son cuatro: la virtud y el vicio, lo honesto y lo inmoral. "Es honesto aquello que, siendo digno de ser elegido por sí mismo, fuere laudable, o aquello que, siendo bueno, fuere agradable porque es bueno".<sup>16</sup> Silvestre Mauro (citado por Ignacio Granero en su versión de la obra de Aristóteles) refiriéndose a este párrafo comenta: "Lo honesto se define de dos maneras. En primer lugar se define: lo que es elegido por sí mismo y es digno de alabanza. En segundo lugar, aquello que es bueno y agradable porque es bueno. Por consiguiente, se diferencia lo honesto de las cosas agradables que no son

<sup>13</sup> ARISTÓTELES, ob. cit., p. 54.

<sup>14</sup> CICERÓN, ob. cit., p. 1.

<sup>15</sup> CICERÓN, ob. cit., p. 5.

<sup>16</sup> ARISTÓTELES, ob. cit., p. 93.

honestas, en que éstas no son agradables por ser simplemente buenas; en cambio, lo honesto es agradable porque es simplemente bueno".<sup>17</sup>

En la *Retórica*, la virtud es considerada como "una facultad que produce y conserva los bienes, y asimismo, una facultad que proporciona muchos y grandes beneficios de todas clases y en todas las ocasiones".<sup>18</sup> Importante resulta aquí tener en cuenta que en la *Ética a Nicómaco* la virtud es considerada no como una facultad, sino como un hábito.

De lo dicho deducimos que el propósito de Cicerón es demostrar la honestidad y virtud del grupo optimato gobernante, y el vicio o la inmoralidad de los conjurados. A lo primero se refiere con las siguientes palabras: "... y ello no sólo lo hacen sus miembros —de quienes, al parecer, estimas tan importante el sufragio como deleznable la existencia—, sino además también aquellos caballeros romanos, tan íntegros y nobles personajes, y todos esos otros virtuosos ciudadanos que se han congregado en torno al recinto del senado...".<sup>19</sup> A lo segundo: "¿Qué hay, en efecto, Catilina, que pueda ya halagarte en esta ciudad, en la que, fuera de tu coalición de degenerados, no existe nadie que no recele de ti, nadie que no te aborrezca? ¿Qué estigma de baja personal no mancilla tu existencia? ¿Qué baldón no va unido a cuanto se conoce de tu vida privada? ¿Qué apetito fue ajeno a tus ojos, qué crimen a tus manos en ocasión alguna, y qué torpeza no infamó todo tu cuerpo? ¿A qué mozalbate, de éstos que tú has atrapado en las redes de los vicios, no le facilitaste un arma para el desmán o una antorcha para la crápula?".<sup>20</sup> Es de hacer notar, que esta serie de vagas y genéricas imputaciones, son meros recursos retóricos que utiliza Cicerón, ya que no se da en ellas un ejemplo concreto ni prueba alguna que las fundamente.

"Es honesto también aquello cuya recompensa es el honor y aquello en que el honor tiene más importancia que las riquezas. Entre las obras que son preferibles, son más honestas las que no se realizan por su propio interés. Igualmente las que son buenas en absoluto y se llevan a cabo por la patria, descuidando la propia utilidad;...".<sup>21</sup> Y esto era bien conocido por Cicerón que en repetidos pasajes de su arenga se refiere al interés general: "...yo pongo más empeño en la conservación del Estado que tú en su ruina... optaré por hacer algo que, siendo medida menos implacable, resulte, a la vez, más útil al bienestar general... paso a referirme a lo que atañe... no a la ignominia con que tus vicios manchan tu vida privada, ni al embarazo económico ni al oprobio moral de tu hogar, sino al soberano interés público y a la seguridad y a la vida de todos nosotros".<sup>22</sup> Comentando este último pasaje trans-

---

17 ARISTÓTELES, ob. cit. Versión de Ignacio Granero, p. 173.

18 ARISTÓTELES, ob. cit., p. 93.

19 CICERÓN, ob. cit., pp. 12 y ss.

20 CICERÓN, ob. cit., p. 8.

21 ARISTÓTELES, ob. cit., p. 95.

22 CICERÓN, ob. cit., pp. 5 y 8.

cripto, Rafael Salinas dice que se advierte claramente cómo el orador asimila inconscientemente el interés público al interés de los optimates.

Hasta aquí se ha tratado de mantener una correlatividad con el Libro I de la *Retórica*. Pasaremos ahora por alto la primera parte del Libro II, la que será tratada en momentos de referirnos a los géneros deliberativo y judicial, para pasar a la segunda parte del mencionado Libro II, que se refiere a las pruebas lógicas.

Según Aristóteles, el lugar común (fuentes de donde se sacan los argumentos) más adecuado al género demostrativo que aquí se trata, es el de la ampliación, que Cicerón utiliza en su primer discurso, especialmente al referirse a los vicios de su oponente (ver ejemplo transcrito en nota <sup>20</sup>).

Siguiendo el esquema aristotélico pasemos ahora a tratar las pruebas en la Primera *Catilinaria*. Es de hacer notar que el único tipo de pruebas utilizadas en esta arenga son los ejemplos, ya que no encontramos en ella ni entimemas ni silogismos. Luego del exordio el orador plantea el problema que con mayor obsesión le preocupa: la eventual aplicación del *senatus consultum ultimum*, cuya constitucionalidad insinúa, derivándola de su reiterada práctica consuetudinaria no sólo por parte de las autoridades oligárquicas, sino hasta por parte de simples miembros particulares de la casta gobernante, y no ya para contra demoleedores extremistas del régimen, sino aun contra sus meros reformadores parciales. "Para ejemplificar lo cual el cónsul hace desfilar por sus parrafadas a los más connotados tribunos demócratas y a los más torvos asesinos reaccionarios de las luchas políticas de Roma, desacreditando a aquéllos con el sambenito del réprobo, hermoheando a éstos con la aureola del patriota, y desfigurando a ambos por igual, conforme a los métodos consagrados de la propaganda oficial y de la historiografía mendaz y comprometida, de cuyas caricaturescas deformaciones se convierte Marco Tulio en grauto portavoz".<sup>23</sup>

Hablemos ahora de las partes del discurso. "Dos son las partes del discurso, pues es necesario declarar el asunto de que se trata y luego demostrar. Por eso es imposible exponer y no demostrar, o demostrar sin haber declarado antes el asunto. Porque el que prueba, algo prueba, y el que declara previamente el asunto, lo hace en vista de la demostración".<sup>24</sup> Repetamos que este primer discurso lo hemos catalogado dentro de los del género demostrativo, que, en consecuencia, el objeto que se propone Cicerón en el mismo, es vituperar la figura de Catilina. Para esto, declara el asunto en su magnífico exordio (ver nota <sup>14</sup>); luego hace acusaciones como la siguiente: "...solamente en tu caso han resultado impunes y solapadas la masacre en masa de tus conciudadanos, el ultraje y el saqueo de mis aliados...".<sup>25</sup> Acusaciones estas que en ningún momento son probadas.

---

<sup>23</sup> CICERÓN, ob. cit. Versión de Rafael Salinas, p. XXII.

<sup>24</sup> ARISTÓTELES, ob. cit., p. 423.

<sup>25</sup> CICERÓN, ob. cit., p. 11.

Para concluir lo referente a las partes del discurso, y en lo que respecta al análisis de la Primera *Catilinaria*, diremos que Aristóteles considera que el discurso se debe dividir en cuatro partes: exordio, exposición, demostración y peroración. De las tres primeras partes ya se ha hablado; diremos algo más acerca de la exposición o narración. Aristóteles dice refiriéndose al género demostrativo: "La narración no es continua sino en partes, porque es necesario exponer las acciones sobre las cuales versa el discurso. Es conveniente traer a la memoria las acciones conocidas; por eso la mayor parte de los discursos no necesitan de la narración".<sup>26</sup> Para esto se vale de los ejemplos por todos conocidos a los cuales nos referimos en la nota <sup>23</sup>.

#### IV

La Segunda *Catilinaria* tiene el propósito, al parecer, de refutar los rumores y acusaciones que corrían entre el proletariado acerca de la inocencia de Catilina, y de anunciar oficialmente ante la opinión pública la actitud adoptada por él y los optimates en las nuevas circunstancias, no menos que con la intención de aprovechar la oportunidad para echar incienso a su gloria desde la tribuna de las arengas. Rafael Salinas comenta este segundo discurso con el siguiente párrafo: "La Segunda *Catilinaria* es muy inferior a la Primera, no sólo por el mal gusto con que el autor pondera puerilmente y a cada paso en aquélla su intervención personal en el escenario político a que se está refiriendo, sino además porque no acierta a mantener a lo largo de toda la arenga en cuestión, ni el entusiasmo vehemente de la pasión desbordada, ni la lógica metódica del razonamiento inflexible, que son las cualidades que han convertido en paradigma de su especie a la primera inventiva anticatilinaria".<sup>27</sup>

Esta segunda arenga la hemos incluido dentro de las del género deliberativo. Este, lleva consigo la expresión de una opinión, y el fin perseguido es la felicidad: "...el bienestar acompañado de la virtud, o la posesión de los medios suficientes para vivir, o la vida muy agradable junto con la seguridad de continuar en ella, o el buen estado de las riquezas o de los cuerpos junto con la posibilidad de conservar y usar de éstos".<sup>28</sup> La autosuficiencia o el bastarse a sí mismo son para Aristóteles la base de la felicidad. Considera luego las partes de la felicidad; ellas son: la nobleza, los hijos, la riqueza, la fama, el honor, la salud, la fuerza, el tamaño, la buena vejez, los amigos, la buena suerte, la virtud.

Hemos dicho que el fin de la deliberación es la felicidad. Pero no se delibera acerca de ella sino de los medios que son conducentes para obtenerla, es decir, que se delibera respecto de lo útil; luego tenemos que lo útil es

<sup>26</sup> ARISTÓTELES, ob. cit., pp. 433 y 434.

<sup>27</sup> CICERÓN, ob. cit. Versión de Rafael Salinas, p. XL.

<sup>28</sup> ARISTÓTELES, ob. cit., p. 66.

bueno. En parecidos términos se expresa Cicerón: "Por consiguiente, en la deliberación el fin es la utilidad y a éste se refiere todo lo que se relaciona con dar un consejo o pronunciar una sentencia, de manera que el que persuade o el que disuade debe considerar en primer término qué es lo que puede o no ocurrir, y qué es o no es necesario".<sup>29</sup>

Siguiendo con Aristóteles, tenemos que la definición del bien como fin puede hacerse en orden a la elección, al apetito, al entendimiento, o bien al sujeto en el cual se encuentra. Así, pues, el autor nos da en este lugar dos definiciones en orden a la elección, a saber "aquello que fuere digno de ser escogido por sí mismo" y "aquello por cuyo motivo elegimos otra cosa". También se nos dan dos definiciones en orden al apetito: la primera haciendo abstracción del apetito innato o ilícito, a saber: "lo que todos los seres apetecen", y la segunda con referencia al apetito innato: "todos los que poseen sentido o inteligencia" (Nota de Ignacio Granero a *La Retórica*).

Retomando con las *Catilinarias*, tenemos que Cicerón, en esta segunda arenga dirigida al pueblo, trata de hacerle ver que la felicidad no se lograría con los medios ofrecidos por Catilina.

