PRUDENTIA IURIS Nº 61

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

Junio 2006

Autoridades de la Facultad

Decano
Dr. Gabriel F. Limodio

Secretario Académico
Dr. Daniel Herrera

Prosecretario Académico
Dr. Fernando Ubiría

Departamento de Posgrado y Extensión Jurídica
Coordinador: Dr. Gustavo F. Costa Aguilar

Doctorado
Director: Dr. Eduardo P. M. Ventura

Autoridades de la Revista

Decano a cargo de la Dirección
Dr. Gabriel F. Limodio

Secretario de Recensiones
Dr. Florencio F. Hubeñák

Secretario
Dr. Ezequiel Abásolo

ISSN: 0326-2774
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Editorial de la Universidad Católica Argentina

PRUDENTIA IURIS

SUMARIO **JUNIO 2006 – Nº 61**

Editorial 9

TEMAS DE DERECHO PRIVADO

El derecho aplicable a la contratación de servicios jurídicos. *Marcelo Urbano Salerno* 13

La revisión del contrato. *Carlos Raúl Sanz* 35

Apuntes sobre la tácita obligación de seguridad en el actual derecho de daños. Su particular alcance en materia de transporte de complacencia. *Fernando Alfredo Ubiría* 49

El *corpus iuris canonici*: una introducción a su historia a la luz de la reciente bibliografía. *Thomas Duve* 71

PRIMERAS JORNADAS DE DERECHO NATURAL

El derecho natural en las sentencias del magistrado cristiano. Reflexiones de un historiador del derecho en torno de algunos pronunciamientos del Juez Tomás Casares. *Ezequiel Abásolo* 103

El legislador divino de *Las leyes. Javier H. Barbieri* 111

El método tópico aristotélico es un método válido para la diagramación de una *Teoría General del Derecho* o *Introducción al Derecho Civil*. *Úrsula C. Basset* 117

Derecho natural y certeza del silogismo jurídico. *Sandra T. Brandi de Portorrico* 127

El orden natural y la ley natural: Su conocimiento y reconocimiento. *Daniel Herrera* 137

Tipicidad y ley natural con relación a la concreción del derecho. La autorización judicial para interrumpir un embarazo: ¿solución justa? *María Inés Montesano* 163

La protección jurídica del secreto religioso del ministro de culto católico en el ordenamiento jurídico argentino. *María Bibiana Nieto* 175

Lo suyo del otro en el matrimonio: Un análisis ius filosófico de la juridicidad del matrimonio y los fines estratégicos de la familia heterosexual. *Ana Ortelli* 201

Homenajes

Liniers de Estrada. *Guillermina Martínez Casado de Fuschini Mejía* 217

Un Rey para la República Argentina (la historia de un proyecto). *Liniers de Estrada* 221

Patricio Savage: un caballero cristiano 229

Francisco Miguel Bosch 231

Recensiones

"Memorie d´oltre cortina", de Vladimir Putin. *Por Florencio Hubeñák* 235

"Vladimir Putin. La Russia e il nuovo ordine mondiale", de Stefano Grazioli. *Por Florencio Hubeñák* 239

"Stato e Chiesa nella Federazione Russia" de Giovanni Codevilla. *Por Florencio Hubeñák* 241

"El Mar Negro. Cuna de la civilización y la barbarie", de Neal Ascherson. *Por Florencio Hubeñák* 245

"La Europa del Este. Del Telón de Acero a la integración de la Unión Europea", de Ricardo Martín de la Guardia y Pérez Sánchez, Guillermo. *Por Florencio Hubeñák* 247

"La revolución húngara de 1956", de María Dolores Ferrero Blanco. *Por Florencio Hubeñák* 249

"All'origine della sovranità", de Elvio Ancona, G. *Por María Inés Montesano* 253

"Comunidades Imaginadas. Reflexiones sobre el origen y difusión del nacionalismo", de Benedict Anderson. *Por Carlos Alberto Gabriel Maino* 255

"Moral Tributaria del Estado y de los Contribuyentes", de Klaus Tipke. *Por Carlos Alberto Gabriel Maino* 259

"Servicios Públicos, Regulación y Renegociación", de Juan Carlos Cassagne y Gaspar Ariño Ortiz. *Por Alfredo G. Barros* 261

Los artículos propuestos para publicar en *Prudentia Iuris* son evaluados mediante arbitraje anónimo de expertos.

* e-mail: prudentia_iuris@uca.edu.ar

EDITORIAL

Presentamos el número 61 de nuestra revista, en el cual continuando con aquello que nos hemos propuesto, se publican diversos trabajos que hacen a la actividad de los profesores de la Facultad.

En el ámbito del derecho privado se publican las participaciones de los profesores Salerno y Sanz en las Jornadas Brasileñas de la Asociation Henri Capitant, de la cual ambos docentes son miembros. Las mismas se desarrollaron en Rio de Janeiro el pasado mes de junio de 2005.

En análoga línea se inscriben los trabajos de los profesores Ubiría y Duve, en cuanto reflejan contribuciones realizadas en diversos encuentros científicos y docentes. En el caso del Doctor Ubiría se trata de una actividad llevada a cabo en la Facultad durante el año pasado, mientras que el aporte del Doctor Duve refleja una participación suya en el Leopold-Wenger-Institut y en el Stephan Kuttner Institute of Medieval Canon Law, de la Universidad de Munich, de enero del presente año.

Los trabajos de los profesores Herrera, Abásolo, Barbieri, Basset, Brandi, Montesano, Nieto y Ortelli, son expresión de la actividad desplegada por profesores de la Facultad en las I Jornadas de Derecho Natural que llevaron por título "Sobre la vigencia de la ley natural en el siglo XXI", y que se desarrollaron en la Pontificia Universidad Católica de Chile durante el mes de octubre del año 2005.

Estas Jornadas se hicieron en el marco de la convocatoria que en su momento generara la Congregación para la Doctrina de la Fe, presidida por el entonces Prefecto Cardenal Ratzinger, en la cual se pidió a todas las universidades católicas del mundo a colaborar en el estudio y evaluación de las presencia de los contenidos esenciales de la ley moral natural en la sociedad contemporánea, ante la "dificul-

tad de hallar en el mundo actual un común denominador de principios morales, compartidos por todos, los cuales, basados en la constitución misma del hombre y de la sociedad, pueden servir como criterios básicos para legislar sobre los problemas fundamentales que afectan a lo derechos y deberes de todo hombre". En esta misma inteligencia durante el próximo mes de setiembre se realizarán en la Facultad de Derecho de nuestra Universidad unas Segundas Jornadas bajo el título "Ley natural y multiculturalismo". La pretensión es perseverar en este tipo de esfuerzos, que implican promover oportunas iniciativas con la finalidad de contribuir a una renovación constructiva de la doctrina sobre la ley moral natural.

TEMAS DE DERECHO PRIVADO

EL DERECHO APLICABLE A LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS JURÍDICOS

MARCELO URBANO SALERNO

I. Exordio

Suele decirse que el abogado es un prestador de servicios. Cualquiera sea el alcance dado a la expresión, ésta permite tener una idea aproximada de la naturaleza del trabajo intelectual a su cargo. Sin embargo, no es posible reducir esa actividad a un concepto tan genérico, porque determinados supuestos escapan a la regla enunciada. De modo que la frase peca por exceso y también por defecto. Además, nos enfrentamos con un tema opinable, de suyo complejo.

Valga, pues, anticipar que los servicios jurídicos tienen un perfil distintivo que permite afirmar su particularismo, sin que sean asimilables a los de cualquier otra actividad. No obstante carecer de un estatuto, la abogacía se encuentra regulada por un conjunto de normas dispersas aplicable a sus peculiares características. Su tipicidad resulta incuestionable.

El abogado ejerce una profesión siempre que lo haga en forma habitual y pública, cuyo ejercicio regular importe ser su modo de vida, a fin de lograr ingresos pecuniarios. A ese efecto, cuenta con un título universitario y posee una matrícula habilitante. Cumplidos esos requisitos, deberá atender los asuntos que se le confíen, según su capacitación y experiencia. En gran medida aplicará las enseñanzas teóricas aprendidas en las aulas universitarias.

La contratación de un letrado implica determinar la índole de las prestaciones que éste realizará para el cliente. De ahí que sea indispensable analizar la multiplicidad de tareas que puede realizar un

abogado dentro del marco de su incumbencia. Ello implica tener una clara noción del servicio a su cargo.

Del punto de vista ético, la conducta del profesional debe ceñirse a pautas deontológicas relativas a su desempeño. En ese sentido, la ética impregna todas las relaciones nacidas a causa de esta actividad, pues ya se plantea inicialmente a nivel de la conciencia en oportunidad de aceptar la atención de un caso. No cabe disociar el derecho de la moral –error en que incurren ciertas corrientes del pensamiento contemporáneo- y menos en torno a esta cuestión, donde está comprometido el valor Justicia.

II. Normativa civil

Previo a todo, resulta necesario hacer un examen sumario de los textos del código civil relativos a la abogacía, sin perjuicio de cuanto se expone más adelante.

La relación que se establece entre el cliente y el abogado tiene naturaleza contractual. En su forma pura tiene por objeto el patrocinio letrado en un proceso o en una actuación administrativa, como también puede versar sobre consultoría jurídica. Si se le agrega la representación en juicio, la procuración queda encuadrada dentro del mandato (artículo 1952, código civil)

No obstante que la tipicidad de este contrato se remonta a siglos pasados, sorprende el silencio guardado por Vélez Sársfield en su proyecto de código, máxime siendo un conspicuo letrado del foro porteño[1]. El codificador hizo alguna mención incidental respecto a los honorarios en materia de prescripción (artículo 4032, inc. 1°, código civil) y al consagrar ciertas incapacidades de derecho (por ejemplo, en la compraventa, artículo 1361 inc. 6°, y en la cesión de créditos, artículo 1442, código civil). En cambio, Freitas en el *Esbozo* abordó el tema entre los servicios inmateriales, dedicándole algunas normas (artículos 2826, 2835 y 2836).

[1] Abel Cháneton, *Historia de Vélez Sársfield*, Eudeba, Buenos Aires, 1969, págs. 81, 95 y 101. Dalmacio Vélez Sársfield, *Escritos Jurídicos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971, que agrupa varias piezas forenses escritas por el codificador en su bufete. Alberto David Leiva, *Historia del foro de Buenos Aires*, Adhoc, Buenos Aires, 2005, pág. 107, informa que Vélez Sársfield en julio de 1827 fundó su estudio en nuestra ciudad, y en pág. 161 lo menciona entre los miembros fundadores del primer Colegio de Abogados que se creó en el año 1858.

Con referencia al prestador, deviene imperativo que tenga una matrícula habilitante, ya que es una hipótesis de tarea profesional a cargo de un graduado universitario, quien debe acreditar esa condición mediante el título emitido por una universidad[2]. Desde esa perspectiva, la matrícula confiere una suerte de monopolio a favor de quienes la obtienen en determinada jurisdicción. En ese sentido, resulta acertado calificar al vínculo establecido como contrato profesional, aunque ello obedezca a un enfoque subjetivo.

Vélez alude a la profesión en varias normas relativas a la capacidad (artículos 128, 275 y 283 código civil), distinguiendo ese "modo de vivir" lucrativo (artículo 1871, código civil) del oficio, empleo, trabajo e industria, como así también del "ejercicio de algún arte" (artículo 3480, código civil). El texto originario del código fue modificado mucho después por la ley 17.711 para introducir el concepto de "título habilitante" (artículos 128, 275 y 283, código citado), que se adecua a la terminología moderna.

Cuando examinamos la nomenclatura de los contratos, advertimos que ésta se refiere en general a las obligaciones asumidas por las partes (v.gr. compraventa, permuta, locación de cosas). Como en la relación bajo análisis, el abogado se obliga a brindar sus conocimientos al cliente –ya que en esto consiste su prestación principal- corresponde calificar dicha relación de servicios jurídicos, a fin de darle el alcance más amplio posible. De ahí entonces que su normativa básica se asiente en la locación de servicios, debiéndose tener en cuenta que las prestaciones habrán de ajustarse a pautas morales (artículos 1623, 1626 y 1627, código civil). Por tanto, son obligaciones de hacer, aunque no consisten en meros hechos, dada la naturaleza intelectual de la prestación (artículo 626, código civil).

Podemos decir, entonces, que se trata de un contrato profesional de servicios jurídicos, pese a que existan tareas correspondientes a la categoría de una obra intelectual. De algún modo, también resulta útil guiarse

[2] Marcelo Urbano Salerno, "Título de abogado y matrícula profesional", en *La Ley,* t. 1995-E, pág. 423. El tema de la habilitación profesional que rige en la actualidad suscita inquietud. Al respecto, Fores, *La educación legal y la formación de abogados en la Argentina*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1988, págs. 56 y 57. Del punto de vista académico corresponde a la universidad, determinar si en sus aulas se habrá de enseñar derecho o si, por el contrario, se limitará a dirigir una escuela de abogacía; planteo que tiene raíces profundas sobre el aprendizaje teórico y el aprendizaje práctico.

en la materia por la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, aunque ésta suele esfumarse si se ahonda en el examen de cada prestación en concreto, según el régimen de las incumbencias. En términos ortodoxos, el abogado se compromete a un hacer, según la clásica tripartición establecida sobre el objeto de la obligación (artículo 496, código civil).

III. La doctrina

Una gama de diversas opiniones en torno a este contrato permite apreciar la variedad de pareceres en la doctrina. Ello obedece principalmente a la evolución habida en el campo de la abogacía, habiendo desbordado el cauce genérico que le brinda el código civil a la locación de servicios. En su origen, la labor del letrado solo consistía en el patrocinio brindado en juicio, pero a esa tarea hoy día se sumaron un mayor número de prestaciones. La función del abogado se ha extendido a otros ámbitos, más allá de los estrados judiciales.

Como se vio antes, el código civil contempló únicamente la actuación del letrado y la del procurador (artículo 1952). Ese marco resulta estrecho para abarcar una multiplicidad de actividades que exceden el servicio público de la Justicia. Cada vez más el horizonte se amplía con nuevas actividades que están comprendidas dentro de la incumbencia profesional, sin pertenecer al campo litigioso.

En un comienzo la doctrina no prestó mayor atención al problema, como hubiera correspondido, por tratarse de un tema íntimamente vinculado al derecho. Ni siquiera mereció análisis el tema de la retribución de los letrados. Basta con leer algunas obras del siglo XIX para comprobarlo. Sin embargo, a medida que surgieron cuestiones sometidas a los Tribunales, los autores comenzaron a ocuparse de una actividad que fue en crecimiento y tiene cada día mayor gravitación en el mundo de los negocios.