Ya hemos dicho (ver *supra*) que los discursos del género deliberativo se caracterizan por el uso del tiempo futuro. En esta segunda arenga Cicerón utiliza el presente y el futuro, pero este último es el tiempo utilizado en el momento en que el discurso llega a su punto culminante: "¡Oh, y que truculenta irá a ser para nosotros la campaña que tenemos por delante, si son éstos quienes van a integrar la guardia pretoriana que asistirá más tarde a Catilina!"<sup>30</sup>

Curiosa y caprichosa, resulta la clasificación en categorías distintas, de los elementos humanos del extremismo catilinario, que el autor anuncia en este discurso. En el primer grupo incluye a los deudores solventes, pero reacios a desprenderse de los bienes patrimoniales familiares para satisfacer con el precio de los mismos las reclamaciones judiciales de sus acreedores. En el segundo grupo incluye a los oportunistas ambiciosos de poder, que apoyan al movimiento catilinario con la mera intención y esperanza de llegar a tener acceso por medio de la violencia y anarquía, a las magistraturas y cargos que les estaban vedados dentro de la legalidad imperante. El tercer grupo lo integran los antiguos colonos silanos, parvifundistas ya despojados de sus parcelas, convertidos en el proletariado rural de la época. En el cuarto grupo se encuentran los pequeños propietarios campesinos y los pequeños comerciantes urbanos, estratos ambos que se habían venido proletarizando en los últimos tiempos, despojados unos y otros de sus medios de vida habituales por la creciente influencia de las clases optimates multimillonarias, tanto latifundista como financiera. El quinto grupo es el de los "parricidas, de los asesinos y, en una palabra, de los

---

<sup>29</sup> CICERÓN, *De Oratore*. Citado por Ignacio Granero, p. 166.

<sup>30</sup> CICERÓN, *Catilinarias*, p. 35.

delinquentes de todos los tipos". El último grupo incluye, según el orador, tanto al estado mayor político, como a los favoritos e íntimos amigos privados del célebre dirigente en jefe de la conspiración.

Brunt se refiere a la división de la sociedad que hacía Cicerón en los siguientes términos: "En su discurso pro Sestio, Cicerón describe a los populares como aquellos que desean que sus palabras y sus acciones gratifiquen a la multitud y añade que «las inclinaciones de la multitud o el interés del pueblo a menudo divergen del bien del Estado». Por el contrario, los optimates incluyen toda la clase de la que provienen los senadores, la nobleza campesina, los comerciantes y aun los liberales, todo aquel que "no es un criminal o un perverso por naturaleza o no se ve confundido por el estado de sus negocios privados». Son optimates los que en política cumplen con el deber de servir a los deseos, los intereses y las opiniones de los «buenos y los prósperos», estos es, aquellos cuya moral resulta tan sólida como su cuenta bancaria".<sup>31</sup>

Luego de este breve panorama social de la época romana, repasemos ahora las partes de la felicidad mencionadas por Aristóteles: nobleza, hijos, riqueza, fama, etc. De estas partes, a la que le da más importancia es a la riqueza, carecer de ésta es causa suficiente para formar parte del grupo revolucionario. Y, ¿por qué Cicerón se dedica tan extensamente a relatar los vicios de sus contrarios, en vez de resaltar las virtudes propias? Aquí es una vez más, donde el orador hace gala de su arte retórica, demostrando lo que Aristóteles denomina "existencia de bienes cuya realidad es dudosa: es bueno aquello cuyo contrario es malo, y aquello cuyo contrario concierne a los enemigos".<sup>32</sup> Y es así que Cicerón no pudiendo demostrar las virtudes del grupo optimates, pone en evidencia los vicios ajenos, sin advertir, al mismo tiempo, que el grupo optimates también participaba de esos vicios.

El orador continúa su arenga en orden a demostrar la excelencia de las virtudes de su grupo, lo que Rafael Salinas llama "meros lugares comunes del virtuosismo retórico ciceroniano". "En efecto, mientras en nuestras filas milita la modestia, en las del adversario prevalece la arrogancia; la castidad impera de este lado y la lujuria de aquél; aquí triunfa la lealtad, allá el engaño; aquí la religión, allá el sacrilegio; aquí el orden, allá la anarquía; aquí la continencia, allá el libertinaje: en una palabra, la equidad, la temperancia, la magnanimidad, la prudencia, todas las virtudes enfrentándose a la injusticia, a la molicie, a la pusilanimidad, a la temeridad, a todos los vicios; y trátase, finalmente, del antagonismo acérrimo entre la opulencia y miseria, entre el principio establecido y el principio subversivo, entre la ideología sensata y la ideología disparatada y, para concluir, entre el porvenir seguro y la más absoluta carencia de esperanza".<sup>33</sup> Es éste uno de los pasajes más atrayentes desde

---

<sup>31</sup> BRUNT, *Conflictos sociales en la República Romana*. EUDEBA, 1973, p. 139.

<sup>32</sup> ARISTÓTELES, ob. cit., p. 77.

<sup>33</sup> CICERÓN, ob. cit., p. 36.

el punto de vista retórico; al final, Marco Tulio nos habla de porvenir y esperanza, siendo ésta otra prueba de que el segundo discurso aquí analizado se encuentra dentro de los del género deliberativo, o sea, que juzga sobre el futuro.

Pasemos ahora a analizar lo que Aristóteles llama pruebas subjetivas o morales, a las cuales divide en: 1º) el carácter moral o *ethos* del que habla (orador) y 2º) las pasiones del oyente.

“...como la retórica tiene como finalidad el juzgar (pues se juzgan también los consejos y el veredicto judicial es un juicio), hay que procurar, no solamente que el discurso sea apto para demostrar y para persuadir, sino también que el orador esté en cierto estado de ánimo y disponga al que decide”.<sup>34</sup> Dufour, citado por Granero en su anotación a *El arte de la Retórica*, nos dice: “la demostración por medio de entimemas podría en rigor ser suficiente a puros lógicos, pero como los oyentes son ante todo hombres, el orador debe también recurrir a toda clase de pruebas, que no son menos decisivas que las primeras, y a las que puede llamarse morales y subjetivas: la autoridad del que habla, el carácter de los que escuchan, las pasiones que agitan en sus almas”.<sup>35</sup>

“...lo más útil en las deliberaciones reside en que el orador aparezca con cierto estado de ánimo, y para los juicios, que el oyente esté de algún modo afectado”.<sup>36</sup> En las deliberaciones juzgamos de nuestros propios asuntos, y por ello interesa principalmente la disposición que el orador muestra respecto de sus oyentes, porque el que delibera tiene muy presente quién es el que aconseja; en cambio, en el género judicial el juicio se lleva a cabo respecto de otro y, por lo tanto, hay que atender más bien a la disposición que existe en el oyente con respecto al que es juzgado. Y el estado de ánimo de Cicerón en esta asamblea en la que se dirige al pueblo no podría ser mejor; Rafael Salinas a él se refiere y dice: «...es muy posible que la feliz jornada de la víspera lo tuviera impaciente por entonar una loa a su talento desde los *rostra* o plataforma de las arengas, así como poner bien en evidencia sus aparentes éxitos mediante una oportuna propaganda verbal que exagera la importancia y trascendencia de los acontecimientos».<sup>37</sup>

Ya hemos mencionado cuáles son las partes del discurso (ver cap. III *in fine*). Ahora pasaremos a analizar las características del exordio en el género deliberativo. “Se toman de los exordios del género judicial, pero, dada, su naturaleza muy pocos lo requieren. Porque los oyentes saben de qué se va a tratar y el asunto para nada necesita de exordio, a no ser por causa del mismo orador o de los adversarios, o bien si los oyentes no valoran el asunto”.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> ARISTÓTELES, ob. cit., p. 197.

<sup>35</sup> ARISTÓTELES, ob. cit., con notas de Ignacio Granero, p. 316.

<sup>36</sup> ARISTÓTELES, ob. cit., p. 198.

<sup>37</sup> CICERÓN, ob. cit., con notas de Rafael Salinas, pp. XXXIX y XL.

<sup>38</sup> ARISTÓTELES, ob. cit., p. 430.

Rafael Salinas se refiere al exordio de la Segunda *Catilinaria* en los siguientes términos: "La Segunda se inicia con un exordio en que la ampulosidad sirve como envoltura a la embriaguez del triunfo reciente: breve grito de efímero júbilo que, por su contraste con la pacata monotonía de la argumentación que sigue, semeja un decorativo arco de triunfo verbal, edificado para dar paso al más tranquilo y uniforme rebaño de cláusulas".<sup>39</sup> Y es aquí donde a Cicerón lo pierde el propio culto a su persona, haciendo que la hermosura y grandiosidad del discurso se diluya por la larga extensión del exordio en el que se refiere a su intervención personal. Y no era necesario, ni siquiera porque "los oyentes no valoraban el asunto como el orador quiere". Si los oyentes no lo valoraban, era porque el asunto no lo merecía. Boissier nos dice: "Cicerón defiende causas ganadas de antemano... Sabía perfectamente que Catilina estaba decidido a salir de Roma cuando pronunció la Primera *Catilinaria*, en la que le conjura patéticamente a irse".<sup>40</sup>

Con respecto a la narración en los discursos del género deliberativo, diremos que no hay lugar a ella, porque nadie hace narración respecto de lo futuro.

La peroración con que concluye esta arenga, completamente en contraste por su tono parco con el vehemente exordio que la inicia, comienza reiterando a la ciudadanía la seguridad del total y próximo aplastamiento de la conjura catilinaria, considerada aquí por Cicerón, en frase tan truculenta como contradictoria con las que reiteradamente se dedica antes a restar importancia al movimiento, ni más ni menos como "la guerra intestina y civil más peligrosa que recordarse pueda" y cuyo desenlace se inclinó a favor de Roma gracias al propio Marco Tulio.

## V

La Tercera *Catilinaria* la podríamos ubicar dentro de los discursos del género judicial. Hemos dicho que el género judicial implica acusación y defensa (cap. II). Acusación de los conjurados y defensa de su persona.

Esta tercera arenga comienza con una defensa de él mismo, comparándose con Rómulo, saliendo poco airoso de dicho paralelismo merced a un alud de silogismos retóricos a propósito de la superioridad que sobre el mero acto de crear tiene el conservar lo creado. Interesante resulta reproducir el párrafo en que Cicerón a ello se refiere: "Por lo que, si tenemos en cuenta que entre nosotros es usual celebrar el aniversario del día en que acertamos a sortear cualquier desgracia como no menos grata y memorable fecha que la de nuestro mismo natalicio —en virtud, a mi criterio, de que la salvación de una existencia ya en pleno desarrollo es positiva ventaja mientras que el advenimiento a la

<sup>39</sup> CICERÓN, ob. cit., con notas de Rafael Salinas, p. XL.

<sup>40</sup> BOISSIER, ob. cit., p. 47.

vida no pasa de ser un mero hecho fortuito puesto que al recibir el aliento ni nos percatamos siquiera de ello y en cambio es innegable que al salvar la existencia de algún riesgo sí experimentamos una fruición consciente— y si por otra parte, también tenemos presente la circunstancia de haber elevado nuestro pueblo al rango de los dioses inmortales, en medio de parabienes y bendiciones, a quien fundó esta ciudad; si conjugamos, digo, una y otra premisa, de fijo que quien ha conseguido que nuestra urbe, ya plenamente lograda y desarrollada, se haya conservado en pie, no puede menos que esperar de vosotros y de vuestra descendencia el glorioso galardón que se merece, y al que se hizo acreedor al extinguir las llamas que estaban ya materialmente lamiendo y envolviendo a la metrópoli entera, a sus templos y santuarios, a sus monumentos y a sus murallas;...”.<sup>41</sup>

Otra de las razones que nos indujo a colocar este discurso dentro de los del género judicial, es el tiempo de verbo usado en el mismo. En efecto, a lo largo de la arenga prevalece el tiempo pasado; ejemplo de ello resulta: “Abierta que fue la sesión senatorial, empecé a disponer que fuese introducido en su recinto, primero únicamente Voltrucio...”.<sup>42</sup>

Digamos algo más del género en que hemos incluido esta parte de la obra. Aristóteles dice: “el acusador debe considerar cuántos y cuáles de esos motivos existen en su adversario, impulsados por los cuales todos hacen injusticia a sus prójimos. Entendamos por hacer injusticia el inferir voluntariamente un daño contra la ley. La ley se divide en particular y común. Llamo particular a la ley escrita, según la cual se rigen los pueblos; y común, a la que, sin estar escrita, parece ser admitida por todos. El vicio y la intemperancia son las causas de que se prefiera hacer daño y obrar el mal en contra de las leyes. Porque los que adolecen de uno o de muchos vicios, son también injustos respecto de aquello en lo que son viciosos;...”.<sup>43</sup>

Nos tenemos que referir aquí a las pruebas extratécnicas que son las propias de los discursos judiciales. Aristóteles clasifica a las referidas pruebas en: 1) Leyes. 2) Testigos. 3) Contratos. 4) Confesiones obtenidas por medio de torturas. 5) Juramento. Cicerón hace uso de estos tipos de pruebas. Es así que hace deponer a Voltrucio y luego a los galos como testigos. Obtiene la confesión de los cuatro conjurados detenidos (Gambinio, Estalilio, Cethego y Lentulo) que declaran ante el Senado.

Otro tipo de pruebas, no ya propia de los discursos judiciales, sino común a los tres tipos de géneros, es la fábula. Al respecto Aristóteles nos dice: “Las fábulas son aptas para las arengas y poseen esta ventaja, a saber, que siendo difícil encontrar hechos ocurridos que sean semejantes, es, en cambio, más fácil inventar fábulas; y conviene crearlas...”.<sup>44</sup> Marco Tulio recurre a ella

<sup>41</sup> CICERÓN, ob. cit., p. 40.

<sup>42</sup> CICERÓN, ob. cit., p. 44.

<sup>43</sup> ARISTÓTELES, ob. cit., pp. 103 y ss.

<sup>44</sup> ARISTÓTELES, ob. cit., p. 273.

en este tercer discurso: "Aunque a decir verdad, conciudadanos, es tan extraña la forma en que las circunstancias se han prestado a mi éxito, que me obliga a confesar que todo ha sido dispuesto y se ha cumplido más bien por voluntad y designio de los dioses inmortales"... "Por lo tanto, si yo tuviera la pretensión de haber logrado someter a tales patibularios sin más ayuda que mi propia industria, me estaría atribuyendo un mérito tan exorbitante como superior a mis fuerzas. El verdadero vencedor de esos entes se encuentra en aquel sitio: Vedlo ahí, es Júpiter".<sup>45</sup>

Pasemos ahora a analizar la estructura de este tercer discurso. La arenga se inicia con un exordio resonante y pintoresco, cuya mayor parte se consagra a la más desorbitada ponderación de los méritos que a sí mismo se atribuye el orador. A continuación, se desenvuelve la narración, cuyas cláusulas están dedicadas a relatar paso a paso los pormenores del movimiento urbano, desde la fuga de Catilina hasta las disposiciones que momentos antes acaban de aplicarse. Rafael Salinas se refiere a esta parte del discurso en los siguientes términos: "Son características de tal narración el lacónico y nervioso dinamismo con que el autor pinta en ella las más movidas escenas; la ironía fina de los sarcasmos, cuya chispa epigramática los convierte en relámpagos de ingenio que alumbran con fulgores repentinos la penumbra del mero relato; la elegancia fácil con que en medio de los párrafos, sin truncar su secuencia, suelen ir intercalados el diálogo o la cita aclaratorios evocados textualmente; el perspicaz realismo y el lastimero patetismo con que se alude al compungido gesto y a la actitud desolada de los conspiradores convictos ya y confesos;..."<sup>46</sup> Concluye con una peroración en la que el orador insiste en los tres tópicos que más le preocupan, a saber: el desmesurado culto a las pretendidas glorias de su persona; la mínima violencia represiva que en el peor de los casos exigirá la liquidación del complot que él ha frustrado; y, en fin, el recelo que sin cesar mortifica al arpinata, de que susodichas medidas dictatoriales traerán aparejadas ineludiblemente, más tarde o más temprano, la vindicta popular contra los responsables de su aplicación sangrienta.

## VI

En la Cuarta *Catilinaria* el orador hace uso de los géneros deliberativo y demostrativo (ver lo dicho respecto de estos géneros con referencia a la Primera y Segunda *Catilinarías*). Hemos descartado el género judicial, ya que a la altura de esta cuarta arenga, no había nada que discutir sobre el pasado. Su propósito es insistir sobre la inconveniencia de la conjuración (juzga sobre el valor) y el análisis de dos problemas distintos: el relativo a la índole del fondo de la sentencia que está por pronunciarse, y el relativo a la forma de su cabal cumplimiento. La sentencia no es analizada desde el punto de vista de ser el resultado de hechos pasados, caso en el que estaríamos en presen-

<sup>45</sup> CICERÓN, ob. cit., p. 55.

<sup>46</sup> CICERÓN, ob. cit. Versión de Rafael Salinas, pp. LVI y LVII.

cia de un discurso del género judicial, sino respecto del tipo de consecuencias que traería la resolución que se adoptara.

Pasemos ahora a analizar los tiempos de verbo utilizados. En casi toda la Cuarta *Catilinaria* predomina el tiempo presente, propio del género demostrativo; y también el futuro, propio del género deliberativo. Ejemplo de ello resulta: “Y ya que todo el mundo *concuerta* en la convicción, en el anhelo y el voto de que se *debe* mantener incólume nuestra organización republicana, precisamente cuando acusada por las teas y los puñales de la conjura más inhumana que se ha fraguado en su contra, la patria os *tiende* suplicante las manos, ya que *es* a vosotros solamente a quienes ella se *atiene* y a quienes *encomienda* la vida de su ciudadanía, el Capitolio con su fortaleza, el fuego inextinguible de Vesta, los santuarios y templos de nuestras divinidades y las murallas y construcciones todas de la metrópoli entera; ya que tales son, *digo*, las actuales circunstancias, *tenéis* el día de hoy el deber de decidir —en una forma o en otra— cuál *será* el porvenir que espera a vuestras personas, a vuestras esposas e hijos y a vuestros bienes, moradas y hogares domésticos. Y en semejante empresa *contaréis* con un presidente tan por entero entregado al servicio de vuestra causa...”<sup>47</sup>

Uno de los tópicos utilizados en el género demostrativo es la amplificación, al que Cicerón recurre con mucha frecuencia en esta cuarta arenga, especialmente para referirse a la peligrosidad de la revolución; es así que: “...no puede ni siquiera ser llamado ciudadano, después de haber fraguado de un modo tan bárbaro y tan inhumano, la catástrofe del pueblo de Roma y la desintegración de esta metrópoli... ¿A qué grado de ruina no llegaría su escaso presupuesto si sus centros fabriles quedaran reducidos a cenizas?”<sup>48</sup> Pasajes estos que resultan en contradicción flagrante con otros de las mismas *Catilinarías* donde dice: “...no se puede menos que desdeñar profundamente a esa hueste rebelde, improvisada con ancianos desahuciados, con campesinos despilfarrados, con patanes manirroto...”<sup>49</sup>

En cuanto a la estructura de este discurso, sigue el modelo de los anteriores. En un elegante exordio el orador se dedica a consagrarse “como el mártir lírico de la causa optimate”. En la narración aborda y analiza dos problemas distintos: el relativo a la índole de fondo de la sentencia y el relativo a su cabal cumplimiento. La arenga termina con una peroración consagrada a dramatizar con una serie de lugares comunes, las preocupaciones principales del cónsul: su anhelo de que los *patres* conserven indeleble en la memoria el recuerdo de su presidencia; su confianza en que dicho recuerdo será sólida muralla contra cualquier maniobra demagógica en su contra; y su promesa, en fin, de comportarse como el más fiel y expedito ejecutor de lo que el cuerpo senatorial tenga a bien decidir en definitiva, a propósito del asunto sometido a su debate y a su veredicto.

<sup>47</sup> CICERÓN, ob. cit., p. 76.

<sup>48</sup> CICERÓN, ob. cit., pp. 69 y 75.

<sup>49</sup> CICERÓN, ob. cit., p. 22.

## VII

En los capítulos anteriores me he limitado a hacer un análisis retórico de las *Catilinarias*. Ha quedado dicho que la retórica consiste en ver en cada caso "aquello que es apto para persuadir". En adelante me adentraré en los argumentos que Cicerón utiliza para desbaratar la revolución catilinaria.

Sus principales argumentos son dos: el oprobio moral de su oponente, y la ruptura con la legalidad constitucional vigente. En el siguiente pasaje conjuga esos dos factores: "...yo pongo más empeño en la conservación del Estado que tú en su ruina... optaré por hacer algo que, siendo medida menos implacable, resulta, a la vez, más útil al bienestar general... paso a referirme a lo que atañe... no a la ignominia con que los vicios manchan tu vida privada, ni al embarazo económico ni al oprobio moral de tu hogar, sino al soberano interés público y a la seguridad y a la vida de todos nosotros".<sup>50</sup> El primer argumento es alegado pero no probado. El orador parece aquí olvidar aquel principio romano que dice: *Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat* (La prueba incumbe a quien afirma no a quien niega). Parece también olvidar el comportamiento de su propia persona: "La verdad no le preocupaba, como tampoco la justicia. Era un precepto de las escuelas inventar aun en las causas criminales, detalles chocarreros e imaginarios que regocijaban al auditorio. Cicerón cita con grandes elogios algunos de aquellos embustes festivos que tal vez costaron el honor y la vida a pobres gentes que tenían la desgracia de habérselas con adversarios demasiado ingeniosos".<sup>51</sup>

El segundo argumento requiere un análisis un poco más extenso. Palacio dice: "Considerando toda revolución como un mal, aunque eventualmente pueda ser necesaria, quienes participan de este preconcepto se inclinan siempre a establecer una presunción *iuris tantum* en favor de las instituciones establecidas. La necesidad de la revolución debe probarse, y de tal modo que no deje lugar a dudas. Pero como la proposición implícita en aquel enunciado afirma que todo orden legal es bueno mientras tenga probabilidad de subsistir, resulta en consecuencia, que sólo serán justificables las revoluciones triunfantes. La prueba de la necesidad la daría nada más que el éxito".<sup>52</sup>

Dabin escribe: "Si los gobernantes actúan contrariando el fin del Estado o el de su tarea de gobernantes, ya no tienen derecho al título de tales y pueden ser descartados de sus puestos incluso por la fuerza. Poco importa que la legislación reconozca o no esos derechos naturales...".<sup>53</sup> Meinvielle, refiriéndose al derecho de resistencia a la opresión expresa: "...hay casos en que si

<sup>50</sup> CICERÓN, ob. cit., pp. 5, 7 y 8.

<sup>51</sup> BOISSIER, ob. cit., p. 44.

<sup>52</sup> PALACIO, ERNESTO, *Catilina, una revolución contra la plutocracia en Roma*. Buenos Aires, Huesmul, p. 20.

<sup>53</sup> DABIN, *Doctrina General del Estado*. Citado por Bidart Campos en *Derecho Político*. Buenos Aires, Aguilar, 1972, p. 500.

un régimen o un gobernante se opone sistemáticamente a ellos (refiriéndose al bien de la propia conservación, de la familia y de la sociedad), el mismo derecho natural le acuerda al hombre la facultad, y aun le impone la obligación, de defender eficazmente esos derechos contra los atropellos del régimen y del tirano".<sup>54</sup> Vitoria, fiel a las enseñanzas de Santo Tomás, también reconoce la legitimidad del derecho de resistencia a la opresión. Empero, la virtud de la prudencia, conforme lo advirtiera el Aquinate, debe regular y condicionar el ejercicio de ese derecho. De allí que exija para justificar la insurrección, que no sobrevengan males mayores que aquellos que se propone evitar.