Salvat avanzó en la consideración del tema, englobándolo dentro de una especie de profesión liberal[3]. En ese sentido siguió al tra-

[3] Raymundo J. Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las obligaciones*, 2ª edición actualizada por Arturo Acuña Anzorena, TEA, Buenos Aires, 1952. Ese criterio lo expuse anteriormente al ocuparme de los servicios intelectuales relativos a las profesiones universitarias, en Marcelo Urbano Salerno, *Contratos civiles y comerciales*, Oxford University Press, México, 2002, pág. 233 y ss.

tadista francés Planiol, para quien resultaba indigno atribuirle el carácter de locación y, más aun asimilarla a un contrato de trabajo[4].

Esa calificación no impidió que algunos juristas continuasen refiriéndose a la locación de servicios –como es el caso de Bielsa[5]–, aunque a veces se esté en presencia de una obra. Otros autores posteriores lo calificaron de contrato atípico como Borda[6], Gregorini Clucellas[7] y Spota[8]. Según Lorenzetti es un contrato profesional, subtipo de la "locatio conductio", al que asigna características similares a las prestaciones médicas[9], afirmación demasiado genérica, porque en lo específico la ciencia médica y la ciencia jurídica se hallan separadas por profundas diferencias, como también lo están el arte de curar y el de abogar.

La breve reseña que antecede no toma en cuenta cada contrato en particular, sino la normativa vigente de orden general. En esta especie, todo depende de la función que cumple el letrado y según sea su naturaleza, cabrá calificarla. Por lo tanto, resulta imposible ence-

---

[4] Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, L.G.D.J., París, 1921, tomo III, nº 1841, nota 2, págs. 594 y 595, Joel Moneger y Marie Luce Demeester, *Professiour: avocat. Accés a la profession. Statuts et deontologie*, Dalloz, París, 2001, pág. 235, donde los autores expresan que el ejercicio profesional está impregnado del mandato "ad litem" y que suele ser la prestación de servicios de una actividad intelectual, afín a la locación de obra.

[5] Rafael Bielsa, La abogacía, 3ª edición, Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1960, pág. 264.

[6] Guillermo A. Borda, *Tratado de Derecho Civil. Contratos*, con la colaboración de Alejandro Borda, 8ª edición actualizada, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, tomo II, nº 1029, pág. 24.

[7] Eduardo L. Gregorini Clucellas, *Locación de servicios y responsabilidades profesionales*, La Ley, Buenos Aires, 2001, pág. 140.

[8] Alberto G. Spota, "Locación de servicios", en *Lecciones y Ensayos*, año 1969, nº 40/41, págs. 189 a 275, *Instituciones de derecho civil-contratos*, Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 157. Este autor sostiene que es peyorativo hablar de la locación de servicios, aunque se refiere al trabajo intelectual. No obstante los argumentos que esgrime para sustentar su opinión, la terminología se impuso con el tiempo, sin que se la haya podido sustituir por otra, pese a que también se utiliza la figura de la "prestación profesional". Orlando Gómez, *Contratos*, 18ª edición actualizada por Humberto Teodoro Jr., Forense, Rio de Janeiro, 1999, pág. 292, destaca que las artes liberales tuvieron en Roma la categoría de mandato, pero a lo largo del tiempo para que los profesionales no fuesen equiparados a los trabajadores manuales, se enfocó la relación habida con el cliente como contrato de prestación de servicios.

[9] Ricardo Luis Lorenzetti, *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 1999, págs. 595 y 596.

rrar el ejercicio de la abogacía en una determinada figura contractual, dada la variedad de prestaciones susceptibles de ser realizadas.

IV. El abogado

Abogar significa defender en su sentido más amplio. Cuando una persona, después de haber aprendido derecho, ejerce la defensa de intereses ajenos, puede afirmarse que aboga profesionalmente. De ese modo, la figura del abogado se halla vinculada originariamente a su participación en procesos de variada índole. Por ello, en un diccionario de reciente aparición, el concepto está definido como "el profesional que aconseja a clientes y los representa litigando ante los Tribunales"[10]. Mas la labor en juicio no es un ámbito exclusivo, como hemos visto, porque los conocimientos jurídicos, la experiencia y la habilidad, permiten desempeñar otras actividades relacionadas con las leyes y su aplicación.

En un libro dedicado a la abogacía, cuya primera edición data del año 1935, el cual devino clásico, Bielsa enuncia varias definiciones de diversas fuentes. Luego concluye que todas esas definiciones concuerdan en lo sustancial, porque se ajustan a la etimología latina de la palabra. Y apunta que "el abogado es llamado para auxiliar a las partes en sus alegaciones", obrando como "defensor de la libertad y del derecho"[11].

La imagen que lo relaciona a los pleitos tiene algo de real y, para la opinión pública, es fidedigna de una actuación en juicio, persiguiendo solucionar los conflictos humanos a través de la Justicia. Sin embargo, esa imagen no es la única, ya que existen profesionales encargados de prevenir litigios, y brindar el asesoramiento necesario a ese fin (vale decir, persiguen un objetivo de prevención contrapuesto al anterior). Pero, a grandes rasgos, el quehacer procesal domina el escenario, contribuyendo a ello la televisión, mediante emisiones dedicadas a mostrar la actuación de los abogados en juicio, sobre todo en las causas penales.

[10] Daniel Soulez-Lariviére, "Avocat", en *Dictionnaire de la justice*, dirigido por Loïc Cadiet, PUF, París, 2004, págs. 106 a 114. Julio César Cueto Rua, *Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, pág. 155.

[11] Rafael Bielsa, op. cit., pág. 26. Julio César Cueto Rua, op. cit., pág. 31, sostiene que el profesional maneja "el derecho como un instrumento utilizado para el logro de ciertos resultados".

Resulta evidente que la íntima conexión habida con la Justicia encierra un compromiso ético ineludible.

A fin de que la actuación del abogado sea transparente, las normas éticas le marcan el campo de su ministerio, de modo que el ejercicio de la actividad se encuentra ceñido a pautas rígidas. Así, por ejemplo, el legislador le impone una incapacidad de derecho para adquirir los bienes sometidos a litigios donde interviene -sean contradictorios o voluntarios-, como surge de disposiciones expresas correspondientes a la dación en pago, la compraventa, la permuta, la cesión de créditos y la renta vitalicia (artículos 781, 1361 inciso 6°, 1442, 1492 y 2073, código civil). El legislador prohíbe toda clase de negocio susceptible de producir enfrentamientos por cuestiones patrimoniales entre el letrado y su cliente, presumiendo que este último puede sufrir algún daño. Del mismo modo, en caso de haberse otorgado una procuración judicial, las reglas del mandato sustentadas en el elemento confianza, persiguen evitar la "oposición de intereses entre los propios del mandatario y los del mandante" (artículo 1908, código civil)

Se ofrece así una visión subjetiva. La actividad profesional siempre tiene por eje a un abogado con matrícula habilitante. Y la relación jurídica que se establece con una de las partes contratantes se vincula al sujeto habilitado, prestatario de un servicio jurídico que hace al objeto del contrato.

De alguna manera sucede algo parecido con el comerciante, persona que también ejerce una profesión tipificada por el legislador. Los actos de comercio que practica habitualmente y la finalidad lucrativa perseguida, presentan características subjetivas notorias. Alrededor del comerciante se fue edificando el derecho comercial, sin perjuicio de las mercaderías que tenía a su cargo traficar. Hasta aquí la semejanza, porque abogados y comerciantes son profesionales, pero los servicios que brindan los primeros no pueden equipararse a mercancías que se vendan por un precio.

Desde esa perspectiva, el profesional aglutina todos los fenómenos que se generan en torno a su actividad.

Por tanto, nada impide sostener que el ejercicio de la abogacía sea fuente de una serie de vínculos contractuales que se califican en virtud de la prestación a cumplir, la cual resulta determinante para calificar su naturaleza.

El abogado puede tener una relación laboral con una empresa o con un estudio jurídico, relación que implica dependencia, pero ello

no significa que exista una subordinación de orden intelectual[12]. Tampoco significa un cambio de la naturaleza del contrato.

Cuando no media dependencia, el letrado a quien se le confía la atención de un asunto, habrá de proceder según su criterio personal para enfocarlo y dirigirlo, siempre ceñido a la pautas que marcan la ética y el derecho, como lo dispone el artículo 1626, código civil.

Sea que trabaje en forma individual, asociado a otros colegas, o dentro de un equipo, las exigencias son las mismas para satisfacer el interés del cliente. Dentro del ámbito de los negocios, donde participan entidades de alto nivel y grupos empresarios de gran actividad económica, los servicios son prestados por complejas organizaciones de abogados. En las últimas décadas el número de esas organizaciones ha ido en aumento, como también las de sus miembros. A diferencia de otros países[13], en la Argentina el legislador no reconoce a las sociedades de profesionales, de manera que el tema del prestador de servicios se vincula con el letrado que realizó la tarea en concreto –quien suele suscribir las piezas pertenecientes a dicha tarea- sin quedar comprometida la organización de la cual forma parte. Sin embargo, de más en más, los estudios jurídicos son empresas de diversas dimensiones, integradas por socios, asociados y personal bajo dependencia(v. gr. abogados y procuradores a sueldo, pasantes, secretarios), fenómeno que responde a una tendencia universal[14].

V. El objeto del contrato

Los requisitos propios del objeto de esta convención son los enunciados para los contratos en general. Vale decir, la especie se remite

[12] Alain Supiot, "La relativité du contrat en questions. Alusion générale", en Travaux de l´Association Henri Capitant. *La relativité du contrat*, L.G.D.J. París, 2000, pág. 198, afirma que la subordinación no satisface las necesidades de las instituciones que realizan el modelo piramidal, porque resulta imposible sujetar a las personas –en este caso los abogados- sin privarles de la libertad y de responsabilidad.

[13] Yves Guyon, "Las sociedades de profesionales en Francia", *El Derecho*, t. 186, pág. 1151.

[14] Ordre des Avocats de Paris, *Avocat, l´avenir d´une profession. Livre Blanc de la Commission Prospective*, Descartes a Cie, París, 2005, en la pág. 46 de este informe se observa que el "universo de los abogados se modificó poco a poco", llegándose a crear estudios de grandes dimensiones, inspirados en modelos empresarios, de manera que los clientes se benefician de una respuesta adaptada a sus aspiraciones en el plano técnico, pudiendo optar por un equipo de especialistas.

en forma directa al objeto de los actos jurídicos y de las obligaciones (artículo 1167, código civil), siempre que fuese susceptible de una apreciación pecuniaria (artículo 1169, código civil) En cuanto a la labor profesional prestada, sea ésta judicial o extrajudicial, siempre debe ser retribuida (artículo 1627, código civil), según también lo dispone la ley de arancel (ley 21.839).

Corresponde, pues, aplicar el artículo 953 del código civil en tanto dispone que el objeto no versará sobre hechos "imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres, o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia". En ese sentido, el artículo 1626 del código civil reitera la prohibición de pactar "prestaciones de servicios imposibles, ilícitos o inmorales". Queda así realzado el factor ético en este contrato.

El servicio se encuentra dentro del campo de las obligaciones de hacer y el obligado debe ejecutar un hecho que, por definición, es voluntario (artículos 626 y 897, código civil)[15] Sin embargo, en el ámbito de la abogacía nos hallamos ante un quehacer intelectual, como lo apuntó hace tiempo Freitas (artículo 2826 del *Esbozo*), el que suele combinarse con cierta habilidad vinculada al patrocinio de una persona. De ahí que el servicio profesional no puede ser encuadrado en un simple hecho voluntario, porque lejos de ser "un suceso cualquiera", constituye la aplicación práctica de conocimientos científicos. Por tanto, a la voluntad exigida para celebrar el contrato, se suma poseer la matrícula habilitante de abogado a fin de realizar el servicio objeto de la obligación.

Se puede apreciar la dimensión de la abogacía como profesión vinculada al derecho y a la Justicia, cuyo ejercicio impone un comportamiento ético. En cuanto el objeto sea analizado desde dicha óptica, surge de inmediato la trascendencia social que tiene dentro del juego regular de las instituciones. Lejos de ser un servicio común, ni de un hecho material, se halla emplazado dentro de una categoría superior, donde se entrelazan la deontología y las normas jurídicas para llevar a cabo una tarea elaborada mediante el intelecto y el saber adquirido[16]. Del profesional se espera dignidad, conocimiento y tecnicismo.

[15] Además de ser voluntario requiere una "facultad intelectual" determinada para satisfacer la prestación (artículo 909, código civil).

[16] En Roma la abogacía era ejercida preferentemente por los patricios, quienes le daban una cierta nobleza. De ahí que era una actividad honoraria en sus comien-

La obligación contraída por el abogado se encuadra en la categoría de las relaciones "in tuitu personae", pues descansa en un quehacer intelectual por ser el autor de "los escritos de toda naturaleza" (procesales y dictámenes), sobre los cuales tiene una propiedad (artículo 1, ley 11.723). Ello no impide que los trabajos puedan ser realizados en colaboración, sobre todo cuando se trata de un estudio o bufete, hipótesis de una labor en equipo; pero, a los fines de la retribución, en ese caso solo se tiene en cuenta a los profesionales que suscriben el escrito (artículos 7 y 10, ley 21.839). Una organización destinada a prestar servicios jurídicos, siempre opera a nivel individual en cuanto a quien lleva a cabo la tarea encomendada.

VI. Los servicios jurídicos

Hoy día el sector servicios cada vez adquiere mayor importancia económica, por ser generador de ingresos y de empleo. Cualquiera sea la actividad que se desarrolla en los mercados, para su mejor desempeño ésta precisa de servicios jurídicos, los cuales orientan como administrar mejor los recursos y disponer de los bienes. Piénsese en los problemas laborales e impositivos que se presentan con frecuencia, cuya solución depende del asesoramiento y, a veces, de gestiones judiciales y administrativas.

La abogacía, aunque genera costos, coopera en la realización de negocios ("business") los más variados, y evita gastos inútiles. Además, posibilita cobrar créditos impagos, mediante lo cual permite el rescate de carteras con gestión deficitaria. En fin, procura resolver conflictos donde se discuten intereses pecuniarios, como también prevenir futuros litigios.

Existe una creciente especialización profesional, derivada de orientaciones y habilidades concretas requeridas en este sector de los servicios, sin que ella implique la desaparición de los llamados generalistas. El letrado que tiene un dominio en determinada área suele ser llamado para atender temas puntuales. En ese sentido, y sin

---

zos, pero aun siendo gratuita correspondía a la "locatio conductio", contrato que en una economía de esclavitud y más adelante de servidumbre, carecía de la importancia actual (Max Kaser, *Derecho Romano Privado*, traducción de José Santa Cruz Teijeiro, Reus, Madrid, 1968, pág. 200).

pretender agotar la lista, de seguido enumero algunas especialidades: redacción y negociación de acuerdos entre accionistas, compraventa de acciones, compraventa de empresas (fusión, escisión y transformación de sociedades), contratos internacionales, gestión comercial, patentes y marcas, operaciones bancarias y financieras, seguros, refinación de pasivos, etcétera.[17] Desde otra perspectiva, en la medida que se tornan justiciables cuestiones de interés general, surgen nuevos campos signados por temas políticos, sociales y económicos que exigen una determinada capacitación en esas áreas para optimizar los servicios, como también acontece en materia de derechos humanos y la eventualidad de ocurrir ante la Corte Interamericana con sede en la ciudad de San José de Costa Rica (ley 23.054, artículos 33 y 55).

En el sector privado, las funciones que puede cumplir un abogado son variadas, según se refieran al desempeño en un proceso o a través de asesoramiento. De seguido las analizaremos partiendo de esa clasificación fundamental; a saber:

a) Contenciosos

El arte de la argumentación, llamada retórica, hace a la esencia de lo contencioso. Tiene por finalidad persuadir al juez de la razón que le asiste a un justiciable. Ese arte debe hacerlo valer el abogado en el proceso, espacio dentro del cual se ordena la discusión y se exponen en forma coherente las ideas que sustenta cada parte del conflicto. Para ello es necesario elaborar un discurso jurídico compuesto de proposiciones generales volcadas hacia lo concreto, vale decir hacia el eje del debate. El método de la dialéctica sirvió en su época para la formación de la jurisprudencia romana sobre una base inteligible, permitiendo la adecuación de las teorías a la realidad, método que sigue teniendo vigencia en nuestros días.

La intervención del letrado en juicio –aplicable también a los casos de arbitraje– se vincula a un litigio desde su promoción hasta que éste culmina con una sentencia firme, revestida con la autoridad de cosa juzgada. Podrá actuar simultáneamente como apoderado o bien hacerlo solo en este carácter en forma independiente al patrocinio (la

[17] Los datos precedentes fueron obtenidos mediante un trabajo de campo realizado con 127 anuncios periodísticos publicados en el diario *La Nación*, entre los meses de octubre/2003 y octubre/2004.

tendencia moderna amalgama la dirección letrada con la procuración). Ello significa que el abogado asume la obligación de atender un juicio en todas sus etapas, más las instancias ordinarias y extraordinarias. Asimismo, tendrá a su cargo la ejecución de la sentencia.

Esta actividad implica preparar los elementos que se harán valer en un litigio de cualquier naturaleza (v. gr. civil, comercial, laboral), investigar en torno a los hechos y el derecho. Resulta clave el enfoque dado al asunto, pues de ello depende el éxito profesional en un caso determinado. Luego de deducir la acción, habrá que atender el pleito conforme el procedimiento y, si fuera necesario, producir las pruebas que correspondan. Acaso resulta conveniente pedir el dictado de medidas precautorias y plantear incidentes. La actuación procesal tendrá por suerte satisfacer el interés del cliente, y llegar al resultado pretendido por éste, poniendo todos los medios que correspondan a ese efecto.

Dentro de esta categoría contenciosa cabe incluir los llamados procesos voluntarios y universales (v. gr. sucesiones, convocatoria de acreedores). Asimismo, incluye los denominados "diligenciamientos judiciales", genero amplio de trámites varios encuadrados en la práctica tribunalicia.

Si se tratase de una acción penal, las tareas se ajustarán a lo que corresponda según se patrocine al querellante, al denunciante o al imputado.

De todas maneras, el abogado puede tener a su cargo algún trabajo en concreto (v. gr. redactar un alegato o fundar un recurso), pero su labor será contenciosa en tanto sea destinada a un proceso específico.

b) Asesoramiento

Entran en esta categoría actividades extrajudiciales de diversa naturaleza. Dicha categoría participa de una serie de tareas que buscan orientar al cliente en el campo del derecho para que éste pueda adoptar decisiones en asuntos de su interés. En ciertas oportunidades la orientación no es tan solo jurídica , sino que viene acompañada de concejos prácticos a fin de obrar ante determinados problemas.

La forma de llevar a cabo esta actividad puede ser permanente cuando es a favor de una empresa, ya sea haciéndola dentro de su departamento legal, o desde un estudio jurídico externo. Asimismo, el consejo pedido esporádicamente para un tema determinado suele

revestir el carácter de una consulta[18], respondida de manera verbal o escrita, en este último caso se le asigna el nombre de dictamen, el cual podría tener por finalidad ser agregado a un proceso.

La consulta puede versar sobre una variedad de cuestiones, pero habrán de tener una vinculación con el derecho, de modo que carecerá de ese alcance si se trata de inquirir sobre otras disciplinas, como ser la ciencia económica (v. gr., asesorar respecto de cual es la inversión dineraria más rentable). Suele ser requerida a fin de establecer la solución relativa a un asunto complejo o dudoso, donde será necesario brindar el criterio de los autores y las decisiones de los Tribunales que puedan significar precedentes, como también sobre cualquier aspecto vinculado a la cuestión consultada. Se ha llegado a entender que en esta tarea el profesional asume una obligación de resultado respecto de la veracidad del contenido de su respuesta y de los datos que proporciona[19].

En otro nivel puede ubicarse la búsqueda de información jurídica –a veces destinada a colegas– sobre un punto determinado, tarea que incluye las referencias de legislación, doctrina y jurisprudencia correspondientes a la materia, junto con el resumen o transcripciones relevantes de la investigación. Este trabajo permitirá formar un criterio acerca del tema profesional consultado por el cliente.

[18] Los pareceres de los juristas romanos fueron el origen en el siglo III a.C. de las consultas privadas , emitidas para los ciudadanos en casos particulares con el nombre de "rescripta", las cuales con el correr del tiempo tuvieron el alcance de fuentes del derecho al surgir el "ius publicae respondendi". El emperador Adriano (127-138 d.C) decidió conferirles fuerza legal cuando hubiera coincidencia de opiniones sobre un tema, dándole autoridad a la doctrina. Veáse Philippe Jestaz y Christophe Jamin, *La doctrine*, Dalloz, París, 2004, págs. 22 y 28. Jean Huet, "Les principaux contrats spéciaux", en *Traité de Droit Civil*, dirigido por Jacques Ghestin, 2ª ed., LGDJ, París, 2001, pág. 1213 sostiene que el consejo y la consulta corresponden a la locación de obra.

[19] Henri Mazeaud y León y André Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, EJEA, Buenos Aires, 1963, t. II, vol. II, nº 1503, pág. 101, quienes se refieren a la incidencia de un consejo en la causación del daño. Philippe Malaurie y Laurent Aynés, *Cours de droit civil. Les contrats spéciaux*, t. VIII, 10 ed., Cujas, París, 1996, nº 752, pág. 429, sostienen que en la especie las obligaciones de resultado no son frecuentes y se vinculan a la exactitud de la información, además de tener el abogado un deber de control o vigilancia sobre los actos que fueran materia del asesoramiento. Eduardo L. Gregorini Clucellas, op. cit., pág. 147, afirma, que la obligación del abogado "es de medios en la generalidad de las cosas, pero de medios adecuados", calificación esta última que es muy significativa.

Es un área muy amplia que comprende todas las ramas jurídicas a nivel teórico y las técnicas relativas a los casos puntuales. Puede consistir en una planificación genérica para asesorar a clientes sobre las pautas que deberán implementar en materia laboral o fiscal. Se trata del diseño de políticas para aplicar en una empresa según el tipo de su explotación y su escala, sugiriendo también adoptar una estrategia jurídica ante posibles conflictos[20].

Dentro de esta categoría cabe considerar además la preparación y redacción de documentos correspondientes a actos jurídicos varios, desde un testamento hasta un pacto de sindicación de acciones. En esta hipótesis se trata de un acto en particular, de mayor o menor complejidad; el letrado deberá advertir al cliente sobre la validez del instrumento, en su forma y contenido, y los efectos que traerá aparejados. Son redactados a la medida de la voluntad del consultante.

La llamada "ingeniería jurídica" significa un servicio de alta especialización, el cual exige armar una serie de operaciones relativas a una actividad que llevará a cabo el cliente, argumentando todos los pasos a seguir, junto a los documentos y trámites pertinentes. Así, por ejemplo, establecer una empresa o realizar una inversión externa. Esta tarea requiere un dominio pleno de dicha actividad, en el ámbito jurídico, orientando al consultante en forma completa y global; de modo que el asesoramiento cubrirá áreas dispares, como ser; administrativa, tributaria, laboral, societaria, etcétera[21].

Cabe incluir en esta actividad el monitoreo externo o auditoria de la gestión de un estudio respecto de la cartera de asuntos atendidos para una empresa.

VII. El derecho vigente

a) Legislación

Cada país regula la abogacía con normas que se ajustan a sus propias instituciones, en especial a la administración de Justicia. Cuan-

[20] Marcelo Urbano Salerno, *El derecho de la empresa en el siglo XXI: obligaciones y contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2005, págs. 99 y 100.

[21] Jean Paillusseau, "Le consommateur de droit et son conseil", en *Gazette du Palais*, París, 30 de Junio y 1º de Julio de 1989, sección doctrina, págs. 22 a 26. En este artículo, Paillusseau realiza un enfoque sobre el "marketing" de servicios jurídicos en función de la demanda.

do el debido proceso exige el patrocinio letrado, porque éste deviene obligatorio, la profesión deberá ser ejercida dentro de los límites pautados por el legislador y los jueces. Surgen disposiciones de variada jerarquía que tratan puntualmente ciertos temas inherentes a ese ejercicio, disposiciones a veces de carácter previsional y tributario[22].

En tanto hay una relación institucional entre el abogado y el Estado, la Constitución aporta algunas referencias orientadoras. La abogacía se halla implícita en la garantía de inviolabilidad de "la defensa en juicio de la persona y de los derechos" (artículo 18, Constitución Nacional) El título habilitante de abogado es requerido para alcanzar la dignidad de juez (artículo 111, Constitución Nacional), lo cual supone haber cursado la respectiva carrera universitaria en un establecimiento reconocido, según la curricula aprobada, y rendir satisfactoriamente las evaluaciones establecidas al efecto.

Las normas genéricas aplicables conciernen a la llamada legislación de fondo prevista en el código civil para el contrato de locación de servicios. En dicho código existen normas dispersas sobre incapacidades de derecho (artículos 1361, inciso 6° y 1442), el asesoramiento o consejo (artículo 1893), el mandato judicial (artículo 1952) y respecto de los plazos legales de prescripción correspondientes al cobro de honorarios (artículo 4023, inciso 1°). Asimismo, hay una alusión circunstancial a las disposiciones especiales que existieren (artículo 1624).

b) Autorregulación

La complejidad de las relaciones que se crean, indica a las claras que ese marco ofrece un ámbito limitado de acción. A raíz de la falta de una regulación específica, los autores han procurado encuadrar este contrato informal dentro de una categoría innominada, ciñéndose al principio de analogía. De todos modos, es una materia básicamente convencional; mientras no se transgreda el orden público, las partes se someten a lo pactado (artículo 1197, código civil). Rige, pues, el postulado de la buena fe, sólido pilar del cumplimiento del contrato.

[22] Marcelo Urbano Salerno, "Notas sobre el régimen jurídico de la abogacía", *El Derecho,* t. 186, pág. 1260. El trabajo ofrece un panorama de la legislación aplicable, y expone como idea central la conveniencia que rija una sola matrícula habilitante en todo el país, por encima de las jurisdicciones locales. En ese sentido, vease el artículo 114 de la Constitución Nacional que alude a la "matrícula federal".

Depende de la naturaleza de los servicios requeridos establecer las obligaciones asumidas por el profesional. El acuerdo de voluntades es la piedra angular de cualquier contrato, máxime en esta especie, donde las partes pactan libremente las cláusulas que lo componen. Ello permite dar amplitud y flexibilidad a la prestación, sin límites preestablecidos por el legislador, aunque se sobrentiende la existencia de normas imperativas de ineludible acatamiento, bajo pena de nulidad. Dada la relación de mutua confianza habida entre las partes, el cumplimiento del acuerdo será dinámico, posibilitando su reformulación cuando fuese conveniente y aun la ruptura en la medida que las expectativas habidas no sean satisfechas.

En esta materia se presenta una serie de supuestos que siempre ofrecen el mismo perfil, a punto tal que se puede hablar de convenciones tipo, dada la frecuencia con que suelen ser estipuladas. Hay un estandard que se suele encontrar en una generalidad de casos, permitiendo así comprender mejor cualquier hipótesis. Sin embargo, estos acuerdos se caracterizan por ser verbales, salvo cuando media un pacto de cuota litis, el abogado no acostumbra suscribir con el cliente un documento para patrocinarlo en juicio o brindarle asesoramiento. La informalidad suele ser su impronta.

c) Reglas de procedimiento

Para la actuación en juicio, el código procesal civil y comercial de la Nación prevé algunas normas de carácter disciplinario, aplicables cuando sea menester ponderar el desempeño del letrado en un litigio. De modo genérico la inconducta contenciosa se encuentra prevista en el artículo 45, código citado, regla que se combina con la figura de la malicia procesal del deudor destinada a "dilatar el cumplimiento de la obligación de suma de dinero" (artículo 622, código civil, párrafo agregado por la ley 17.711). En cuanto a la recusación maliciosa, ésta se halla sancionada por el artículo 29 del código de procedimientos. Además, la pérdida o extravío de las actuaciones judiciales provocada por el letrado, da lugar a la respectiva sanción (artículo 130 del código de procedimientos)[23]. El debate habido sobre este punto consiste en determinar si cuando media una sanción procesal, cabe sumar una pena ética.

[23] Carlos J. Colombo, "Inconducta procesal; temeridad o malicia", en Marcos M. Córdoba (director), *Tratado en la buena fe en el derecho*, Buenos Aires, La Ley, t. I, págs.

d) Consuetudo

Como la reforma del año 1968 omitió innovar respecto de la costumbre "praeter legem", todavía subsisten dos textos que se remiten a esa antigua fuente del derecho[24].

El primero de ellos se refiere a la retribución de los servicios, cuando nada se hubiere convenido, quedando librada a la determinación arbitral según la costumbre vigente (artículo 1627 del código civil). En ese sentido, los Tribunales decidieron atribuir a los jueces la facultad de fijar el honorario profesional, a partir de la jurisprudencia plenaria del año 1919, aunque después el arancelamiento cubrió ese vacío para los trabajos judiciales mediante una reglamentación específica (decreto-ley 30.439 del año 1944)[25]. Sin embargo, la mencionada norma podría aun aplicarse respecto de ciertas tareas extrajudiciales no aranceladas.