## VIII

Los autores mencionados en el capítulo anterior, consideran como requisito para el ejercicio del derecho de resistencia a la autoridad (no distinguen si esta autoridad ha sido o no legalmente constituida), la existencia de una violación de los derechos naturales por parte del gobernante. Hay un segundo requisito, que sólo Vitoria, de alguna manera, parece sostener, y es el de las probabilidades de éxito de ese acto de resistencia. Atiéndase bien que hablo de probabilidad y no de certeza en el éxito, pues, como bien dice Ernesto Palacio: "Invocar el éxito como criterio exclusivo para determinar el valor de los hombres de acción, es actitud equivocada y que revela un espíritu mediocre e injusto".<sup>55</sup>

Refiriéndonos ahora a la revolución catilinaria, tenemos plasmado el primero de los requisitos (violación de los derechos naturales por parte del gobernante) en los siguientes párrafos de Brunt: "La avaricia de la clase gobernante se reflejaba en la miseria y el descontento de las masas, de lo que Salustio (a diferencia de Cicerón) era claramente consciente... Los indigentes no se podían permitir casarse o criar niños, es decir, los que nacían eran abandonados y, o bien morían, o eran criados como esclavos... Para los optimates la libertad era su propia libertad de participar en el gobierno sin temor o favor... Los optimates eran por cierto oligárquicos. ¿Eran los populares democráticos? Por supuesto, también eran senadores y a menudo nobles, y no exigían que la asamblea gobernara continuamente. Pero apoyaban el derecho soberano de la Asamblea a decidir sobre cualquier cuestión que planteara sin la sanción del Senado".<sup>56</sup> A la situación imperante en esos momentos de la República también se refiere Palacio: "Esta época de Roma fue seguramente, como todas las épocas críticas, una época de gran confusión intelectual. El estado de anarquía social y política respondió, sobre todo, al influjo disolvente de la anarquía que reinaba en los cerebros. Hay momentos en que nadie se entiende, porque los problemas reales se esconden maliciosamente

---

<sup>54</sup> MEINVIELLE, JULIO, *Concepción católica de la política*. Citado por Bidart Campos, ob. cit., p. 500.

<sup>55</sup> PALACIO, ERNESTO, ob. cit., p. 16.

<sup>56</sup> BRUNT, ob. cit., pp. 116 y ss.

bajo la hojarasca oratoria y los directores de la opinión pública, en virtud de un acuerdo tácito, se traban en luchas sobre palabras, escondiendo al pueblo el único propósito que los guía y que es el usufructo del poder. Estos fenómenos caracterizan especialmente a los estados oligárquicos, en que la acción de los elencos políticos tiende a coincidir con los intereses de la clase dominante y a profesionalizarse en su servicio, por ser éste el camino más corto para el éxito. No importa cuáles sean los argumentos de la propaganda. Según soplen los vientos, se apelará a la soberanía popular, a la patria, al orden, a la honradez, a la libertad; pero la esencia de esa política será un crudo utilitarismo, en que no resultarán imposibles, sino corrientes, las componendas entre los adversarios más enconados, para repartirse las gangas del poder, a espaldas de la multitud, soberana irrisoria, burlada por sus favoritos. El testimonio de Salustio nos confirma que tal era la situación de Roma y que "la simulación del bien público" encubría los propósitos puramente personales de los aspirantes al gobierno".<sup>57</sup>

## IX

Pasemos ahora a analizar el requisito que hemos denominado "posibilidades de éxito del acto de resistencia". Palacio escribe: "En lo que a Catilina respecta, resultaría imposible probar con argumentos decisivos, que su táctica fue deficiente, como lo sostienen quienes dan valor de prueba a la mera presunción emergente de su derrota. Todo lo contrario. De un estudio minucioso de los escasos elementos de juicio con que se cuenta, surge la convicción de que el caudillo revolucionario poseía fuerzas suficientes para lograr sus propósitos y que había previsto, con singular clarividencia, todo lo que humanamente podía prever en las circunstancias en las que se encontraba... Por consiguiente, el fracaso no es imputable a él, sino al accidente imprevisible del descubrimiento de las pruebas..."<sup>58</sup>

El que se propone subvertir el orden establecido, debe considerar las posibilidades de éxito de su empresa. Para lograr el fin se valdrá de medios, y éstos tienen que ser los adecuados para no equivocarse el camino. Si se equivoca en esta tarea o no se la lleva a cabo, al mal que se pretende eliminar, se agregará el mal de un fracaso, con las consecuencias de revanchas y represalias que éste trae.

Palacio parece dar preeminencia a la vocación política por sobre la situación de hecho en la que el político se desenvuelve: "Pero la vocación política no es de índole contemplativa, sino práctica. El político no se satisface con imaginar un orden y desear una justicia. Necesita imperiosamente realizar ambos bienes, así como el artista necesita trasladar a la materia la forma preexistente en su espíritu. En esto consiste la labor creadora. Sólo que la

---

<sup>57</sup> PALACIO, ERNESTO, ob. cit., pp. 106 y 107.

<sup>58</sup> PALACIO, ERNESTO, ob. cit., pp. 217 y ss.

materia sobre la cual actúa el político es la sociedad humana, son las ideas, los intereses, los apetitos, el amor y el odio de sus semejantes. Si el artista goza de una cierta autonomía con respecto a la ética, el político se mueve en pleno orden moral. Su finalidad específica es el bien común. Podrá equivocarse respecto a los medios, como el artista puede frustrar su obra. Pero si obedece a una vocación auténtica —es decir, si su ambición no es una máscara de una vanidad inferior o del afán de lucro— no podrá apartarse de aquella finalidad, que constituye la tendencia natural, la pendiente de su espíritu”.<sup>59</sup>

Así como Antígona se vio en la disyuntiva entre ley de Dios y ley del hombre, optando por la primera alternativa, y pasando a ser desde ese instante prototipo del pensamiento griego clásico, a Catilina la opción se le presenta entre vocación política y posibilidades de éxito eligiendo el primer camino. La diferencia entre aquella heroína y nuestro personaje la dan Sófocles y Cicerón.

Otro de los cargos que se le hacen a Catilina es el de la ilicitud de los medios utilizados para llevar a cabo la revolución. Nos encontramos aquí nuevamente con el maquiavélico dilema de si el fin justifica los medios. Palacio plantea de otra forma el interrogante y dice: “un medio necesario para obtener un fin benéfico no puede ser malo. Cuando el caso aparentemente ocurre, hay que presumir nuestra posibilidad de error en la calificación de los medios. Porque la supuesta injusticia suele ser nada más que la aplicación de una justicia sumaria y trascendente”.<sup>60</sup>

## X

Hemos visto las condiciones en las que se desarrolló la revolución catilinaria. Pero aquellos cuatro discursos de Cicerón, no sólo sirvieron para desbaratar el movimiento revolucionario, sino que sirvieron como única fuente a los historiadores posteriores para juzgar la figura de Catilina. Así Goetz, en su *Historia Universal*, nos relata: “El mismo Catilina, dos años después, conmovió todo el estado romano con sus manejos. Este aristócrata canallesco, esbirro desvergonzado de Sila...”.<sup>61</sup> Su nombre no estuvo ausente en la Revolución Francesa, y en la Asamblea del 23 de junio que precede a la toma de La Bastilla, es mencionado nuestro “héroe”. Thiers pone en boca de Mirabeau las siguientes palabras: “Señores, yo reconocería que quizás vinieran aquí para atender a la salud de la patria, si los alardes de despotismo no fueran tan peligrosos... ¡Aparato de armas, violación del templo nacional, para mandarnos ser felices! ¿Dónde están los enemigos de la patria? ¿Está Catilina a nuestra puerta?”. Y en las sesiones del 24 y 26 de septiembre se repite: “¡Cati-

---

<sup>59</sup> PALACIO, ERNESTO, ob. cit., p. 143.

<sup>60</sup> PALACIO, ERNESTO, ob. cit., p. 145.

<sup>61</sup> GOETZ, WALTER, *Historia Universal*. Madrid, Espasa Calpe, 1966, p. 401.

lina está a las puertas de Roma y vosotros deliberáis!" (Recordar que Catilina había sido instado a salir de Roma por Cicerón).<sup>62</sup>

El único reproche que se le puede hacer al movimiento catilinario, es el de su derrota. Quizás Catilina se equivocó en los medios utilizados. Quizás incurrimos en el error de calificar de esta manera a los medios, al decir de Palacio (ver cap. IX). Pero al no lograr su fin propuesto, se quedó a mitad de camino, y sólo los medios quedaron al descubierto. De haberlo logrado, quizás otra hubiera sido la historia.

MIGUEL ANGEL SOSTRES

---

<sup>62</sup> THIERS, LUIS ADOLFO, *Historia de la Revolución Francesa*. Barcelona, Ediciones Petronio, 1969, t. I, pp. 35 y 129.

### SOBRE LA CONCORDIA

“...En estos tiempos de revolución, que en gran medida son siempre de confusión, el gran peligro está representado por las amenazas ideológicas, que luchan entre sí para ocupar el vacío dejado en el firmamento axiológico de los hombres por generaciones de revolucionarios, demoleedores, iconoclastas e insensatos; mas, pese a las ideologías, la única vía de solución sólo puede hallarse, hoy como siempre, en un equilibrio, en una cierta armonía, que esté sólidamente apoyada en la realidad...”.

FÉLIX ADOLFO LAMAS  
*La Concordia Política*

#### I. AMISTAD Y CONCORDIA

Toda ideología implica una falencia, generalmente interesada, en el análisis de la realidad concreta. En la esencia de los dos sistemas que hoy pugnan por controlar el mundo, existen líneas fundamentales que conducen al enfrentamiento entre los hombres. Para el pensamiento liberal, o para el marxista, la comunidad ya no será el ámbito que permitirá la realización del bien común, sino el escenario donde se desarrollará la “libre competencia” o la “lucha de clases”. No se tendrá en cuenta ese “amor de mutua benevolencia”, fundado sobre alguna comunicación”<sup>1</sup> que es la verdadera amistad entre los hombres.

Se intenta aislar al hombre. Hacerle formar parte de un mecanismo que absorberá por fin su capacidad de amar. El hombre vencido, entregado al sistema, es un hombre irreversiblemente SOLO; sin comunicación con Dios, ni con los otros hombres. Es un hombre sin amigos.

En un esfuerzo por aprehender la totalidad del ser humano, las ideologías dominantes crearon falsas deidades. Una abstracción como la “democracia” reemplazó al gobierno de los más aptos; los “partidos políticos” (muchos o uno sólo) a las asociaciones en las que el hombre tiende naturalmente a agruparse para lograr sus fines.

En el génesis de estas últimas, y en el de esa asociación mayor que es la Nación, interviene un cierto tipo de amistad. *Afectio societatis* que natural-

---

<sup>1</sup> SANTO TOMÁS, *Suma Teológica*, 2,2, q. 23.

mente une a las voluntades de los hombres que integran una comunidad. A esta especie de amistad la llamaremos CONCORDIA.

Antes de considerarla a través del pensamiento aristotélico-tomista, es conveniente volver sobre el concepto general de amistad, de la cual la concordia parece devenir.

En el art. 1º, de la q. 23, de la 2,2, de la *Suma Teológica*, Santo Tomás se pregunta si la caridad es amistad; recuerda las tres especies de amistad que señalará Aristóteles en el Capítulo III, del Libro VIII, de su *Ética Nicomaquea*: la amistad por placer o "deleitabile", la amistad por interés o de lo útil, y la amistad de lo honesto o la amistad perfecta.

Siguiendo siempre a Aristóteles dirá más adelante Santo Tomás: "...No todo amor tiene razón de amistad, sino el amor que entraña benevolencia, esto es, cuando de tal manera amamos a alguien queremos para él el bien. Si, pues, para las cosas amadas no queremos el bien, si no apetece su bien en orden a nosotros... ya no hay amor de amistad, sino de cierta concupiscencia... Mas tampoco basta la benevolencia para la razón de amistad, antes bien se exige una mutua reclamación, pues el amigo es amigo para el amigo. Esta correspondida benevolencia se funda en alguna comunicación".