Se suscita la inquietud de establecer si el arancel legal debe ser aplicado imperativamente. En ese sentido, la nota de elevación del proyecto que luego sería aprobado como ley 21.839, afirmaba que los servicios profesionales exceden "el marco de una mera contratación de derecho privado, para adquirir el carácter de un verdadero instituto de interés público[26]. De a poco esa tendencia fue siendo relegada, a medida que se introdujo el concepto de desregulación, idea plasmada en la ley 24.432 del año 1995, la cual se encuentra vigente. Dicha ley agregó un nuevo párrafo al artículo 1627 del código civil, disponiendo que " los jueces deberán reducir equitativamente ese pre-

---

823 a 839. Colombo entiende por conducta maliciosa a las articulaciones de carácter técnico procesal ideadas por el letrado, las que son de su exclusiva responsabilidad.

[24] Victor Tau Anzoátegui, *El poder de la costumbre*, Instituto de Investigación de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2001, obra donde se brindan valiosos antecedentes de nuestro pasado. Vélez Sárfield desarrolló su criterio en una pieza que presentó en el pleito de don Francisco Juanicó con la señora Himonet, mostrándose opuesto a la desuetudo, al par de sostener que "la voluntad de los contratantes, claramente manifestada... debe ser la ley del contrato" (véase, *Escritos Jurídicos*, cit. pág. 214). En el tráfico mercantil, los artículos II y V del título preliminar del código de comercio aluden a los usos y costumbres que sirven para la integración de los actos celebrados por los comerciantes.

[25] Enrique V. Del Carril, "La ética del abogado", en Osvaldo R. Agatiello y otros, *La ética del abogado*, Buenos Aires, Platense-Abeledo Perrot, 1995, págs. 187 a 189.

[26] Véase el plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal del 20 de septiembre de 1963 recaído en la causa "Mijalovich, Juan c/ Noguerol Armengol, José" (*El Derecho*, t. 6, pág. 37), donde después que los magistrados arribaron

cio (el honorario), por debajo del valor que resultare de la aplicación estricta de los mínimos aranceles locales, si esta última condujere a una evidente e injustificada desproporción entre la retribución resultante y la importancia de la labor cumplida"[27].

El segundo texto (artículo 1632 del código civil), trata acerca de cómo debe ejecutarse una obra en caso de mediar silencio de la partes. Si la labor profesional consiste en un "opus" del intelecto, cabe ceñirse a la costumbre de cómo llevar a cabo el trabajo encomendado. Vale decir, la labor usual en la práctica forense.

e) Deontología

Dejo para el final a las normas éticas, cuya importancia es innecesario remarcar. Esas normas operan al nivel de la conciencia profesional respecto a la ciencia jurídica (ética sapiencial), a los magistrados, a los clientes y a los colegas.

A partir del respeto de los valores involucrados en el quehacer profesional, la moralidad del abogado consiste en el "honeste vivere", erigido en su atributo esencial según Bielsa, el "sustratum" de la profesión, para emplear sus palabras[28]. Como ser humano, debe tener una conducta virtuosa y, además, debe cumplir con rectitud los servicios que presta. Por ello, la ética y el derecho se complementan armoniosamente en el ejercicio de la abogacía.

Mientras que la ley positiva corresponde al ámbito jurídico, de acuerdo a lo analizado más arriba, la ley moral plantea interrogantes en cuanto a su formulación[29].

---

a un empate, debió desempatar el Presidente de la Cámara Comercial fijando la doctrina de la invalidez de la renuncia al mínimo arancelario por razones de orden público.

[27] Además, los artículos 13 y 14 de la ley 24.432, complementaria del código civil, eximen en ciertos casos aplicar los "porcentuales mínimos establecidos en los regímenes arancelarios nacionales o locales" y reconoce la validez de los pactos "sin sujeción a las escalas contenidas en las correspondientes normas arancelarias". José Carlos Neira y Carlos Ernesto Ure, "La nueva ley de aranceles", *La Ley,* t. 1997-B pág. 870; y Antonio Juan Rinessi, "Las nuevas reformas sobre honorarios", *La Ley,* t. 1995-B, pág. 1210.

[28] Rafael Bielsa, op. cit. pág. 197. Marcelo Urbano Salerno, "La deontología aplicable a los abogados", diario *El Derecho* del 21 de junio de 2006.

[29] Daniel Alejandro Herrera, *La noción de Derecho en Villey y Kalinowski*, Educa, Buenos Aires, 2000, pág. 137, expresa: "Ahora bien, la existencia de una perspectiva moral y otra jurídica sobre el derecho o más precisamente sobre la justicia (de la que el dere-

Hay quienes sostienen que es una materia de "textura abierta", derivada simplemente de la naturaleza humana. En esta línea de pensamiento, sería innecesario plasmar la ley moral en disposiciones particulares. Bastaría, entonces, con enunciar un breve decálogo de los principios éticos de mayor jerarquía –sobre los cuales existe una aceptación uniforme-, para aplicarlos luego en los conflictos a plantearse[30]. Más aún, sería sobreabundante redactarlos por escrito, dado que todos se hallan imbuidos del mismo espíritu[31].

Por encima de la voz interior que anida en la conciencia, existen cánones éticos a obedecer que operan a manera de preceptos para situaciones previsibles[32]. Desde esta mira, será necesario una regulación destinada a prever casos puntuales, además de otras pautas que corresponden a nivel personal independientes de toda fuente externa, las cuales también merecen acatamiento.

---

cho es su objeto), además de no ser la únicas (podemos agregar la política) no quiere decir que sean opuestas o se excluyan entre sí, sino más bien que se complementan integrándose en una concepción del orden moral (y político) que incluye lo jurídico aún reconociéndole su especificidad propia. Por su parte en el plano cognoscitivo se encuentran vinculadas por relaciones de subalternación o subordinación ya sea por el objeto o por el fin".

[30] Me refiero a la emotiva página escrita en 1948 por el jurista uruguayo Eduardo J. Couture que lleva por título "Mandamientos del abogado", la cual tiene amplia difusión en nuestro fuero por la claridad de las ideas y la precisión del lenguaje. Esos "Mandamientos" son sabios consejos para el ejercicio profesional, inspirados en ideas puras, sin aspirar a constituir un decálogo ético.

[31] Destaco que la magistratura argentina carece en la actualidad de un cuerpo de normas éticas para el desempeño de los jueces y funcionarios judiciales, pese a la inquietud reinante sobre el tema, como lo ponen en evidencia dos publicaciones editadas en los años 2003 y 2004 por la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Argenjus, las que se titulan "Ética e Independencia del Poder Judicial", donde se reúnen actas de sesiones, trabajos y anexos documentales. Las Provincias de Córdoba y de Santa Fe ya tienen incorporados códigos de Ética para la justicia local, debiendo evocarse la participación activa en su redacción del magistrado doctor Rodolfo Luis Vigo.

[32] De seguido menciono bibliografía europea publicada en los últimos años: Bernard Beigner, Bernard Blanchard y Jean Villaceque, *Droit et Deontologie de la profesión l´avocat*, PUF, París, 2001; Rafael Gómez Pérez, *Deontología jurídica*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1991; Raymond Martín, *Deontologie de l´avocat*, Litec Lexis Nexis, 7ª ed., París, 2002; Jean Jacques Taisne, "La deontología de l´avocat", Dalloz, 2ª ed., París, 1999; Jean Claude Woog, *Pratique professionnelle de l´avocat*, Gazette du Palais-Litec, 2ª ed, París, 1991.

Pero la cuestión más debatida estriba en resolver el problema de la sanción ética, del punto de vista de su implementación práctica, sin perjuicio de la fama adquirida en el foro por el letrado, en cuanto a la honorabilidad se refiere.

Como ocurre con todo tipo de sanción, el problema consiste en determinar cual será el órgano que la impondrá, fuera del ámbito corporativo puramente disciplinario.

Sirvan estas reflexiones para apuntar dos elementos: 1.- si es indispensable un cuerpo normativo compuesto de normas éticas; 2.- si la transgresión de dichas normas son sancionables. Terminó por prevalecer la idea de que es indispensable formular un mínimo de reglas éticas relativas a la conducta profesional de los abogados, a fin de salvaguardar valores de superior jerarquía.

Recuérdese como antecedente los Cánones Éticos aprobados por la "American Bar Association" en el año 1908, cuyo número ascendió entonces a treintaidos, sobre la base de los adoptados con anterioridad por la "Alabama State Bar Association" en el año 1887. Más tarde –en 1970–, la "American Bar" aprobó un código de Responsabilidad Profesional compuesto de nueve cánones, cada uno desarrollado en consideración a la moral e implementado en medidas disciplinarias. El contenido es amplio, ya que además trae pautas de mera cortesía, todo en función de una amplia casuística. En realidad lo que importa es su aplicación práctica, el "law in action", según la gráfica expresión inglesa. Puede apreciarse como en Estados Unidos de Norte América, que es un país de derecho no codificado, rigen cuerpos normativos a la manera de europa continental.

Asimismo, un antecedente de importancia son las "Normas de Ética Profesional del Abogado", sancionadas en el año 1932 por Federación Argentina de Colegios de Abogados, de acuerdo a un proyecto elaborado por Gonzalez Sabathié, jurista que redactó notas aclaratorias para conocer sus fuentes y comprender mejor su significado. Ese cuerpo normativo rige para las entidades que se hallan nucleadas dentro de la Federación, aunque algunos de los colegios federados sigan otras reglas especiales. Esta hipótesis se presenta en el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, el cual dispone de un ordenamiento propio en vigor desde el año 1954 (ley provincial 5177, artículo 25, inciso 8 y decreto 5410/49, artículo 32, inciso b). Por su parte el Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires, integrante de esa Federación, acaba de introducir a ese texto algunas reformas para adecuarlo a los tiempos venideros.

Después del retorno al gobierno democrático, en el año 1985 fue instaurado el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (ley 23.187)[33]. En el seno de este Colegio funciona un Tribunal de Disciplina (artículos 39 y 43, ley cit.) que se encuentra sujeto al cumplimiento de un código de ética, el que fuera sancionado por la Asamblea de Delegados (artículo 32, ley cit.).Como señalaron algunos juristas, habría una superposición entre las facultades de los jueces y la potestad de dicho Tribunal en cuanto a las sanciones disciplinarias se refiere. Respecto de este último, se halla investido de poder disciplinario aunque no medie una condena penal a un letrado, encontrandose dentro de una esfera donde no sólo cabe la indagación ética de la conducta, sino además la que hace al ejercicio de la profesión en sí misma, y en cuanto a los deberes impuestos para su desempeño. Sin perjuicio de ello, cabe recordar que las sanciones o penas se corresponden a "tipos", vale decir, se hallan tipificadas a la manera de la normas penales.

VIII. Conclusión

Los desarrollos anteriores ponen en evidencia que el objeto del contrato relativo a la prestación de servicios jurídicos tiene un contenido ético, en cuanto su finalidad tiende a realizar el ideal de Justicia. Desde ese doble enfoque –objeto y causa fin– la moralidad de la actuación profesional del abogado se erige en una "condictio sine quanon". Existe una sólida unión entre el derecho y la ética que no es posible escindir, sin lesionar la naturaleza de dicho contrato, aun cuando la tarea fuese meramente de asesoramiento.

El vínculo establecido entre el cliente y su letrado descansa antes que nada en la deontología profesional, de modo que los valores fundamentales son prioritarios para un desempeño correcto en la defensa de los intereses confiados. Porque la esencia de ese vínculo consiste en abogar, palabra que en su acepción más amplia significa defender. Nadie puede abogar sin convicciones firmes del punto de vista moral y jurídico, ni prescindir de un mínimo criterio de razonabilidad. Por lo demás, el abogado ha de contemplar el interés del cliente, cuya confian-

[33] En jurisdicción nacional cabe recordar la ley 22.192, sancionada en el año 1980, que creó un Tribunal Ética Forense y consagró ciertos deberes profesionales en forma genérica (artículos 14 y 15); pero ese Tribunal –hoy desaparecido- solo juzgaba "la conducta de los abogados" matriculados, sin sujetarse a una normativa ética específica.

za mereció, procurando solucionar amigablemente los litigios presentes y eventuales, a fin de impedir consecuencias negativas.

Una realidad insoslayable está dada por los códigos de ética en vigor, que persiguen orientar a los profesionales y evitar peligrosas desviaciones. En tiempo de crisis es la mejor terapia contra la mala praxis y las inconductas que minan la fe en la Justicia. Así lo exige el bien común, en tanto y en cuanto el letrado participa en los procesos y mediante su actuación va sellando su suerte.

Según investigaciones de campo realizadas en la Argentina, para la opinión pública la justicia no está a la altura de las circunstancias, en virtud de graves fallas en su funcionalidad institucional[34]. Dentro de un clima cargado de incertidumbre, hoy día el abogado debe ejercer su ministerio en un ámbito que ha perdido gran parte de la estima por diversas causas, entre ellas la falta de independencia de los magistrados ante el poder político y síntomas de corrupción. En ese sentido, la labor profesional suele encontrar serios escollos en los Tribunales, los que se habrán de ir sorteando en la medida de lo posible, sin mengua de la dignidad y el honor.

Para cerrar esta reflexiones, juzgo oportuno transcribir un párrafo de la declaración que sobre la Justicia emitieron los Obispos de la República en el mes de abril de 1997. Ese párrafo dice: "En el servicio de la Justicia los abogados ocupan un lugar imprescindible y de gran relevancia ética. Corresponde a ellos accionar en los estrados judiciales, tutelando el bien de las personas e instituciones en el marco del bien jurídico, que solo se apoya en la verdad de los hechos y en su justa adecuación a la ley, que es la garantía del bien común. Esto requiere no anteponer el lucro o interés personal, como así también la rectitud en el uso de las pruebas y el respeto a la fama de las personas. Se hace necesario evitar la llamada 'industria del juicio'".

[34] Federación Argentina de Colegios de Abogados, *Abogados Percepción Pública y Justicia*, estudio introductorio de Rosendo Fraga, Nueva Mayoría, Buenos Aires, 2005. Se trata de una encuesta para medir el índice de confianza en la justicia realizada en el mes de julio de 2005; las encuestas se expresaron así: poco calificable, el 53%; nada calificable, el 33%.

LA REVISIÓN DEL CONTRATO*

CARLOS RAÚL SANZ

I. En torno a la vigencia del principio del *pacta sunt servanda* en el derecho argentino

a) El principio antes indicado, forma parte del esquema básico de nuestro derecho. Así, el artículo 1197 del código civil, en línea con el artículo1134 del código Napoleón, dispone que "las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma". A esta afirmación deberá agregarse -con anterioridad a la reforma introducida en 1966 por la ley 17.711- el texto del artículo 1198: "Los contratos obligan no sólo a lo que esté formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos".

b) Esta concepción "sacral" del contrato ha sido influida por diversas circunstancias, intelectuales y económicas, que la han atemperado.