Benevolencia y comunicación (y por lo tanto alteridad) son las notas características de la verdadera amistad en el pensamiento tomista.

Considerando la existencia de la comunicación del hombre con Dios, "en cuanto nos comunica su bienaventuranza", deduce que hay que cimentar allí alguna amistad. "Y el amor fundado en esta comunicación es la caridad. Por donde es claro que la caridad es una amistad del hombre con Dios".

Concluye el artículo diciendo que "la amistad honesta no se tiene más que con el virtuoso, como término principal; pero en atención a él se aman todos los a él vinculados, aunque no sean virtuosos. Y así la caridad, que es suma amistad de lo honesto, se extiende a los pecadores, a quienes amamos con caridad por Dios".

En la virtud de la caridad encuentra Santo Tomás la causa de la paz personal y de la paz social (en la que está incluida la concordia). La paz social nace porque la amistad caritativa hace querer el bien para el prójimo. O sea que la caridad es la más excelsa forma de amistad, y a la vez causa de todas las otras formas de amistad verdadera que sean posibles.

En la q. 114, de la 2,2, dentro del *Tratado de las Virtudes Sociales* Santo Tomás se refiere a la afabilidad, a la que también llama "amistad" pero distinguiéndola de la "amistad verdadera" que es siempre fruto de la caridad.

La afabilidad es la virtud especial que cuida del buen orden en las relaciones entre los hombres. "...No es ciertamente, amistad perfecta; solamente tiene una semejanza de ella, en cuanto observa en su conversación con otros las normas de la afabilidad".

Ser afable, no implica dejar de contristar a los allegados cuando éstos pecan; por el contrario, es un deber hacerlo.

Al preguntarse si la afabilidad es parte de la justicia, afirma que es una virtud aneja a ésta, “que se agrega a la virtud principal”. Conviene con la justicia en su razón de alteridad pero difiere de ella en que no es exigida por un débito estricto. “Solamente es exigida por un deber de honestidad que obliga más al mismo virtuoso que al otro sujeto, en cuanto el hombre afable trata a sus semejantes como es decoroso y es su deber hacerlo”.

Por exigencia de su naturaleza social el hombre está obligado a decir la verdad a los otros sin lo cual sería imposible convivir en sociedad. “. . . Del mismo modo que no es posible vivir en sociedad sin la verdad, es necesaria en la vida social la afabilidad. . . Por consiguiente cada hombre está obligado, por un cierto débito natural de honestidad, a ser afable con los que lo rodean, salvo el caso de que sea útil entristecer a alguno de ellos”.

Esta virtud de la afabilidad aparece en Santo Tomás, según lo expresara el Dr. Montejano, como una “introducción a la verdadera amistad”, la cual necesita de maduración para desarrollarse. Es también un medio que posibilita el logro de ese gran fin del hombre que es la concordia ordenada, o lo que es lo mismo, el logro de la paz social.

## II. LA CONCORDIA EN ARISTÓTELES

Para Aristóteles la amistad “es una especie de virtud, o por lo menos va siempre escoltada por la virtud”.<sup>2</sup> “. . . Es además una de las necesidades más apremiantes de la vida. . . Nadie aceptaría ésta sin amigos, aun cuando poseyera todos los demás bienes”.

Por una ley de la Naturaleza el amor es al parecer un sentimiento innato en el corazón de casi todos los seres vivientes. “. . . Existe no sólo entre los hombres, sino también en los pájaros y en la mayor parte de los animales que se aman mutuamente, cuando son de la misma especie; pero se manifiesta principalmente entre los hombres”.

Casi de inmediato aborda el tema de la amistad política. “. . . Podría decirse que hasta la amistad es el lazo de los Estados, y que los legisladores se ocupan de ella más que de la justicia. . . La concordia de los ciudadanos *no carece de semejanza* con la amistad; y la concordia es lo que las leyes quieren establecer ante todo, así como ante todo quieren desterrar la discordia, que es la más fatal enemiga de la ciudad. Cuando los hombres se aman unos a otros, no es necesaria la justicia. Pero, aunque sean justos, aún así tienen necesidad de la amistad; e indudablemente no hay nada más justo en el mundo que la justicia que se inspira en la benevolencia y en la afeción”.

---

<sup>2</sup> ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, “Teoría de la Amistad”, Libro VIII, cap. 1.

Félix Lamas, en *La Concordia Política*, afirma que cuando Aristóteles dice: "cuando los hombres son amigos no hace falta la justicia" se refiere principalmente (únicamente creo que podría decirse) a la amistad profunda, "fundada en el amor, que excepcionalmente se da con amplitud en el marco político, y que es propia de hombres egregios, a los que corresponde que el pueblo honre como héroes o benefactores". Más adelante dice Lamas: "... La justicia es un mínimo debido... La amistad aspira a un máximo que se da por amor y sin ninguna obligación".

Según sigue diciendo este autor "aunque el Filósofo no lo haga de una manera suficientemente explícita" hay que distinguir dentro del pensamiento aristotélico la concordia política en sentido estricto (que es una forma de amistad política) de la amistad política en general. "La concordia política —dice Lamas— parece ser sólo la amistad política fundada en el interés *general* o la utilidad *común* (la bastardilla es mía), lo cual implica que quedan otras formas de amistad política posibles, en especial aquella fundada en el amor, amistad en este caso en un sentido mucho más propio, mediante la cual los ciudadanos dan por su patria más de lo que pueden estar obligados a dar en derecho estricto, llegando incluso a sacrificar por sus amigos su propia vida".

A esta forma excelsa de amistad política, propia de los hombres virtuosos, creo que corresponde llamarla "patriotismo".

"Lamentablemente —observa Lamas— si la unión de los Estados dependiese del amor político de sus miembros, esa unidad sería hartamente precaria y problemática". La concordia sería una "forma de amistad política de grado inferior" en el pensamiento de Aristóteles, pero la más posible en general, y la que posibilita la unidad de la comunidad política.

Aristóteles profundiza el tema de la concordia en el Libro IX ("Teoría de la Amistad" - Continuación) de su *Ética Nicomaquea*, Cap. VI. Afirma que no hay que confundir a la concordia con cualquier conformidad de opiniones, porque ésta puede existir, hasta entre personas que mutuamente no se conocen... Estar de acuerdo sobre materias como astronomía no implica la menor afección. Si en cambio la hay cuando el acuerdo recae sobre intereses generales de los Estados, o cuando de concierto se ejercita una resolución común... La concordia se aplica *siempre a actos*, y entre estos actos, a los que tienen importancia y que pueden ser igualmente útiles a las dos partes, y hasta a todos los ciudadanos cuando se trata de un Estado".

La concordia se convierte en una amistad civil cuando comprende los intereses comunes y todas las necesidades de la vida social. Reclama para esta concordia "corazones sanos", los que estarán de acuerdo consigo mismos, y recíprocamente entre sí "porque se ocupan de las mismas cosas".

"Las voluntades de estos espíritus rectos permanecen inquebrantables... sólo quieren las cosas justas y útiles, y las desean sinceramente guiados por el interés común".

Es categórico al negarle a "los malos" la posibilidad de la concordia, "y si reina alguna vez es por cortos instantes". No podrán ser por mucho tiempo

amigos porque reclaman una parte exagerada de los beneficios y se desentienen todo lo posible de las fatigas y gastos comunes. "Queriendo cada cual las ventajas sólo para sí, espía y pone trabas a su vecino; y como del interés común nadie cuida, se le sacrifica y perece. Entonces comienza la discordia, esforzándose los unos en hacer que los otros observen la justicia, pero sin que nadie quiera practicarla".

### III. LA CONCORDIA EN SANTO TOMÁS DE AQUINO

Siempre siguiendo a Lamas, diremos que para Santo Tomás la concordia es la "unión de voluntades" o "la unión de apetitos de los diferentes apetentes".<sup>3</sup> Pertenece al género de la amistad, "pero es de la especie de amistad fundada en la utilidad".<sup>4</sup>

Es como en Aristóteles, un acuerdo sobre intereses *comunes* (o sea de la comunidad), pero especificando Santo Tomás que es un acuerdo de voluntades o apetitos.

En el art. 1º, de la q. 29 ("De la Paz") de la 2,2 de la *Suma Teológica*, se pregunta si la paz es lo mismo que la concordia. Observa que "puede haber concordia de impíos en el mal; pero no hay paz para los impíos", por lo que concluye que la paz no es lo mismo que la concordia, sino que la incluye y es aún algo más. "Donde hay paz, allí hay concordia, mas no al revés, si es que se toma propiamente el nombre de paz".

Esta última supone la unión de los impulsos del apetito del hombre, "pues el hombre no tiene la paz de corazón cuando, teniendo algo de lo que desea, aún desea algo más que no puede tener simultáneamente". Esta unión de impulsos no es de la esencia de la concordia. "Por lo tanto, la concordia es unión de apetitos de los diferentes apetentes; mas la paz, además de esta unión, entraña también la unión de apetitos en un mismo apetente".

La concordia es el aspecto objetivo de la paz; para que ésta realmente exista como tal debe darse también su aspecto subjetivo, que consiste en que el individuo tenga apaciguados todos sus impulsos apetitivos "... si uno conviene con otro a la vez en lo mismo, con todo, no se sigue que lo esté consigo mismo, a menos que todos sus impulsos apetitivos estén acordes entre sí".

Santo Tomás cita a San Agustín, cuando en *La Ciudad de Dios* dice que "la paz de los hombres es la ordenada concordia", y dice que esta paz es concordia, pero no de cualquier manera, sino "ordenada", o sea, concordando uno con otro en lo que a ambos conviene. "Pues si uno concuerda con otro, no de espontánea voluntad, sino como coaccionado por el temor de algún mal eminente".

<sup>3</sup> SANTO TOMÁS, *Suma Teológica*, 2,2, q. 29, art. 2.

<sup>4</sup> SANTO TOMÁS, *In Decem Libros Ethicorum*, Libro IX, Lección III (citado por Félix Lamas en *La Concordia Política*, Buenos Aires, Abeledo Perrot).

te, *tal concordia no es verdadera paz*, porque no guarda el orden de ambos concordantes, antes es perturbada por lo que infiere temor”.

Se trataría de una concordia aparente, divorciada de la justicia; de una “mala concordia” (distinguida de la “buena concordia” en virtud de la calidad de los intereses en función de los cuales se manifiesta).

En la q. 37, de la 2,2, aborda el tema de la discordia, como lo opuesto a la concordia. Implica que cada uno tenga su voluntad puesta en lo propio, y no en lo que es común “lo cual cuando se hace con desorden toca en soberbia y en vanagloria”.

Al ser la “buena concordia” un fruto de la caridad, la discordia es pecado. “Con la concordia toman cuerpo las mínimas cosas, y con la discordia se arruinan; porque la fuerza cuanto más coanudada está, tanto es más fuerte, y con la disgregación afloja”.

Aclara que así como la voluntad del hombre, unida a la de Dios, es recta regla, y discordar de ella es pecado, así también la voluntad del hombre contraria a Dios es regla perversa, *de lo que es bueno discordar*... En este sentido fue laudable que Pablo metiera cizaña entre los que estaban concordantes en el mal, pues el Señor mismo dice de sí: “No he venido a traer paz, sino la espada”. O sea que cabe en el pensamiento tomista la posibilidad de una “buena discordia”, la que se opone al pecado, del cual la “mala concordia” es una manifestación.

#### IV – CONCORDIA Y PAZ

En el art. 2º de la q. 29, de la 2,2 de la *Suma Teológica*, nos dice Santo Tomás: “Los mismos que buscan guerras y revueltas no desean sino la paz que creen no tener. Pues, como se ha dicho, no hay paz si uno no concuerda con otro en contra de lo que él más quiere... Los hombres desean romper, guerreando, *esa concordia que tiene falta de paz* para llegar a ella, en la que nada dé en rostro a su voluntad, que por eso todos los guerreros *intentan por guerra llegar a una paz* más perfecta de la que antes había”.