1º) Cuando hablamos de las promesas, nos hacemos eco de las alternativas e importancia que ha tenido sobre la consideración del contrato y por concomitancia, la concepción de la teoría de la exégesis[1] . De este modo, paralelamente, o como consecuencia de la flexibili-

* Comunicación presentada en las Jornadas Brasileñas de la Asociación Henri Capitant

[1] León Husson, "Analyse critique de la méthode de l'exégèse" en *Archives de Philosophie du droit*, t. XVII, 1972, Sirey, págs. 115 y sigs; Michel Villey, "Preface historique à l'étude des notions du contrat", t. XIII, 1968, Sirey, pág. 1, en la misma publicación anterior; y Constantin Despotopoulos, "La notion de synallagma chez Aristote", pág. 115 del mismo t. XIII.

zación de la interpretación de la ley, se fue abriendo paso una flexibilización proporcional en lo atinente a la interpretación del principio *pacta sunt servanda*.

La primera etapa que tomó en la práctica esta flexibilización, se realizó por vía judicial indirecta, al interpretarse el principio de la fuerza relativa de los contratos (artículo 1195) en el contexto más amplio previsto por el artículo 953 del código civil, relativo al objeto del acto jurídico[2]. Eco de lo cual fueron las reformas al código civil introducidas por la ley 17.711 del 22 de abril de 1968.

La segunda flexibilización se produjo como consecuencia de la modificación del texto del artículo 1198 mediante la ley 17.711 y que dice: "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión". "En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causa extrañas al riesgo propio del contrato". "En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos". "No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora". "La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato".

2º) Las circunstancias económicas acaecidas en el país también han llevado –de manera directa a la flexibilización del principio *pacta sunt servanda*. Ellas han sido, a mi juicio dos. En primer lugar la lenta, pero implacable, inflación existente en los años 60 del siglo XX, que

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

llegó a niveles explosivos con las grandes devaluaciones de los años 70. La correlativa indexación de los montos de los contratos llevó a la abolición de hecho, del principio nominalista previsto para la moneda (artículo 619 del código civil) según expresa consideración del legislador[3]. Una fecha clave en este aspecto, ha sido el dictado de la sentencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: "Vieytes de Fernández, Juana s/ suc. c/ Provincia de Buenos Aires" del 23 de setiembre de 1976 (*El Derecho*, t. 69, pág. 186), la que invocando el principio aristotélico del equilibrio en los cambios permitió la actualización de los valores a fin de salvar la justicia de las indemnizacines y los contratos celebrados y pendientes de cumplimiento. Esta actualización se hizo, o bien mediante indices oficiales, o bien recurriendo al criterio prudencial de los jueces. Este último caso fue de notable incidencia en las hipótesis en las que, a raíz de la mora del obligado, no resulta de aplicación la imprevisión legislada por el artículo 1198 del código civil y así, para salvar la justicia del caso, se recurría al principio del abuso del derecho (artículo 1071 del código civil, reformado por la ley 17.711)[4].

El segundo punto de inflexión que se encuentra "in fieri", ha surgido como consecuencia de la devaluación de fines del año 2001 que, poniendo fin a diez años de valor estable del peso (1$ = 1 U$A) redujo su valor alrededor de un 60%. Cuestiones macroeconómicas vinculadas al encarecimiento de las exportaciones –por ende cierre de fábricas y abundante desocupación– aparecen como una de las causas, sin dejar de advertir que el proceso de "pesificación" liberó a los grandes deudores de los bancos –y sobre todo de los bancos estatales– del 66% del monto de sus obligaciones, los cuales -con el aval del estado- confiscaron en idéntica medida el depósito de sus clientes, a lo que se agrega la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha cohonestado tal atropello[5].

[3] Nota al artículo 619 del código civil.

[4] Artículo 1071 del código civil: "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

[5] "Bustos Alberto R. y otro c/ Estado Nacional y otros" del 26 de octubre de 2002 (*El Derecho*, 5 de noviembre de 2004).

Los resultados se van haciendo visibles a medida que se van conociendo las secuelas del aludido fenómeno económico.

Pero este segundo momento económico, no podría comprenderse enteramente sin advertir la incidencia de otro componente que ha sido la usura. El valor del dinero, librado a la lógica de los economistas, llevó a situaciones insostenibles que hicieron eclosión desde fin del primer trimestre de 2001 y que llevaron al incumplimiento generalizado de las obligaciones o a la reformulación del contrato por las mismas partes. Es dable destacar que, cuando me refiero a la incidencia de la usura señalo tasas del 24% anual por el uso de moneda fuerte (dólares en particular) con una tasa de punitorios que sumada a la primera –en muchos casos– llegaba hasta el 56% –entre ambos tipos de frutos civiles–. Si a ello se agrega la mora automática y la capitalización mensual o anual (anatocismo), no es difícil dejar de advertir que tales mutuos, se hicieron en poco tiempo, verdaderas bolas de nieve que llevaron a la paralización de esta vía privada de financiación ante la omisión generalizada de pago.

c) Con las explicaciones y limitaciones dadas, puede darse una respuesta al aludido principio del *pacta sunt servanda*. No se ha derogado el principio, pero la aplicación ha resultado muy laxa.

El sentido del principio, en la situación actual argentina y con la provisoriedad que supone su soporte económico, lleva al mantenimiento del valor obligatorio de los contratos, interpretados de buena fe y de manera tal que su cumplimiento no genere injusticias notables. La imprevisión y el abuso del derecho (artículos 1198 y 1071 del código civil) parecen el andamiaje necesario que permite considerar el tema, para tratar de obtener soluciones justas que permitan disminuir los conflictos numerosísimos, abiertos a partir de los acontecimientos del año 2001-2002.

La legislación dictada a partir de la ley 25.561 del 6 de enero de 2002 de emergencia pública y de reforma del régimen cambiario[6] ha

[6] El artículo 11 relativo a obligaciones originadas en los contratos entre particulares dice: "Las prestaciones dinerarias exigibles desde la fecha de promulgación de la presente ley, originadas en contratos celebrados entre particulares, sometidos a normas de derecho privado, pactados en dólares u otra moneda extranjera o en los que se hubiesen establecido cláusulas de ajuste en dólares u otra moneda extranjera, quedan sometidas a la siguiente regulación: 1) las prestaciones serán canceladas

introducido la noción del "esfuerzo compartido" como forma de obtener una solución de conflictos que, en lugar de encontrar la mejor solución posible[7] se limita a la aplicación de una división pragmática y jurídicamente agnóstica. Así, mientras la ley prevé el valor de la moneda 1 U$A = 1 $ + CER (Coeficiente suministrado oficialmente que sigue a la inflación), los Tribunales deciden de una manera diversa en la mayor parte de los casos: en algunas situaciones mantienen el capital en dólares y rebajan los intereses al 4% anual; en otros fija 1 U$A = 1 $ + 50% del valor del dolar en el mercado libre, fijándose intereses que van desde el 7% hasta el 15% anual.

Esta es la razón por la cual señalaba que la solución contractual en la Argentina está "in fieri". La legislación es contradictoria, la Corte Suprema de Justicia ha sido cambiada, no siendo indiferente este problema pues dicho Tribunal en su anterior composición caminaba en la línea de la intangibilidad del capital[8]. En cambio, la nueva Corte no tiene propuesta una solución inequívoca. Ha cohonestado la expropiación de los depósitos pero los Tribunales inferiores no han seguido esa solución.

d) Con el panorama descripto, la intervención del Juez en la vida contractual es muy profunda y seguirá siéndolo hasta tanto no haya

---

en pesos a la relación de cambio UN PESO ($ 1) = UN DÓLAR ESTADOUNIDENSE (U$S 1), en concepto de pago a cuenta de la suma que, en definitiva, resulte de los procedimientos que se establecen seguidamente; 2) las partes negociarán la reestructuración de sus obligaciones recíprocas, procurando compartir de modo equitativo los efectos de la modificación de la relación de cambio que resulte de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 2º de la presente ley, durante un plazo no mayor a CIENTO OCHENTA (180) días. Acordadas las nuevas condiciones, se compensarán las diferencias que, eventualmente, existan entre los pagos dados a cuenta y los valores definitivamente acordados; 3) de no mediar acuerdo entre las partes, las mismas quedan facultadas para seguir los procedimientos de mediación vigentes en las respectivas jurisdicciones ocurrir ante los tribunales competentes para dirimir sus diferencias. En este caso, la parte deudora no podrá suspender los pagos a cuenta ni la acreedora negrse a recibirlos. El Poder Ejecutivo nacional queda facultado a dictar disposiciones aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas, sustentadas en la doctrina del artículo 1198 del código civil y el principio del esfuerzo compartido".

[7] Michel Villey, *Le droit et les droits de l' homme*, capítulo 4. "Vue découverte d'Aristote", PUF, París, 1983, págs. 43 y sigs.

[8] "Smith, Carlos A. C/ P.E.N. s/ sumarísimo" (*La Ley*, t. 2000-A, pág. 770) y "Provincia de San Luis c/ Estado Nacional s/ amparo" (*La Ley*, t. 2003-B, pág. 537).

una economía asentada sobre las bases de la realidad productiva, una moneda expresiva de esa economía y una reafirmación del antiguo principio que hace obligatoria la palabra empeñada y en cuanto pone de relieve la buena fe negocial en su formación, interpretación y cumplimiento.

II. Revisión del contrato en el derecho argentino

De manera aproximada, puede advertirse que –dado la situación económica en que se encuentra la Argentina y el panorama financiero mundial– los grandes contratos que se han ido celebrando sólo han tenido por finalidad restablecer nuevas condiciones contractuales posteriores al "deffault".

Es dable suponer que los contratos re-estructurados y los nuevos contratos incluyan cláusulas de revisión o de reajuste sobre todo en materia de fijación del precio del contrato por cuanto no existe –desde larga data– seguridad sobre el valor de la moneda nacional. Por otro lado, la fluctuación del dolar frente al euro y a monedas asiáticas, al que está vinculada la moneda nacional, hace dudoso fijar términos inflexibles y que podrían ser disvaliosos para cualquiera de las partes, al desestabilizarse la ecuación económica tenida en cuenta al tiempo de la celebración.

Los contratos sobre "commodities" –o vinculados a los mismos para su cultivo– se celebran cada año y en ellos incide –fundamentalmente– la concentración de los grandes proveedores multinacionales y el aumento del costo del petróleo –además de su incidencia en el costo de los fletes– fundamental para el costo de la urea.

La metodología de trabajo, en este ámbito de la producción agrícola, lleva a pactar y cumplir contratos expresos y sin posibilidades de revisión pues la relación entre ambas partes, pasa por la asunción del riesgo empresario.

Los contratos menores, vinculados a la compraventa de la propiedad, se celebran y cumplen en plazos muy breves puesto que la falta de fuentes de financiación –o el rechazo a asumir una deuda en un contexto económico inseguro– lleva a operaciones prácticamente de contado donde el adquirente dispone de sus ahorros y el enajenante dispone de su bien, con intención evidente de invertirlo en activos físicos que lo aparten de los riesgos monetarios y políticos. Reciente-

mente se han abierto líneas de crédito para vivienda en pesos, sin reajuste y hasta diez años.

Consecuencia de lo expresado en la respuesta al punto 1, como el problema argentino ha sido -de antiguo- el cambio del valor de la moneda, las cláusulas más usuales se refieren a la permanencia del valor con la que se ha de pagar el precio. Si bien la ley 23.928[9] permitió la contratación en cualquier moneda extranjera, lo habitual en la contratación durante la década de 1990 fue la utilización del dólar estadounidense. Ante la eventualidad del "manejo", o protección de curso legal del mismo por parte del estado, lo que llevaría a mudar el valor de referencia (1 U$A = 1$). En la casi totalidad de los contratos celebrados se preveía que si se tornaba imposible el pago en la moneda pactada, se entregaría la cantidad de dinero de curso legal suficiente para la compra de bonos externos (bonex) en las plazas de Montevideo o de Nueva York, a elección del acreedor.

El problema planteado en la actualidad es que, a raíz del "deffault" los bonos públicos han sufrido un grave deterioro y el Estado Nacional ha lanzado un canje que, según la opción del acreedor, no ha sido acogido de manera benevolente dado la quita importante del capital y los plazos muy extensos de pago (hasta 40 años). De allí que resulte previsible un cúmulo de juicios futuros en el caso de los no aceptantes (alrededor del 25% de los tenedores).

Los tenedores locales de bonos, fuera del circuito bancario, operan como una masa cautiva por cuanto las inversiones hechas por las AFJP significaron una pérdida considerable en el caso de los jubilados y pensionados.

Volviendo al tema planteado, en el sistema legal argentino, los cláusulas de revisión contractual son, además de las ya dichas (imprevisión –artículo 1195 del código civil– y abuso del derecho –artículo 1071 del mismo cuerpo legal) el caso fortuito, la fuerza mayor (artículo 513 del código civil) y la lesión (artículo 954 del código). Salvo el caso fortui-

[9] Artículo 617 del código civil: "Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero".

Artículo 619 del código civil: "Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento".

to y la fuerza mayor, los indicados institutos han sido introducidos por la reforma realizada en 1966 por la ley 17.711. Así, el último párrafo del artículo 954 del código civil da opción "al accionante para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera (acción de nulidad) se puede transformar en acción de reajuste si ésta fuera ofrecida por el demandado al contestar la demanda".

III. Valor de las cláusulas de revisión

Las cláusulas de revisión contractual tienen la misma fuerza obligatoria que lo esencial del contrato, en los términos del artículo 1197 del código civil. Si bien esta es la regla básica de la hermenéutica se ha evidenciado que en las hipótesis de reajuste, tanto las contractuales como las normativas, su aplicación podría llevar a consecuencias extremas respecto a los montos y de absoluta injusticia, de allí que se ha optado por las fórmulas de revisión resueltas por los Jueces, lo cual hace necesario el consenso virtual de los principales y más prestigiosos tribunales del país.

Del modo indicado sucedió en la década de 1970 en la cual –como se dijo– hubo de hacerse frente a un irracional proceso de inflación que hacía del cobro del "saldo de precio" más un acto simbólico que la adquisición del justo remanente. Muchos tribunales optaron por la utilización de Indices oficiales (los más adecuados al caso de especie) otros, si bien ilustrándose con aquéllos, tenían en mayor significación la decisión prudencial de los jueces[10].

[10] Conf.: "Fernandez Gallardo, Elena y otras c/ Impulsora S.C.A s/ ordinario", sentencia de 1ª instancia del 21 de abril de 1976 confirmado por la Excma.Sala C de la Cámara Nacional en lo Civil del 28 de setiembre del mismo año (*El Derecho,* t. 71, pág. 173).