Legaz Lacambra<sup>5</sup> citando a Giorgio del Vecchio entiende a la idea de la paz “como equivalente a la justicia totalmente desenvuelta”, por lo que la realización de la paz exige la lucha en vez de excluirla. “Cuando el Derecho humano todavía está por cumplir o reivindicar, la guerra en que se combate para ello es guerra por la paz”.

Coincidiendo con el pensamiento aristotélico-tomista, dirá más adelante Legaz Lacambra “...Para la sociedad, la paz parece algo consubstancial; no es posible sociedad sin una situación de paz”. Señala como condición necesaria, pero

---

<sup>5</sup> LEGAZ LACAMBRA, *La idea y el fenómeno de la paz*. Primer Congreso de Filosofía del Derecho, Madrid, 1964.

no suficiente, para la instauración de una paz en el orden social, que los hombres sean pacíficos y amantes de la paz. *Lo importante es que no existan causas de guerra* “porque mientras existan hay el riesgo de que se produzca el efecto, ya que la voluntad de paz no debe identificarse sin más con la voluntad de claudicar”.

El pacífico debe querer que desaparezcan las causas que obstaculizan el logro de la paz, y que las contiendas se diriman, si es posible, por procedimientos jurídicos y pacíficos. “Pero el que, por encima de todo, cree que debe darse la no guerra (porque eso ya no es paz), aunque subsistan las causas y aunque fracasen los medios pacíficos de atajarlos, ese no es un pacifista, sino un claudicante”.

Para aproximarnos aún más al concepto de paz, en sentido objetivo y social, Legaz Lacambra cita también a San Agustín cuando define el fundamento ontológico de la paz diciendo: “la paz de todas las cosas es la tranquilidad del orden”<sup>6</sup> y “el orden es la disposición que asigna a las cosas diferentes y a las iguales el lugar que les corresponde”. Con esto se llega a lo que Legaz Lacambra considera “el fondo del problema”: la paz “es cuestión de ajuste de las cosas, es decir, de ajustamiento, o sea, de justicia. . . El fundamento ontológico de la paz es iusnaturalista. . . La paz no es un puro hecho, cosmológico o psicológico, es, ante todo, un *deber ser*; el deber ser de un ajustamiento a las exigencias del ser, es decir, del orden establecido por la naturaleza y querido por Dios”.

Esto era lo que sostenía S. S. Juan XXIII en su Encíclica *Pacem in Terris*: “La paz en la tierra, profunda aspiración de los hombres de todos los tiempos, no se puede establecer ni asegurar si no se guarda íntegramente el orden establecido por Dios”. Este orden es descubierto por la conciencia que lo manda seguir perentoriamente.

“Ahora bien —dice Legaz Lacambra— las leyes por las que se regulan las relaciones entre los hombres y sus respectivas comunidades políticas no son las mismas que rigen las fuerzas y los seres irracionales que constituyen el universo, sino que son de otro género, y hay que buscarlas donde Dios las ha dejado escritas, esto es, en la naturaleza del hombre”.

Es allí donde debe abreviar el legislador para producir un derecho positivo que realice el orden y la justicia. Esta ley humana deberá tener en cuenta el orden establecido por Dios para el hombre, o no será Derecho.

Según Bernardino Montejano el valor que con más urgencia debe realizar el Derecho es el orden. “Sin orden es imposible la existencia de justicia, de paz, de seguridad, de libertad, de bien común”<sup>7</sup>. Aclara luego que “el orden social

---

<sup>6</sup> SAN AGUSTÍN, *La Ciudad de Dios*. Según G. Fraile O. P. (*Historia de la Filosofía*) este pensamiento viene a corresponder al concepto de justicia cósmica de los filósofos griegos.

<sup>7</sup> MONTEJANO, BERNARDINO, *Los fines de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

humano que el derecho realiza y busca es un orden muy particular. Es la ordenación de hombres libres, dotados de inteligencia y voluntad y, por lo tanto, muy diverso del orden que reina en una biblioteca o en una colmena”.

Señala luego dos acepciones para el término “orden social humano”. Una jurídica que admite dos grados: un primer grado que sería “ese orden mínimo y rudimentario que establece en forma primitiva el jefe de una tribu”; y un segundo grado que sería “el orden jurídico social integral” que Hauriou definiera como “una organización de la sociedad sobre ciertas bases con el fin de asegurar en lo mejor la subsistencia del grupo, realizar la empresa de una civilización, y también en vista de obtener, por equilibrios apropiados, el movimiento uniforme del conjunto de situaciones y relaciones sociales”.

Una segunda acepción del “orden”, más filosófica, la tendríamos, dice Montejano, “si consideramos el orden social humano como un reflejo del orden universal y de la Razón Suprema que establece ese orden, o sea, Dios”.

“En su primera acepción el orden puede entrar en colisión con la libertad e incluso con la justicia. Así, el orden establecido por regímenes despóticos o tiránicos suprime o limita injustamente legítimas libertades... En su segunda acepción, el orden presupone la libertad y la justicia. El orden agustiniano es un orden fundado en la justicia que, al darle a cada uno lo suyo, realiza una tarea de armonización de las relaciones sociales y de protección del desarrollo de la verdadera libertad”.

Al analizar la primera acepción (la jurídica) vemos que así como cabe la posibilidad de una concordia injusta (de una “mala concordia”) es factible también la existencia de un orden injusto, que pretenda reglar las relaciones entre los hombres en forma divorciada de la justicia y de la libertad. Tal vez sea oportuno preguntarnos si en este supuesto podemos hablar de “orden”. Toda regulación de la vida social que no tenga en cuenta el orden natural dispuesto por Dios para el hombre, de “orden” sólo tendrá el nombre, y tendrá que ser denunciado como injusto, y hasta expresamente desobedecido cuando intente desconocer el derecho del hombre a la comunicación con Dios.

En el capítulo correspondiente a la paz, Montejano dirá que es una consecuencia del orden y de la justicia. Puntualizará de inmediato que la paz verdadera no es lo mismo que la “no guerra” o la coexistencia en el temor. Cita a S. S. Pío XII cuando en su discurso sobre la coexistencia nos señalaba las diferencias entre la verdadera y la falsa paz. Decía Pío XII: “¿Qué cosa significa de hecho en el mundo de la política la paz fría, sino la mera coexistencia de pueblos diversos sostenida por el mutuo temor y el recíproco desengaño? Ahora bien, es claro que la mera coexistencia no merece el nombre de paz, que la tradición cristiana, formada en la Escuela de las altas inteligencias de San Agustín y de Tomás de Aquino, aprendió a definir como *tranquillitas ordinis*. La paz fría es solamente una calma provisional, cuya duración está condicionada por la sensación mudable del temor, del cálculo oscilante de las fuerzas presentes, mien-

tras que del «orden» justo, que supone una serie de relaciones convergentes hacia un fin común justo y recto, no tiene nada”.

Para explicitar las diferencias entre la “paz” y la “no guerra” dice Montejano: “Puede no haber guerra y existir intranquilidad. Puede no haber guerra y difundirse el odio entre las clases sociales. Puede no haber guerra e intentar, sin embargo, los miembros del grupo social cambiar el orden existente. Puede no haber guerra en el campo internacional y, sin embargo, germinar el descontento y extenderse el resentimiento en países miembros de la comunidad mundial que no participan, en el grado en que son acreedores, de los bienes comunes que deben ser justamente distribuidos”.

Las palabras de S. S. Paulo VI nos recuerdan que “la paz debe tener por fundamento la justicia”, y en igual sentido escribió el profeta Isaías: “La obra de la justicia será la paz” (Isaías, XXXII, 17). Luego de estas citas nos dice Montejano: “Una sociedad vive en verdadera paz cuando los individuos y los grupos que en ella se integran ocupan el lugar que les corresponde. Cuando aflojan las tensiones sociales, cuando los miembros se encuentran cómodos dentro del orden existente, están tranquilos y no desean un cambio. El papel armonizador, la función de señalar a cada integrante el lugar que le corresponde, de dar a cada uno lo suyo, está reservado a la virtud de la justicia... Por ello no hay paz en un orden injusto”.

Todavía podemos preguntarnos si basta sólo la justicia para lograr la paz. Abelardo Rossi, en su trabajo *Justicia y Caridad*<sup>8</sup> afirma que sería “totalmente ilusorio... confiar en que ha de alcanzarse verdadera paz sólo sobre la base, de la justicia. Que ésta sea requisito *sine qua non* es indiscutible, porque sin ella no se daría el presupuesto indispensable constituido por relaciones y situaciones humanas debidamente ejecutadas en que la paz debe necesariamente cimentarse. Pero ella sola es impotente y fría para causar el dinamismo en virtud del cual se va plasmando ese estado de ordenada, gozosa y fecunda convivencia en que la paz auténtica consiste. La familia, v. gr., debe estructurarse y desarrollarse en la justicia natural que rige las relaciones mutuas de sus miembros, pero no vive *de ni por* la justicia, sino de amor”.

Ya en las conclusiones de su exposición, dirá, con palabras que me permito emplear como epílogo de este trabajo: “No se trata, ciertamente, de subestimar el excelso valor de la justicia, ni de desconocer el lugar eminente que ella ocupa entre las virtudes morales... Se trata únicamente de ubicarla y situar frente a ella esa fuerza incommensurable y universal que todo lo informa y transforma, que es el amor, que supone la justicia y, a su vez, la engendra y la impulsa... Aun cuando, por absurda hipótesis, reinara plenamente la justicia en este mundo, no por ello habríamos alcanzado la paz. Aquélla soluciona conflictos dando a cada uno lo suyo, respeta los derechos ajenos, establece las necesarias igualdades y hace que sea realidad vívida la dignidad de la persona

---

<sup>8</sup> En: *Acerca de la Justicia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

humana. Mas, por sí sola, es incapaz de aquietar interiormente los ánimos, de conciliar en total sinceridad los deseos e intereses, de provocar esa concordia interior que planifica y alegra los corazones en espíritu de pobreza evangélica que todo lo da y todo lo espera de los otros en límpida apertura; apertura que, por ser constitutiva de la naturaleza social del hombre, está enraizada en su centro metafísico, e implica una exigencia intrínseca de comunicabilidad entre las personas capaz de actualizar un auténtico encuentro”.

JUAN EDUARDO LEONETTI

## Documentos

### ASPECTOS TEOLOGICO - JURIDICOS DEL MATRIMONIO A LA LUZ DE LA EXHORTACION APOSTOLICA FAMILIARIS CONSORTIO

ALOCUCIÓN DEL SANTO PADRE A  
LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL DE  
LA SACRA ROTA ROMANA (28-1-  
1982).

Señor decano, queridos preladados y  
oficiales:

1. Me alegro que la inauguración del nuevo año judicial del Tribunal de la Sacra Rota Romana me proporcione la ocasión de encontrarme una vez más con vosotros, que con tanto empeño y alta competencia realizáis vuestro trabajo al servicio de la Sede Apostólica.

Este encuentro tradicional reviste en el presente año una nota particular, porque en el día de hoy —como es sabido— entran en vigor las Novae normae que —después del atento estudio de revisión que se había hecho de las disposiciones precedentes— he creído oportuno aprobar para vuestro Tribunal y que deseo puedan hacer más provechosa la labor que realizáis con preparación jurídica y espíritu sacerdotal para el bien de la Iglesia.

Os saludo con afecto y os manifiesto mi vivo aprecio por toda vuestra labor. En especial, dirijo mi cordial saludo al señor decano cesante, mons. Heinrich Ewers, y a su sucesor; a ambos aseguro mi recuerdo ante el Señor, para que El recompense al uno por el largo trabajo realizado con generosa entrega, y para que ayude al otro en el cargo que hoy inicia.

Un pacto de amor  
total e irrevocable

2. Me es grato llamar vuestra atención sobre la Exhortación Apostólica Familiaris consortio, en la que he recogido el fruto de las reflexiones reali-

zadas por los obispos durante el Sínodo de 1980.

En efecto, si este reciente documento se dirige a toda la Iglesia para exponer la misión de la familia cristiana en el mundo de hoy, afecta también de cerca a vuestra actividad, que se desenvuelve principalmente en el ámbito de la familia, del matrimonio y del amor conyugal. El peso de vuestra función se mide por la importancia de las decisiones, que vosotros estáis llamados a adoptar con sentido de verdad y de justicia, en orden al bien espiritual de las almas, teniendo como punto de referencia el juicio supremo de Dios: Solum Deum prae oculis habentes.

3. Al encomendaros a cada uno de vosotros esta función eclesial, Dios os pide que prosigáis así, a través de vuestra obra, la obra de Cristo, que prolonguéis el ministerio apostólico con el ejercicio de la misión que se os ha confiado y de los poderes que se os han transmitido; porque vosotros trabajáis, estudiáis y juzgáis, en nombre de la Sede Apostólica. El desempeño de tales actividades debe ser, por tanto, adecuado a la función de los jueces, pero compromete también la de sus colaboradores. En este momento pienso en la labor, tan difícil, de los abogados, quienes prestarán a sus clientes servicios mejores en la medida en que se esfuercen por mantenerse dentro de la verdad, del amor a la Iglesia y del amor a Dios. Así, pues, vuestra misión es ante todo un servicio del amor.

El matrimonio es realidad y signo misterioso de este amor. "Dios ha creado al hombre a su imagen y semejanza: llamándolo a la existencia por

amor, lo ha llamado al mismo tiempo al amor. Dios es amor y vive en Sí mismo un misterio de comunión personal de amor" (Familiaris consortio, 11).

Signo misterioso, el matrimonio lo es como sacramento: un lazo indisoluble une a los esposos, como en un solo amor están unidos Cristo y la Iglesia (conf. Ef. 5, 32-33).

Según el designio de Dios, el matrimonio halla su plenitud en la familia, de la que es origen y fundamento; y el don mutuo de los esposos desemboca en el don de la vida, o sea, en la generación de aquellos que, al amar a sus padres, les manifiestan nuevamente su amor y expresan su profundidad (conf. Familiaris consortio, 14).

El Concilio ha visto el matrimonio como alianza de amor (conf. Gaudium et Spes, 48). Esta alianza supone "la elección consciente y libre, con la que el hombre y la mujer aceptan la comunidad íntima de vida y amor, querida por Dios mismo" (Familiaris consortio, 11). Al hablar aquí de amor, nosotros no podemos reducirlo a la efectividad sensible, atracción pasajera, sensación erótica, impulso sexual, sentimiento de afinidad, o simple gozo de vivir.

El amor es esencialmente don. Al hablar de acto de amor, el Concilio supone un acto de donación, único y decisivo, irrevocable como lo es un don total, que quiere ser y permanecer mutuo y fecundo.

#### El consentimiento nupcial, acto eclesial

4. Para comprender plenamente el sentido exacto del consentimiento matrimonial, debemos dejarnos iluminar por la Revelación divina. El consentimiento nupcial es un acto de voluntad que significa y comporta una donación mutua, la cual une a los esposos entre sí y a la vez los vincula a sus eventuales hijos, con quienes constituyen una sola familia, un solo hogar, una "Iglesia doméstica" (Lumen gentium, 11).

Visto así, el consentimiento matrimonial es el compromiso de un vincu-

lo de amor donde, en el mismo don, se expresa la concordancia de las voluntades y de los corazones para realizar todo lo que es y significa el matrimonio para el mundo y para la Iglesia.

5. Hay aún más. Para nosotros, el consentimiento nupcial es un acto eclesial. El funda la "Iglesia doméstica" y constituye una realidad sacramental donde se unen dos elementos: un elemento espiritual, como comunión de vida en la fe, en la esperanza y en la caridad; y un elemento social, como sociedad organizada, jerarquizada, célula viviente de la sociedad humana, elevada a la dignidad del sacramentum magnum, la Iglesia de Cristo, donde ella se inserta como Iglesia doméstica (conf. Lumen gentium, 1). Así, pues, en la familia fundada sobre el matrimonio debe reconocerse en cierta medida la misma analogía de la Iglesia total con el misterio del Verbo encarnado, donde en una sola realidad se unen lo divino y lo humano, la Iglesia terrestre y la Iglesia en posesión de los bienes celestiales, una sociedad ordenada jerárquicamente y el Cuerpo místico de Cristo (conf. Lumen gentium, 8).

6. El Concilio ha subrayado el aspecto de la donación. Y por ello conviene detenerse aquí un momento, para captar más en profundidad el significado del acto de darse en oblación total con un consentimiento que, aunque se sitúa en el tiempo, asume un valor de eternidad. Un don, si quiere ser total, debe ser definitivo y sin reservas. Por ello, en el acto con que se expresa la donación, debemos aceptar el valor simbólico de los compromisos asumidos. El que se da, lo hace con conciencia de obligarse a vivir su donación al otro; si concede al otro un derecho, es porque tiene la voluntad de darse; y se da con la intención de obligarse a realizar las exigencias del don total, que libremente ha hecho. Si estas obligaciones se definen más fácilmente desde una perspectiva jurídica, si se expresan más como un derecho que se cede que como una obligación que se asume, es también verdad que el don está sencillamente simbolizado por los compromisos de un contrato, el cual expresa a nivel humano los compromisos inherentes a todo con-

sentimiento nupcial verdadero y sincero. Así es como se alcanza a comprender la doctrina conciliar, logrando recuperar la doctrina tradicional para situarla en una perspectiva más profunda y a la vez más cristiana.

Todos estos valores son no sólo admitidos, precisados y definidos por el derecho eclesiástico sino también defendidos y protegidos. Ello constituye, por lo demás, la nobleza de su jurisprudencia y la fuerza de las normas que ella aplica.

### Sacramento

7. Ahora bien, no es puramente imaginario, sobre todo hoy, el peligro de ver cuestionado el valor global de tal consentimiento, por el hecho de que a algunos elementos que lo constituyen, que son su objeto o expresan su realización, se les distingue siempre con más frecuencia o incluso se les separa, según la atención que les prestan especialistas de diversos campos o el carácter específico propio de las diversas ciencias humanas. Sería inconcebible que el consentimiento como tal fuese rechazado por una falta de fidelidad posterior. Sin duda el problema de la fidelidad constituye a menudo la cruz de los esposos.

Vuestro primer afán de servicio al amor será, pues, reconocer el pleno valor del matrimonio, respetar del mejor modo posible su existencia, proteger a quienes ha unido en una sola familia. Sólo por razones válidas y por hechos probados se podrá poner en duda su existencia y declarar su nulidad. El primer deber que os incumbe es el respeto al hombre que ha dado su palabra, ha expresado su consentimiento y ha hecho así don total de sí mismo.

8. Indudablemente la naturaleza humana, como consecuencia del pecado, ha quedado perturbada: aunque herida, no ha quedado, sin embargo, pervertida; ha sido nuevamente sanada por la intervención de Aquel que ha venido a salvarla y a elevarla hasta la participación en la vida divina. Ahora bien, sería realmente destruirla el considerarla incapaz de un compromiso verdadero, de un consentimiento verdadero, de un pacto de amor que ex-

presa lo que ella es, de un sacramento instituido por el Señor para curarla, fortalecerla y elevarla por medio de su gracia.

La función del juez, del defensor del vínculo, del promotor de justicia y de los abogados en las causas matrimoniales

Es, pues, en el marco de la perspectiva eclesial del sacramento del matrimonio, donde debe ser encuadrado el progreso de la ciencia humana, sus investigaciones, sus métodos y sus resultados. La continuidad de sus esfuerzos pone también de relieve la fragilidad de algunas de sus primeras conclusiones o de hipótesis de trabajo, cuyas evaluaciones no se han podido mantener.

Por tales razones el juez, al emitir la sentencia, se hace en definitiva responsable de ese trabajo común del que he hablado al principio. La decisión deberá ser tomada en la perspectiva global antes recordada, y que la Exhortación Apostólica Familiaris consortio ha querido poner más en evidencia.

Mientras está en curso el examen sobre la validez de un vínculo matrimonial, y se busca la existencia de razones que puedan conducir a la eventual declaración de nulidad, el juez permanece al servicio del amor, sometido al derecho divino atento a todo consejo o examen pericial serio. Sería sumamente pernicioso que la decisión dependiese en definitiva de uno u otro experto, con el riesgo de que la causa se viese juzgada según uno solo de sus aspectos.

De aquí brota la necesidad de reconocer en el juez el peso de su función, la importancia de su responsable autonomía de juicio, la exigencia de su consentimiento eclesial y de su solicitud por el bien de las almas. Y aunque en materia matrimonial una sentencia puede ser siempre impugnada al surgir nuevas motivaciones graves, no por ello el juez podrá sentirse inclinado a poner menos diligencia en prepararla, menos firmeza en expresarla, menos valor en emitirla.

9. Bajo esta luz, se puede apreciar cada vez mejor la especial responsabi-

lidad del defensor vinculi. Su deber no es el de defender a toda costa una realidad inexistente, u oponerse de cualquier modo a una decisión fundada, sino, como se expresa Pío XII, él deberá hacer observaciones pro vinculo, salva semper veritate (Pío XII, Alocución a los auditores de la Sacra Rota Romana: AAS 36, 1944, 285). Se advierten a veces tendencias que desgraciadamente llevan a reducir su función. La misma persona no puede, además, ejercer contemporáneamente dos funciones: ser juez y defensor del vínculo. Sólo una persona competente puede asumir una responsabilidad semejante; y será un grave error considerarla de menor importancia.

10. El Promotor iustitiae, atento al bien común, actuará también en la perspectiva global del misterio del amor vivido en la vida familiar; del mismo modo, si él siente el deber de presentar una demanda de declaración de nulidad, lo hará a impulsos de la verdad y de la justicia; no para condescender, sino para salvar.

11. En la misma perspectiva de la globalidad de la vida familiar, hay que desear finalmente una colaboración ca-

da vez más activa de los abogados eclesidásticos.

Su actividad debe estar al servicio de la Iglesia y por tanto ha de ser considerada casi como un ministerio eclesial. Debe ser un servicio al amor, que requiere entrega y caridad, sobre todo en favor de los más necesitados y de los más pobres.

12. Al concluir este encuentro deseo exhortaros a colaborar "cordial y valientemente, con todos los hombres de buena voluntad, que viven su responsabilidad al servicio de la familia" (Familiaris consortio, 86), de modo muy especial a vosotros, que debéis reconocer su base y su fundamento en el consentimiento nupcial, sacramento de amor, signo del amor que une a Cristo con la Iglesia, su Esposa, y que es, para la humanidad entera, una revelación de la vida de Dios y la introducción a la vida trinitaria del Amor divino.

Suplicando al Señor que os asista en vuestra misión al servicio del hombre salvado por Cristo, nuestro Redentor, os imparto cordialmente mi bendición, propiciadora de la gracia del Dios del Amor.

## LA LIBERTAD DE EDUCACION

DISCURSO DEL PAPA A LOS PARTICIPANTES EN EL XXXII CONGRESO NACIONAL DE LA UNIÓN DE JURISTAS CATÓLICOS ITALIANOS.