Siendo juez de primera instancia en 1975 me sucedió dictar sentencia en uno de los primeros casos de actualización. Se trataba de una construcción de un muy importante edificio y el valor de la locación de obra estaba fijado en pesos corrientes. Producidas severas alteraciones de la moneda, consideré que los más equitativo era fijar un aumento del precio según lo indicaba el crecimiento del indice oficial de la construcción. El expediente fue apelado y la sentencia confirmada por la Cámara Civil de la Capital, pero al practicarse la liquidación, el valor resultante era tan excesivo que poco tenía que ver con el valor general del mercado de esa época. La solución estribó en un entendimiento de las partes, convocadas al efecto, frente al absurdo que se presentaba.

Otro ejemplo estuvo dado, luego de la entrada en vigencia de la convertibilidad mediante el dictado de la ley 24.283[11]. En este caso se advirtió, en las liquidaciones judiciales que el arrastre de las actualizaciones por inflación y la aplicación de los índices de actualización llevaba a situaciones paradojales que exigieron poner límite a la aplicación de esos ínidices mediante la pauta del "valor real y actual de la cosa, bien o servicio al tiempo del pago".

IV. Posibilidad de revisión

a) Sobre la posibilidad de revisión de un contrato celebrado válidamente, en principio la respuesta debería ser negativa. No obstante, la crisis económica de fines del año 2001 y principios del año 2002 dieron paso a un plexo de normas legales y decretos del Poder Ejecutivo que si bien señalaron algunas pautas muy generales para la revisión del contrato introdujeron una noción totalmente ajena a la nomenclatura del derecho: "el esfuerzo compartido".

Esta noción, no tiene antecedentes en el derecho privado, pero -en general- la doctrina que ha tratado el tema ha querido ver un tipo de "equidad" que permitiría a los jueces disminuir las deudas pendientes de pago.

Debo permitirme aquí una breve digresión: esta idea del esfuerzo compartido es, a mi juicio, el impacto de las formas agnosticas de pensamiento sobre el derecho y la justicia, nacida de las formas no convencionales de solución de conflictos. En efecto, si el juez descree sobre el conocimiento de lo justo y lo injusto, este excepticismo –al no poder de dejar de dictar sentencia[12]– lo llevaría ya no se buscará el "jus" de cada quien; su tarea se limitaría a una división matemática de los intereses en juego. Y como sucede con estos "conceptos vacios" se pierde la objetividad que está en las cosas. Así el aludido principio del "esfuerzo compartido" ha dado lugar a muy diversos criterios de

[11] Ley 24.283: "Artículo 1. Cuando deba actualizarse el valor de una cosa o bien o cualquier otra prestación, aplicándose índices, estadísticas u otro mecanismo establecidos por acuerdos, normas o sentencias, la liquidación judicial o extrajudicial resultante no podrá establecer un valor superior al real y actual de dicha cosa o bien o prestación, al momento del pago".

[12] Artículo 15 del código civil.

interpretación según sean los tribunales intervinientes. El principio de la propiedad inviolable (artículo 17 de la Constitución Nacional) y de la igualdad ante la ley (artículo 16 de la misma Carta Magna) terminan siendo sacrificados en el altar del voluntarismo judicial.

No obstante ha existido –y aún existe– una tremenda confusión, pues si bien la ley de "pesificación" (equiparó el valor de U$A 1 = $ 1 y U$A 1 = $ 1,40, con lo cual los créditos y deudas quedaron deflacionados en alrededor de 33%) la jurisprudencia de los tribunales ha sido muy contradictoria al analizar la concreta liquidación de las relaciones contractuales. Algunos tribunales resuelven que el "esfuerzo compartido" equivale a un detrimento del débito según una relación de U$A 1 = $ 1 más coeficientes publicados por el Estado (CER - CVS); otros tribunales han entendido que la diferencia entre 1 $ = 1 U$A debe ser soportada en partes iguales (50% cada uno) por acreedor y deudor y otros tribunales, incluso han modificado esta participación en diversos porcentajes. Otros, en cambio, han mantenido la moneda pactada, rebajando las tasas excesivas de intereses. Lo cual, a mi juicio resulta lo más acertado.

Lo único cierto, es que actualmente se encuentra en una ardua etapa litigiosa la determinación y liquidación de estas deudas, pues si bien la devaluación del peso, llevó su valor al 33% del dolar y, en general, la propiedad vió deteriorado su valor, a poco de andar la economía nacional ha sufrido un importante incremento como consecuencia de la sustitución de importaciones y, en 2004, por el incremento del precio internacional de los cereales. El valor de la propiedad se ha recuperado en dólares, en buen parte del país. En el caso del valor de los campos, incluso se ha incrementado y pesa el fenómeno de la devaluación del dolar en los mercados internacionales. Tampoco debe escapar que al no existir políticas de largo plazo y seguiridad en las inversiones, gran parte del ahorro interno se canaliza hacia la compra de inmuebles.

b) Como dijimos antes, si bien el principio "pacta sunt servanda" ha sido el admitido por nuestra legislación (artículo 1197 del código civil); la reforma de 1968 (ley 17.711) admitió la posibilidad de revisión o rescisión por excesiva onerosidad, cláusula *rebus sic stantibus*, abuso del derecho y lesión, ampliando el panorama anterior.

c) Siendo nuestro código civil sancionado el 25 de setiembre de 1869 y promulgado el 29 de ese mismo mes y año, para entrar en vigencia el 1º de enero de 1871 (ley 340) la reforma introducida por la

ley 17.711 –sancionada y promulgada el 22 de abril de 1968– con una fe de errata publicada el 30 de abril del mismo año, se advierte que prácticamente han pasado 100 años para que se diera entrada a la nueva tendencia que ha significado matizar el ritualismo contractual, con nociones fundadas en el equilibrio de los cambios, trastocado éste por hechos sobrevinientes (*rebus sic stantibus*).

El origen, como ha sucedido en otras partes del mundo, ha sido precedido por la doctrina y la jurisprudencia, para luego ser recogido por la ley.

V. Condiciones de la revisión

a) La condición básica exigidas por el derecho, es la notable desproporción entres las prestaciones. Solamente en el caso de la lesión (artículo 954 del código civil) se tiene en cuenta el aprovechamiento "de la necesidad, ligereza o inexperiencia" (elemento subjetivo) si bien se la presume en caso de "notable desproporción de las prestaciones".

Por otra parte, salvo para el caso del abuso del derecho, es óbice para plantear esta revisión el estado de mora.

En tiempos recientes, la sanción de la ley 25.820 sentó el principio que el reajuste de los créditos derivados de la crisis económica de 2001-2002 debe hacerse aun en el caso de las obligaciones en mora, puesto que alguna corriente jurisprudencial ha intentado mantener el límite del incumplimiento como óbice para el reajuste, otros tribunales han opuesto el límite de la cosa juzgada o dela irretroactividad de la ley.

b) Como principio general la revisión del contrato debido al cambio de las circunstancias económicas se suele valorar al tiempo del cumplimiento del contrato. En este sentido resulta claro el texto del artículo 1198 del código civil[13].

El proceso actual de la economía y su correlato en el derecho, a mi juicio, lleva a la posibilidad de controvertir incluso las cláusulas de indexación expresamente previstas por cuanto el incumplimiento de los contratos, la transgresión de la norma y la impunidad se han convertido en el estilo de los últimos tiempos. Esto ha tenido como consecuencia el congelamiento de los negocios, del crédito y, en general, de los contratos de nivel intermedio.

[13] Ver texto en la respuesta al punto I (1 - b) 1º).

c) Corresponde ahora, considerar la posibilidad conciliatoria de los tribunales. Los códigos procesales argentinos, a partir de las reformas de 1967 –y los posteriores han seguido la misma línea- han aportado -en general– para dar al juez de derecho privado un papel cada vez más activo. Desde la figura del juez de principios del siglo XX, de un tercero por encima y por fuera de la contienda de las partes, el derecho procesal, siguiendo la línea de los autores italianos le han dado protagonismo. En primer lugar por vía de la conciliación (artículo 36, incisos 2 y 3) del código procesal) solicitada por alguna de las partes o convocada de oficio por el tribunal, durante la cual puede proponer fórmulas de composición del conflicto, de manera no vinculante y reservada y sin que ello implique prejuzgamiento.

En la práctica judicial –salvo el impedimento del exceso de procesos– la intervención del juez se suele utilizar como forma de purgar los desajustes mediante una revisión que posibilite salvar el negocio en caso de nulidades relativas; esto es en casos en que no están en juego principios de orden público o vinculados a la moral, buenas costumbres o principios de raigambre constitucional.

El exceso de procesos, suele llevar a los jueces a delegar esta importantísima tarea en manos del personal y funcionarios del juzgado, lo cual –como es de suponer– lleva a actuaciones no fructuosas. No obstante, es dable destacar cómo luego de la reciente crisis económica, y ante la desmesura de las normas dictadas en su consecuencia a partir del año 2002, ha sido notable la actividad conciliatoria y personalizada llevada a cabo por los tribunales de primera y segunda instancia.

La circunstancia de haberse sancionado –en la década del 60– primero el código procesal civil y comercial que la reforma del código civil y dentro del mismo momento histórico-político, explica a mi entender, la razón por la cual las normas de este último no mencionen expresamente la intervención del juez en el caso de los artículos 1058 bis[14], 1071[15], y 1198[16].

[14] "La nulidad o anulabilidad, sea absoluta o relativa, puede oponerse por vía de acción o de excepción".

[15] "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto". "La ley no ampara el ejerci-

La eficiencia y prudencia de esta intervención judicial en el reajuste de los contratos depende, como es obvio, de la personalidad de los jueces y partes opuestas ya que ni el mejor tribunal puede persuadir a litigantes cerrilmente aferrados a su visión parcial e interesada del litigio. Esto se ha podido observar muy claramente en los últimos años cuando, pasados los disturbios económicos y políticos, en muchas oportunidades nos hemos encontrado, en casos numerosos, a acreedores apegados a la literalidad del contrato, por más inicuo que fuera el sistema de intereses, capitalización y pago de gastos y deudores que, simplemente, no han querido pagar la deuda.

Pocos –en proporción– han sido los casos en que el deudor viniera a dar en pago lo que, de buena fe, entendía era el mínimo de su deuda para discutir el resto en cuanto fuera injusto y someterlo a una acotada decisión judicial.

d) Con referencia al equilibrio al que aspira un pedido o decisión de revisión contractual parece ilustrativo recordar el principio introducido por el artículo 954 –párrafo tercero– del código civil a propósito de la lesión: "Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda".

Este principio ha permitido y permitirá dar solución a numerosa conflictiva contractual derivada de las fluctuaciones en el valor de la moneda nacional, al propio tiempo a alentar una nueva fase de la buena fe negocial: los institutos que tutelan el equilibrio de las prestaciones tienen como norte re-equilibrar la relación de justicia y no mejorar la relación económico-financiera de los negocios. Para los casos insalvables juega la nulidad contractual prevista por el artículo 953 del código civil que, desde su origen, ha servido como válvula de equilibrio de injusticias notables, en tiempos en que reinaba de manera casi absoluta la teoría de los vicios subjetivos del acto jurídico, calcada del esquema de los actos morales, por vía de los teólogos y filósofos de la modernidad.

cio abusivo de los derechos". "Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

[16] Ver texto a la respuesta al punto I (1 - b) 1º).

El artículo 163, inciso 6º, párrafo segundo del código procesal[17] prevé la posibilidad de que el Juez, en su sentencia, pueda considerar los hechos acaecidos con posterioridad a la demanda. La duración excesiva de los proceso y el propio desinterés de las partes lleva, en algunas oportunidades, a que el juez de oficio, invocando aquélla norma resuelva la rescisión del contrato, pese a que el proceso se haya iniciado por cumplimiento. De este modo, la sentencia remite al proceso de ejecución de sentencia la determinación, prueba y decisión sobre el monto de los daños y perjuicios.

Esta es, en apretada sintesis, el panorama de la revisión contractual en estos tiempos por duro que resulte para nuestra fidelidad a la Nación, desprovista de sus altos destinos por la incapacidad y corrupción de su clase política. Tolerada hasta ahora por una comunidad que no sale de su asombro.

[17] Artículo 163, inciso 6º, párrafo segundo: "La sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos".

APUNTES SOBRE LA TÁCITA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD EN EL ACTUAL DERECHO DE DAÑOS. SU PARTICULAR ALCANCE EN MATERIA DE TRANSPORTE DE COMPLACENCIA

FERNANDO ALFREDO UBIRÍA[1]

I. Introducción

La cortesía crea un sinnúmero de relaciones de muy variado tipo, de carácter social, ético, jurídico, etc. y si bien el transporte de complacencia es la más frecuente e importante "prestación de cortesía" para el llamado derecho de daños o de la responsabilidad civil, no es la única que ha despertado la atención de los juristas.

Se ha dicho en este tema que si bien el Derecho no está ausente, aparece en momentos ulteriores al acuerdo ya que, de no acaecer el hecho dañoso, ninguna consecuencia puede producirse. La consecuencia jurídica sólo aparece con el daño, no con el acuerdo[2].

Sobre esta cuestión preliminar, coincidimos en que será en tal oportunidad –más que en la etapa de formación y efectiva ejecución del contrato de transporte benévolo– cuando el Derecho adquiera su máxima virtualidad, es decir, recién en el momento en que se verifique el incumplimiento del contrato ya que allí se recurrirá a las bases jurídicas que sustentan la figura.

[1] Doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesor de Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales en las Universidades Católica Argentina y Austral.

[2] Cám. Apel. Civ. y Com. de Morón, Sala 2ª, *in re* "Cáceres c/ Morais" (voto del Dr. Suares), del 4 de febrero de 1993, *El Derecho,* t. 162, pág. 54.

Ahora bien, antes de avanzar hacia lo que constituye estricto objeto de análisis en el presente trabajo, cabe señalar que en materia de incumplimiento de obligaciones reina una llamativa anarquía, absurda a estas alturas del conocimiento jurídico. En efecto, coincidimos con Bueres en que no se capta con claridad el objeto de las relaciones obligatorias –o, en todo caso, su contenido–, el *quid* que conforma el pago de ellas y el límite de la responsabilidad del deudor cuando se infringe el deber de prestación[3].

Delinearemos primeramente el contenido prestacional comprometido por el transportador benévolo, para, así, poder determinar cuándo hay incumplimiento, fijando para ello el *quid* que conforma su pago.

Por lo pronto, se ha sostenido con solidez que quien lleva a alguien en automóvil para transportarlo en una dirección convenida, contrae seguramente la obligación de no conducirlo a otra parte y de no interrumpir intempestivamente el transporte de modo tal que el transportado quede en situación comprometida, ya sea por la dificultad o imposibilidad de procurarse otro medio de transporte, por las características del lugar, etc. Por lo demás, también se obliga hacia su transportado a conducirse con un mínimo de prudencia y diligencia en el comando del rodado. Es decir que compromete una conducta que, en respeto de las leyes y reglamentos vigentes, se adecue a pautas por lo menos elementales, de cuidado y atención[4].

También el transportado por cortesía asume muchas de las obligaciones propias del transportado a título oneroso, salvo, naturalmente, la de pagar un precio o retribución por el viaje. En términos generales[5], recibe un beneficio y no tiene que entorpecer al transpor-

[3] Alberto Bueres, "El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Responsabilidad contractual-I,* nº 17, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires – Santa Fe, 1998, pág. 95.

[4] René Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit francais*, 2º edition, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, t. I, pág. 158, nº 123.

[5] Falta una norma expresa en nuestro ordenamiento que contemple el deber de cooperar, pero éste surge de la recíproca lealtad de las partes entre sí para hacer honor a la mutua confianza debida al celebrar el contrato (Marcelo U. Salerno, *Derecho Civil Profundizado*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, pág. 160).

tador. No podrá, por ejemplo, molestar al conductor poniendo en peligro la seguridad de la conducción, ni dañar de cualquier manera el vehículo, etc[6].

II. Obligaciones de medios y de resultado: fructuosa aplicación

En materia de transporte benévolo es posible hacer una fructuosa aplicación de la clasificación obligacional que las distingue según sean "de medios" o "de resultado", pues, como bien señala el español Jordano Fraga, su relevancia se coloca en el plano del cumplimiento[7]. A nuestro entender, la entidad de la obligación asumida por el transportador benévolo es de las primeras, logrando, de tal manera, instaurar la honestidad en el terreno jurídico.

En efecto, como sostuviéramos en un trabajo publicado hace ya algunos años[8], desde la época en que Rene Demogue realizara la sistematización de esta clasificación, han surgido numerosas opiniones que hoy transitan por sendas encontradas[9]: un sector mayoritario de la doctrina se enrola en la postura de la aceptación y defensa de su tesis, con distintos matices en las apreciaciones personales y con nue-

[6] Bianchi, "Encuadre jurídico del transporte benévolo", *Jurisprudencia Argentina,* t. 29, pág. 828. Análogamente, en el contrato de transporte oneroso pesan sobre el pasajero distintas "cargas": presentarse en el lugar y hora convenidos, obedecer las órdenes del transportador para el mejor orden durante el viaje, como no molestar, no fumar, etc. (Lorenzetti, *Tratado de los contratos*, t. III, pág. 738, cita nº 6). Las mismas pueden aplicarse o "traspolarse" al transporte de cortesía sin forzar la realidad de los hechos que sustentan su facticidad.

[7] *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1987, pág. 174.

[8] Fernando Ubiría, "Acerca de las obligaciones de medios y de resultado" (con la colaboración de Paula Seoane), en *Instituciones de Derecho Privado Moderno*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, págs. 253-69.

[9] Si bien al autor francés se le atribuye mayormente la paternidad de la clasificación (Alberto Bueres, "Aspectos generales de la responsabilidad profesional", *Revista Jurídica Delta*, nº 3, abril de 1994, pág. 13; Augusto C. Belluscio, "Obligaciones de medios y de resultado. Responsabilidad de los sanatorios", *La Ley,* t. 1979-C, pág. 23), hay quienes sostienen que existen otros antecedentes: según los Mazeaud y Tunc, ya se hallaba indicada en el Derecho romano, y aparece también inserta en las obras de autores del antiguo derecho francés, como asimismo en trabajos de juristas más modernos como Glasson, Robin, Planiol, y Saleilles (*Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, 5° ed., trad. Luis Alcalá – Zamora y Castillo, Bs. As., Ejea, t. I, vol. I, pág. 127, n° 103-2).

vos enfoques que le aportan a la distinción otra función de mayor importancia, mientras que otros se pronuncian por su relativización o bien directamente por su rechazo.

Por lo pronto, no hay dudas que las obligaciones poseen una estructura de medios y fines:

- hay obligaciones que tienden a la obtención de un resultado determinado que deberá lograrse, por lo que la frustración del logro final genera responsabilidad para el deudor, salvo la acreditación de una eximente;
- en otras, lo único que está implicado es la conducta diligente del deudor dirigida a satisfacer la expectativa final del acreedor.

Por cierto que toda obligación tiende a un resultado útil para el acreedor, pero todavía cabe analizar y determinar qué se entiende por resultado; es decir, está muy claro que la obligación no puede perseguir abstractamente y tan sólo una actividad diligente, pues a ninguna persona le puede interesar el mero esfuerzo o la diligencia de otra. Cuando se expresa que la actividad diligente es el resultado, es indudable que se está haciendo alusión a un interés primario, ya que este difiere del interés definitivo o último al cual tiende toda conducta del deudor, sea en la obligación de medios como de fines[10].

Para los Mazeaud[11], la regla es la obligación de resultado y la de medios la excepción[12], y el criterio de la clasificación radica normalmente en lo aleatorio del resultado. Para los citados autores galos, la mayoría de las veces el acreedor contrata para obtener cierto resultado, por lo que este *opus* constituye el objeto de las obligaciones "determinadas". En este tipo de obligaciones las partes no tienen en vista la diligencia que deberá emplear el deudor para alcanzar el cumpli-

[10] Alberto Bueres, "El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 17, "Responsabilidad contractual – I", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, pág. 102.

[11] Le asignan otro nombre: a las obligaciones de resultado las llaman "obligaciones determinadas" y, a las de medios, "obligaciones generales de prudencia y diligencia", completando la clasificación con otras que denominan "obligaciones de garantía" (ob. cit., pág. 127, nº 103-2).

[12] En nuestro país, así lo entienden, entre otros, J. Alterini (ob. cit.) y M. Salerno (*Obligaciones. Régimen jurídico*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1995, pág. 214).

miento del objeto, la no obtención del resultado es suficiente para presumir la culpa del deudor. A la vez, sostienen que a los fines de evitar cualquier injusticia, basta con exceptuar los casos de fuerza mayor, permitiéndosele al deudor destruir la presunción mediante la prueba de que ha tropezado con un obstáculo que su diligencia no podía o no debía vencer. En las obligaciones generales de prudencia y diligencia, el objeto es la diligencia del deudor[13].

Para estos autores, la importancia del distingo se centra entonces en la determinación de la carga de la prueba. Así, en las obligaciones de fines, se presume la responsabilidad del deudor –a diferencia de lo que postulaba Demogue, en el sentido que se presumía la culpa–, salvo que acredite la obtención de un resultado o la fuerza mayor. En las de actividad, el acreedor debe probar la culpa del deudor[14].

Más acá en el tiempo y en la geografía, la doctrina nacional se ha abocado al estudio de esta clasificación, arribando a interesantes conclusiones.

Bueres señala que la verdadera importancia del distingo clasificatorio –válida para las órbitas contractual y extracontractual–, está dada por la diversidad existente en el factor de atribución, hecho que determina cuáles son las eximentes de responsabilidad a utilizar en cada caso: en las obligaciones de medios -en las que tiene vigencia la no culpa- el criterio legal de imputación es la culpa; en las obligaciones de resultado –en las cuales la diligencia del *solvens* queda fuera de cuestión– el factor de atribución es objetivo (crédito a la seguridad especial, garantía, tutela del crédito, riesgo, etc.)[15].

La obligación de medios implica un compromiso de diligencia que sólo tiende a la consecución del resultado final, y por ello el incumplimiento se configura cuando el deudor omite prestar esa conducta calificada. En las obligaciones de resultado, la actividad del deudor se encuentra comprometida al logro ineludible del interés final esperado por el acreedor, de manera que no se cumplirá el deber si no se satisface aquella finalidad última[16].

[13] Ob. cit, t. I, vol. I, pág. 130, nº 103-4.

[14] *Idem*, pág. 132, nº 103-5.

[15] Aut. cit., "Responsabilidad contractual objetiva", *Jurisprudencia Argentina,* t. 1989-II, pág. 977.

[16] María M. Agoglia, Juan C. Boragina y Jorge Meza, *Responsabilidad por incumplimiento contractual*, Buenos Aires, Hammurabi, 1993, págs. 72-3.

Ahora bien, sabemos que toda obligación tiene por objeto un plan, un proyecto o programa de prestación, siendo ésta última el plan o proyecto de una conducta futura del deudor para satisfacer un interés de un acreedor. Como dijéramos, ese interés aparece de modo invariable en el objeto de toda obligación, sea de medios o de fines[17]. Lo que ocurre es que en los deberes de medios, ese interés que aparece *in obligatione* es contingente, aleatorio, potencial, eventual, razón por la cual es bastante para actuar el contenido del deber –*in solutione*– con la observancia de la conducta prudente y diligente del deudor, con su mera actividad o esfuerzo, y algo similar ocurre en los contratos aleatorios.

Vale decir, el deudor promete solamente poner diligencia para conseguir un resultado dado, y las partes reconocen que su consecución depende de circunstancias harto azarosas[18]. Cabe distinguir el liso y llano incumplimiento del deudor, del mal cumplimiento de la obligación que tenía con su acreedor. En el caso de la inejecución total de la obligación, la diferencia entre las obligaciones de medios y resultado desaparece. En ambas, si el acreedor prueba la existencia de la obligación, el deudor deviene responsable por el incumplimiento; en las de resultado, por no haberlo procurado, en las de medios, porque ni siquiera trató de proceder diligentemente. El incumplimiento genera responsabilidad para el deudor y para eludirla debe invocar el caso fortuito.

Por lo tanto, en resumen

- frente a una obligación de resultado, el deudor debe probar un caso fortuito a los fines exoneratorios, haya mediado incumplimiento absoluto, parcial, retardo o cumplimiento inexacto, pues en éstas lo relevante es alcanzar el fin asegurado. Por tanto, al acreedor le basta con acreditar que éste no se ha logrado;
- en las obligaciones de medios, ante el incumplimiento parcial, absoluto o retardo, la diligencia prestable no es relevante, –pues como se dijo– el deudor debe actuar para llegar a un fin, aunque

[17] Alberto Bueres, *Responsabilidad civil del escribano*, Buenos Aires, Hammurabi, 1984, págs. 50-51.

[18] Agoglia, Boragina y Meza, ob. cit., pág. 66.

aleatorio, siendo aplicable en estos casos los principios de las obligaciones de resultado; y sí en cambio es trascendente –la diligencia prestable– como elemento del cumplimiento exacto –pago–[19].

Para cerrar esta introducción y a los efectos de apuntalar aún más la relevancia de esta clasificación, con respecto a su vigencia legal diremos que a pesar de no encontrarse receptada explícitamente en nuestro ordenamiento[20], tal extremo no implica desconocer su vigencia ya que por un lado, se considera que las clasificaciones son un resorte doctrinal, de donde sus incursiones en las leyes sólo encuentran justificación en casos en que ello sea de estricta necesidad por razones de claridad y certeza jurídica; por otro, se entiende que la clasificación surge virtualmente de la ley, donde se define la culpa, se alude a la no culpa, al caso fortuito, a la responsabilidad objetiva y a sus eximentes, etc. (artículos 511, 512, 513, 1109 y 1113, parág. 1º y 2º del código civil)[21]. Similar recepción mereció en los últimos proyectos de reformas al código civil, tal como desarrolláramos oportunamente[22].

[19] Bueres, "El incumplimiento ....", cit., pág. 109.

[20] Como sí ocurre, por ejemplo, en el código polaco, que adoptó expresamente la clasificación en el artículo 240 del código civil (Mazeaud, *Tratado...,* cit., t. I, vol. I, pág. 135, nº 103-6).

[21] Bueres, "Responsabilidad contractual...", cit., pág. 968.

[22] "Acerca de las obligaciones...", cit., págs. 267 y ss. En cuanto al Proyecto de 1998, esta clasificación tiene a través de los artículos 1603, 1604, 1606, 1613 y 1619, implícita consagración. Ello se desprende, por lo pronto, de lo dispuesto en los arts. 1603 y 1604 por cuanto en el primero se conceptualiza a la culpa (actual 512 del código civil) y en el segundo se determinan las reglas para su apreciación (artículos 902 y 909 del mismo cuerpo legal); la clasificación también emerge del artículo 1606, toda vez que alude a la responsabilidad objetiva, aclarando que la conducta diligente del sindicado como responsable no es suficiente para excluirla; finalmente el instituto subyace en los artículos 1613, en cuanto regula el caso fortuito, y 1619 en lo que se refiere a la prueba de los factores de atribución. Pero más concreta y rotundamente se extrae -con una terminología común en la doctrina española- cuando se habla de "actividad" en lugar de "medios", de lo que prescribe el artículo 726, incisos a), b) y c), cuando se refieren, respecto a las obligaciones de hacer cuya prestación puede consistir en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, pero independientemente de su éxito; o en procurar cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia, o en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido (idem, págs. 268-9).

III. La llamada "obligación de seguridad"

III.1. Planteo

Hemos allanado el campo para determinar aquí cuáles son las obligaciones que asume el transportador benévolo, cuál es su entidad.

Por lo pronto, acierta Jorge Alterini al sostener que debe prescindirse de fórmulas abstractas y apriorísticas que tiendan a identificar alguna de las dos clasificaciones con ciertas instituciones en forma particular[23]. Igual consideración nos merece la observación formulada por Bueres en cuanto a que la tarea de incardinar deberes en una u otra de las referidas categorías es problema de axiología, un quehacer intelectual, y los cambios que en la materia puedan producirse con el correr del tiempo no producen ninguna inseguridad jurídica[24]. Veamos.

La Corte de Casación francesa en 1911 "descubrió" –no queden dudas de la ironía– una obligación de seguridad en el contrato de transporte oneroso de personas, la que en el plano doctrinario fue atacada fuertemente por entenderse que no integra expresa ni implícitamente el contenido del contrato de transporte, adquiriendo de tal manera alcances que las partes jamás previeron[25]. La evolución jurisprudencial y doctrinaria en Francia y en nuestro medio –tan influenciado por el pensamiento jurídico galo– ha concluido por concebir la obligación del transportador a título oneroso como una típica obligación de resultado, que consiste en transportar al viajero "sano y salvo" hasta su lugar de destino, una verdadera "obligación de seguridad".

Será una visión retrospectiva la que nos abra camino toda vez que solamente conociendo los orígenes del instituto, sus raíces, el porqué de su concepción, será posible concluir acerca de la existencia y características que reviste en materia de transporte benévolo[26].

[23] Autor citado, ob. cit., pág. 705.

[24] "El incumplimiento..." cit., pág. 103.

[25] A decir de Savatier, se trata de una verdadera ficción legal (*Traité...,* cit., t. I, págs. 176-8, nº 135).