Ilustres señores:

1. Me complace sinceramente dirigir hoy un saludo cordial a vosotros, miembros cualificados de la Unión de Juristas Católicos Italianos que estáis celebrando estos días el XXXII congreso nacional de estudio, centrado en el tema: "Libertad de educación". Merece gran aprecio también la elección de la materia en vuestras relaciones y debates, pues reviste considerable y fundamental importancia en el contexto de la sociedad actual, al ser la educación el medio indispensable para capacitar a la persona a tomar parte en

la vida social, política y económica, cada vez más compleja y exigente.

El nivel cultural de hoy, vinculado íntimamente a los progresos científicos y técnicos, sube sin cesar. Por ello, para que el hombre contemporáneo llegue a inserirse armónicamente en la vida social y desarrolle plenamente todas sus posibilidades, se requiere una preparación en sintonía con las instancias que apremian.

La educación es el medio que capacita al hombre para realizar la propia vida en armonía con su dignidad, de hijo de Dios; le ayuda a desarrollar su personalidad y capacidades naturales para ponerlas al servicio del bien común; además, le permite entrar en relación fraterna con sus semejantes y alcanzar el destino último y trascendente al que Dios le ha llamado.

*La educación integral se propone el desarrollo completo de la personalidad y da sentido pleno a su vida; no se limita a la mera adquisición de conocimientos aunque sean vastos, sino que penetra también en el campo de la afectividad y la voluntad; y tiende a la formación de convicciones, actitudes y comportamientos, facilitando así las opciones éticas, sociales y religiosas.*

*Sólo una educación a la que tengan acceso todos los ciudadanos, puede colocar a éstos en una situación de verdadera igualdad ante las ocasiones varias que se les presentan para afirmarse, avanzar en la vida al servicio de sus semejantes, y ser dóciles a la llamada de Dios.*

*El hombre contemporáneo está adquiriendo cada vez mayor conciencia del derecho de la persona a la educación, y por tanto es creciente su celo por este derecho; pide y exige que le sea respetado, tutelado, defendido.*

#### Orientaciones del Concilio

*2. En la Declaración sobre la Educación cristiana, el Concilio Vaticano II afirma que pues los padres tienen el deber-derecho primario e irrenunciable de educar a los hijos, han de gozar de libertad real al elegir el centro de enseñanza (cfr. Gravissimum educationis, 6). Se encuentra una afirmación semejante en la "Declaración universal de los Derechos Humanos" de las Naciones Unidas (art. 26, 3).*

*Si bien los padres deben prepararse con sumo interés a cumplir este deber-derecho en la medida de sus fuerzas, sin embargo, en la estructura de la sociedad moderna resulta que muchas veces la función educativa, supera ampliamente las posibilidades y preparación de la familia, sobre todo a causa del cúmulo ingente de conocimientos que constituyen el patrimonio cultural de hoy.*

*A ello se añade la dificultad que encuentran los padres en orden a realizar de modo global su misión educativa, motivada por su alejamiento forzoso para acudir al puesto de trabajo, por la falta de actualización que le origina el progreso rápido de los conocimientos, por la distancia entre gene-*

*raciones, por la autonomía cada vez más precoz de los hijos respecto de sus mismos padres, y por el imponente influjo de los medios de comunicación social en la inteligencia y fantasía de los hijos desde la tierna edad.*

*Por consiguiente, resulta indispensable la colaboración complementaria y subsidiaria de la sociedad en el ámbito educativo, colaboración que sobre todo se realiza en el centro de enseñanza y por medio de éste.*

#### Pluralismo y dimensión religiosa de la enseñanza

*3. Si los padres son el primer sujeto de deberes y derechos en el campo de la educación, y la escuela es un complemento de ésta, los padres deben tener posibilidad de elegir el tipo de escuela que responda mejor al modelo de educación que desean para sus hijos.*

*El principio de la libertad de enseñanza tiene su fundamento en la naturaleza y dignidad de la persona humana. Por ser ésta una realidad anterior a toda organización social —si bien esté destinada a inserirse en ella—, tiene derecho a autodeterminar su desarrollo y a disponer de los medios necesarios, sin que dicha capacidad de autodeterminación se vea limitada por imposiciones arbitrarias de fuera.*

*La educación, para que sea un progreso verdadero de adquisición y maduración, debe caracterizarse por esta libertad "signo eminente de la imagen divina en el hombre" (Gaudium et Spes, 17), y que es esencial en la persona. Sin libertad, la persona se vería despojada de su autonomía en la formación de sí misma y en la elección de las motivaciones y valores que deben inspirar su conducta de acuerdo con sus convicciones más profundas, especialmente con las que conciernen al significado total de su existencia.*

*La convivencia pacífica y respetuosa de todos los grupos humanos en el seno de una sociedad pluralista, no significa que se deba adoptar el neutralismo filosófico y religioso en la escuela, pues ello equivaldría a imponer arbitrariamente a los alumnos una visión agnóstica o evasiva del mundo, y a impedirles dar un sentido unitario y armónico a sus conocimientos.*

*Y es obvio que en el caso de una nación prevalentemente católica, el proyecto educativo del Estado —dentro del respeto debido, claro está, a la conciencia de los alumnos que sean de otra fe o creencia y de sus familias— ha de ofrecer un sistema educativo y cultural que no esté en contradicción con la tradición católica, sino que, por el contrario, se inspire en ella.*

*4. Por ser deber del centro de enseñanza la formación integral del alumno, en esta formación no se puede prescindir de la dimensión religiosa.*

*La enseñanza religiosa habrá de tener las características correspondientes a los objetivos y criterios propios de una estructura escolar moderna. Por una parte, se presentará como ejercicio de un derecho-deber de la persona humana para quien la educación religiosa de la conciencia constituye una manifestación fundamental de libertad; por otra parte, será considerado un servicio que presta la sociedad civil a los alumnos católicos allí*

*donde éstos constituyen la casi totalidad de los estudiantes, y a sus padres que, como es de presumir lógicamente, exigen que la educación esté fundada en sus principios religiosos y desean tener posibilidad de elegir con plena libertad los centros de enseñanza para sus hijos.*

*Queridísimos juristas católicos: Me congratulo sinceramente por vuestro interés y por los sentimientos que mueven vuestras iniciativas.*

*Deseo de corazón que los resultados de este congreso os animen a vosotros y a todos los miembros de la Unión de Juristas Católicos Italianos a trabajar con intensa dedicación por la noble causa de la libertad de educación y enseñanza.*

*Reiterándoos la gran esperanza que pongo en vosotros, para el bien de la Iglesia y de la sociedad civil, os imparto gustoso mi bendición apostólica, que extiende a vuestros familiares y personas queridas.*

## Notas bibliográficas

"DERECHO ADMINISTRATIVO", por Juan Carlos Cassagne, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1982, tomo II, 542 pp.

Puede señalarse, sin exageraciones, como un acontecimiento no sólo en el ámbito de la ciencia jurídica particular sino también desde la perspectiva de la filosofía del derecho, la publicación del *Derecho Administrativo* del doctor Juan C. Cassagne, cuyo segundo tomo acaba de aparecer.

El libro constituye un ejemplo de los fecundos resultados que se pueden alcanzar mediante una adecuada articulación de la ciencia y de la filosofía en el campo jurídico.

Esos resultados enriquecen a la ciencia particular y a la filosofía. A la primera porque encuentra su natural fundamento y a la segunda porque sus principios encuentran su natural aplicación.

Y eso sucede porque nos encontramos ante un auténtico trabajo de integración filosófico-científica, sin yuxtaposiciones que indigestan y sin separacionismos que esterilizan.

El análisis de los sentidos del término derecho (p. 115 y ss.) que sirve de introducción al estudio del derecho subjetivo y de la potestad nos muestra una apertura filosófica que debe servir de modelo a nuestros autores que se ocupan de distintas ramas del derecho positivo.

También encontramos presentes en este trabajo a las tres formas clásicas de la justicia: legal, distributiva y conmutativa, todas ellas necesarias para una buena regulación de la vida social y política en sus tres órdenes de relaciones: de las partes al todo, del todo a las partes y de las partes entre sí.

No faltan tampoco referencias al "principio de subsidiariedad" y a la

"idea rectora del bien común" ejes en torno a los cuales gira toda sana construcción social y política.

Al tratar de las "garantías sustantivas" se destaca el carácter relativo de la idea de igualdad porque "la igualdad absoluta es contraria a la naturaleza de las cosas" (p. 28) y al ocuparse del derecho público subjetivo se señala la hipocresía del modelo surgido de la Revolución Francesa cuyas garantías eran tan formales que "mientras se proclamaba la vigencia absoluta de los derechos del hombre una parte de la población era ajusticiada por haber cometido el delito de no pertenecer a la clase revolucionaria" (p. 119). También se alude a que "investigaciones recientes han demostrado que la obra revolucionaria implicó un retroceso sensible en relación a las garantías que el administrado tenía en el antiguo régimen para ser juzgado por un órgano independiente en los litigios contra el Estado" (p. 53).

El derecho pertenece al ámbito del obrar. Y como el obrar se apoya en el ser, los sistemas jurídicos tienen que "tener en cuenta la naturaleza social y el fin personal del hombre, que se encuentran fuera del arbitrio individual o colectivo" (p. 343).

Lo señalado es suficiente como muestra para comprobar la apertura filosófica y la inquietud histórica del autor que no se queda en "lugares comunes" tan comunes en muchas obras con pretensiones científicas, sino que intenta encontrar fundamentos sólidos para su disciplina y desocultar verdades escondidas por marañas de mentiras.

Pero entendemos que en este camino, en una próxima edición, el autor puede y debe ir más allá. En el orden filosófico, con un acercamiento directo a los clásicos y en el histórico, recurriendo a otras fuentes más específicas.

Así, por ejemplo, advertirá que la propiedad privada no es un "derecho natural permisivo" (p. 33) sino un auténtico derecho natural secundario, con el cual Santo Tomás ejemplifica acerca del "derecho de gentes" y con las exigencias propias del mismo. Y es derecho natural secundario porque se considera "la cosa no absolutamente sino en relación a sus consecuencias... considerar una cosa relacionándola con las consecuencias que de ella se derivan es propio de la razón; y de aquí que estas mismas consecuencias sean naturales al hombre en virtud de su razón natural que las dicta" (*Suma Teológica*, 2-2, q.57, a.3).

También que el "principio de legalidad" más allá del antecedente aristotélico (p. 29), es en Grecia un legado del Platón de *Las Leyes*: "allí donde la ley es señora de los gobernantes y los gobernantes esclavos de la ley, veo llegar la salvación y con ella todos los bienes que los dioses conceden a los Estados" (715 a-d). Y que mucho antes de la Grecia clásica lo encontramos en Egipto, en el Imperio Tebano (Dinastía XII) en la Instrucción del Faraón al Visir, grabada en la tumba del Visir Rekmara; "cuando venga un demandante del Alto o del Bajo Egipto mira que todo se haga conforme a la ley".

En el mismo texto se encuentran importantes antecedentes del "derecho a ser oído" (p. 41) y del "derecho a una decisión fundada" (p. 43), cuando la Instrucción expresa: "no descartes a ninguno sin haber acogido su palabra. Cuando un demandante se halle ante ti, quejándose, no rechaces con una palabra lo que te diga; mas si has de desatender su súplica, has que vea por qué la desatiendes".

El concepto de "igualdad jurídica" (p. 29) tiene antecedentes que se remontan al Antiguo Testamento: "te constituirás jueces y escribas en todas las Ciudades que Yavé, tu Dios, te dará según tus tribus, que juzguen al pueblo justamente. No tuerzas el derecho, no hagas acepción de personas" (*Deuteronomio* XVI, 18/20).

Por último, un estudio de las fuentes (Aristóteles y Santo Tomás) contribuirá a clarificar el tema de la justicia como virtud (p. 32), que no se agota en una mera dimensión "moral" sino que está ordenada a regir relaciones de alteridad, primando el aspecto objetivo sobre la faz subjetiva (*Conf. Suma Teológica* 2-2, q. 57, a. 1).

BERNARDINO MONTEJANO (H.)