[26] A partir de su nacimiento en materia de responsabilidad del transportista y debido a la fortaleza de su raíz, ha ido extendiéndose hasta alcanzar otros ámbitos, como, por ejemplo, la responsabilidad de los médicos –tanto del idóneo como del centro asistencial– y de otros profesionales como escribanos, arquitectos, etc., de los establecimientos educativos –que alcanza a maestros y directores–, la que se verifica

Se sabe que el origen de la obligación de seguridad se encuentra en la legislación francesa de fines del siglo XIX sobre accidentes de trabajo[27] aunque su pleno desarrollo se debe a la jurisprudencia del mismo país. La problemática detonante se dio precisamente en materia de transporte de pasajeros, donde el criterio jurisprudencial había sido el de considerar la responsabilidad del transportista como extracontractual o delictual. Hasta 1911, ante la ausencia de textos legales, se fundamentó la responsabilidad del porteador fuera del ámbito contractual al rechazarse la aplicación del artículo 1784 del código Napoleón, aplicándole al transportista exclusivamente las reglas de responsabilidad civil extracontractual de los artículos 1382 y ss. del mismo cuerpo legal. La siguiente fase data de un giro de la *Cour de Cassation* que reconoció la existencia de la obligación de seguridad dentro del contrato de transporte. A partir de tal punto de "lanzamiento", la jurisprudencia estableció que la misma era, incluso, de resultado.

El nuevo enfoque jurisprudencial se realizó con el fin de dispensar a la víctima de la difícil prueba de la culpa del transportista. En términos más generales, se ha dicho que la institución nació como un recurso técnico para plasmar un cambio de valoraciones frente a circunstancias de hecho igualmente cambiantes y a un mundo con más riesgos, al que se le enfrentó un concepto de contrato con más contenido que el meramente aparente y literal[28].

---

en materia de espectáculos públicos sobre los organizadores, la del hotelero, incluso la responsabilidad en materia laboral, etc. (ver Fernando Alfredo Ubiría y Federico Eribe, "La obligación de seguridad. Su concepción actual en doctrina y jurisprudecia", *Conceptos*, septiembre-diciembre de 2002, año 77, nº 3).

[27] Jorge A. Mayo, "Sobre las denominadas obligaciones de seguridad", *La Ley,* 1984-B, pág. 949.

[28] H. Acciarri, "La obligación tácita de seguridad", en *Instituciones de Derecho Privado. Problemas y propuestas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pág 319. A decir de Gabriel Stiglitz, es producto del transito de los principios de la responsabilidad extracontractual, mas precisamente del *neminem laedere*, a la órbita contractual ("El deber de seguridad en la responsabilidad por productos elaborados", *La Ley,* t. 1995-D, pág. 19). Sin embargo, cabe advertir que la tácita obligación de seguridad presenta características bien distintas a las de aquel principio, toda vez que en este no existe una obligación previa, siendo su violación la que genera la obligación resarcitoria, mientras que cuando es el instituto en análisis el fundamento de la responsabilidad, el deber reparador encuentra justamente origen en esa obligación de seguridad previamente asumida por el deudor, pero no cumplida.

El criterio fue luego ampliado a otras especies de contratos, produciéndose lo que Josserand denominó "inflación obligacional"[29] al incorporarse a la esfera del contrato deberes que anteriormente se consideraban ubicados fuera de su marco específico. Como ha dicho algún autor –creemos que acertadamente– este ensanchamiento, junto con otras mutaciones sustanciales, es el resultado de la tendencia hacia el favorecimiento de las indemnizaciones[30].

Es la respuesta de la sociedad ante la proliferación de los daños, la reacción del Derecho frente a una "sociedad de masas"[31]. Mientras que el hombre en la antigüedad se limitaba a atribuir la producción de ciertos perjuicios a la fatalidad o a la desgracia, el "hombre moderno" se propuso –cada vez con mayor énfasis– la búsqueda de alguien que reparase, la búsqueda de un responsable, naciendo de tal empresa las más diversas soluciones, entre ellas este instituto.

La elasticidad o versatilidad es uno de los rasgos más notorios de la obligación de seguridad, ello así por cuanto logra "acomodarse" a distintos tipos contractuales para llenar lo que era una "zona gris" al tratarse de supuestos en los que no resulta sencillo determinar si la obligación cuya inejecución causa un perjuicio a uno de los contratantes es o no una obligación nacida del contrato que los une.

En suma, queda en claro que el Derecho de daños acude rápidamente al amparo de ciertos sujetos, en detrimento de otros, en el fenómeno llamado –muchas veces sin propiedad[32]– "accidentes de

[29] Josserand, *Derecho civil*, trad. Santiago Cunchillos y Manterola, Bosch, Buenos Aires, 1950, t. I, vol. II, pág. 372.

[30] Luis Díez Picazo, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, pág. 235 y ss.

[31] Ciertamente no se trata del concepto de "hombre masa" descripto por José Ortega y Gasset en su genial obra *La rebelión de las masas* (Hispanoamérica Ediciones Argentinas, Buenos Aires, 1984). Allí, el hombre "masa" es el hombre "medio", el ser humano mediocre y vulgar que no se valora a sí mismo -en bien o en mal- por razones especiales, sino que se siente "como todo el mundo" y, sin embargo, no se angustia, se siente a sabor al sentirse idéntico a los demás. El hombre-masa de Ortega elige su situación amorfa y fungible de hombre - número. La expresión "sociedad de masas" utilizada en nuestro trabajo, por el contrario, importa una realidad y un enfoque bien distintos: al ser humano del siglo XX la realidad de su contorno se le "impone", aunque no quiera aceptarla, lo que acontece por mayúscula que sea la excelencia del individuo (passim).

[32] Mosset Iturraspe, "Accidentes de tránsito. Las víctimas. Legitimación activa. El peatón. El dueño de la cosa dañada. El poseedor. Grupo familiar. Convivientes.

tránsito". Los privilegiados son, por un lado, los peatones[33], y por otro, los transportados, aunque resulta necesario practicar algunas disquisiciones entre estos últimos que, dado el limitado carácter de este trabajo, no podemos realizar aquí[34].

En fin, esta figura fue concebida gracias a un cambio de "enfoque" cuyo objetivo era beneficiar al pasajero del transporte oneroso, ello enmarcado en la creciente tendencia al favorecimiento de las indemnizaciones. Se trató de una cuestión de estricta política legislativa y está muy claro el porqué de la dirección que tomó el Derecho.

Desde esta perspectiva, al calor de esta filosofía jurídica, se logró ensanchar el contenido prestacional del transportador oneroso. Será menester entonces recurrir al análisis axiológico jurídico –que efectuaremos fundamentalmente en los últimos dos capítulos de esta investigación– para concluir que los caracteres diferenciales que tipifican al transporte benévolo requieren de un cambio de perspectiva, un enfoque parcialmente diferente.

III.2. Su aplicación al transporte benévolo

Afinaremos ahora los conceptos, dirigiéndolos hacia el punto que más nos interesa.

Luego del referido turbulento comienzo histórico, desde hace largo tiempo ya que la obligación de seguridad encuentra fructífera y pacífica aplicación en materia de transporte oneroso[35].

Por lo pronto el artículo 184 del código de comercio establece que "en caso de muerte o lesión de un viajero, acaecida durante el trans-

---

Los herederos como legitimados activos", en *Revista de Derecho de Daños,* nº 1, Santa Fe, 1998, Rubinzal Culzoni, pág. 192.

[33] Vaya como ejemplo la presunción normada en su favor por el 3° párrafo del artículo 64 de la ley de tránsito nº 24449 que establece: "El peatón goza del beneficio de la duda y presunciones en su favor, en tanto no incurra en graves violaciones a las reglas del tránsito".

[34] Para profundizar, ver Fernando Ubiría, *Responsabilidad por daños derivados del transporte benévolo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pág. 65 y ss. y pág. 345 y ss.

[35] Giovanna Visintini, *Tratado de la responsabilidad civil*, traducido por Aída Kemelmajer de Carlucci, Buenos Aires, Astrea, 1999, págs. 115-6; Luis Diez-Picazo, ob. cit., págs. 245 y ss, particularmente págs. 250-2.

porte en ferrocarril, la empresa estará obligada al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios, no obstante cualquier pacto en contrario, a menos que pruebe que el accidente provino de fuerza mayor o sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable", y la amplia interpretación que de esta norma efectúa la jurisprudencia la ha convertido en una verdadera piedra angular del sistema.

En efecto, en reiteradas oportunidades nuestro más alto tribunal sostuvo que el transportista asume una verdadera obligación de seguridad de llevar sano y salvo al pasajero hasta su destino, por lo tanto cualquier inconveniente que éste sufra configura, en principio, un incumplimiento de la prestación debida y da origen a su responsabilidad a menos que demuestre alguna eximente[36], y los tribunales inferiores siguen la misma directriz.

Pues bien, tanto en el transporte benévolo como en el oneroso se conduce a alguien o se lleva algo hacia un lugar determinado. ¿Puede válidamente practicarse diferencias en esta materia? Entendemos que sí, porque así lo requiere la recta interpretación de los hechos, y ninguna sorpresa debería causar el hecho de que similar facticidad merezca del Derecho distinta solución cuando así lo requiere su justa ponderación[37]. Como observan Agoglia, Boragina y Meza, cabe asig-

[36] "Chaves, Mario Fabián c/ Provincia de Tucumán S/ ds. y ps.", del 10 de octubre de 2000 (*Fallos* t. 323-3 2000, pág. 2930 y ss.). Igual criterio ya lo había aplicado en autos "Ma. del Carmen Santamarina c/ Ferocarriles Argentinos s/ daños y perjuicios" del 13 de noviembre de 1991 al decidir que "la obligación de seguridad del transportador en materia ferroviaria impone adoptar medidas conducentes para evitar que puedan perpetrarse hechos delictuosos durante el viaje".

[37] Así, por ejemplo, se entiende que si bien la entrega de una cosa es una obligación de resultado, hay cavilaciones cuando está involucrada la obligación de conservar dicho objeto, pues en supuesto semejante se supone que está implicado una actividad diligente. En Francia, por ejemplo, en materia de locación de cosas el inquilino está obligado a restituir el bien, y si no lo hace sólo queda liberado si prueba un caso fortuito (artículo 1730 del *Code*); pero en lo referente a la conservación de la cosa –deber que de infringirse se enlaza con aquel deber restitutorio-, el inquilino está sujeto a una obligación de medios, con la particularidad de que la culpa se presume *iuris tantum*, y por ello cabe la prueba de la ausencia de culpa (artículo 1732); asimismo, el depositario, quien también debe restituir, tiene una obligación de medios *reenforcée* (artículos 1927 y 1928), pues se le exige una diligencia calificada, y el comodatario, por su parte, asume una obligación de medios ordinaria (Bueres, "El incumplimien-

nar a la obligación de seguridad un campo de actuación que excede a los negocios caracterizados por un programa de prestación riesgosa, ello así por cuanto, genéricamente, todo deudor de una obligación contractual compromete, independientemente de las particularidades que ostente la prestación principal planificada, una obligación anexa de no dañar los restantes bienes del *accipiens*[38].

Desde hace casi un siglo que el transporte de complacencia ha despertado el interés de los juristas, y en cada caso se han puesto de manifiesto sus diferencias con el transporte oneroso, mayormente en procura de que se responsabilice al transportador benévolo -como su mismo nombre lo sugiere- benévolamente. Precisamente el camino contrario se ha recorrido en materia de transporte oneroso, ya que –como señalábamos– es un claro ejemplo de concreción de las tendencias que se inclinan por ampliar la fuerza vinculante de la obligación, la hasta ayer obligación de medios del porteador, es hoy obligación de resultado.

Como observa Josserand, el legislador se ha distinguido en términos generales por inmiscuirse en la vida de la convención, y en el caso del transporte oneroso, lo ha hecho con el fin de acudir en ayuda del transportado, a quien él considera como el más débil, el más digno de atención. No puede decirse que esta política sea condenable de manera general e indistinta, ya que todo depende del fin que se persiga y de las aplicaciones que de ellas se hagan[39]. Por lo tanto, la cuestión decisiva la marca el análisis axiológico, pues él es el que permite elegir el criterio adecuado a Derecho.

Como anticipáramos, estamos de acuerdo con Jorge Alterini en que debe prescindirse de fórmulas abstractas y apriorísticas que tiendan a identificar alguna de las dos clasificaciones con ciertas instituciones en forma particular. Cabe tener presente en forma particular el alcance de lo que las partes pudieran haber pactado, resultando vá-

---

to....", cit., págs. 105-6). En cada caso es debida la entrega de la cosa previa conservación de la misma y el elemento decisivo que viene a justificar distinto tratamiento normativo reside en la onerosidad.

[38] Ob. cit., págs. 133-4.

[39] Ob. cit., págs. 285-7.

[40] Ob. cit., pág. 705.

lido también el criterio de la gratuidad para no encontrar obligaciones de resultado en los servicios que se prestan por amistad[40]. Sin referirse el autor específicamente al transporte benévolo, no vemos manera de no encontrarlo allí.

La existencia de la cláusula de incolumidad en el transporte oneroso resulta, salvo hipótesis marginales, aceptable. Ello se debe a que las más de las veces se tratará de un servicio público, reglamentado y supervisado por el Estado; generalmente será explotado en la forma de empresa, lo que trae aparejado connotaciones de profesionalidad y especialización. Por fin, la existencia de una contraprestación, que constituye el pago del transporte y que está concebida en función del resultado a alcanzar, afianza la idea de que ese resultado de incolumidad debe serle asegurado como prestación específica a cargo del transportador[41].

Por un simple razonamiento comparativo, resulta claro que una garantía concebida en estos términos no se halla presente en el transporte benévolo propiamente dicho[42], lo que no quiere decir que el transportado graciosamente otorgue una "carta en blanco" para que el conductor haga lo que quiera con su vida, o que su vida valga menos por el hecho de viajar gratuitamente[43]. Sin duda, el transportador se obliga a un comportamiento diligente, pero no resulta ajustado a la realidad que al beneficiario del servicio gratuito se le garantiza un resultado –la incolumidad–, que el conductor benévolo ni siquiera puede asegurarse a sí mismo cuando ambos salen a afrontar la vorágine del tránsito[44]. La obligación de seguridad puede tener un funda-

[41] Bianchi, ob. cit., pág. 836.

[42] Adviértase que nosotros no decimos que no exista, tal como entiende Bianchi. Por el contrario, consideramos que existe y hacemos hincapié en las particularidades de su contenido en la especie.

[43] Cfr. Sagarna, *Responsabilidad civil por el transporte terrestre de personas*, Buenos Aires., Depalma, 1997, pág. 38.

[44] Bianchi, ob. cit., pág. 836. Según Antonio Cammarota, el viaje gratuito impide invocar la protección del artículo 184 del código de comercio, pero si el pasajero carece de este derecho, no se le puede negar el de imputar al conductor negligencia o falta de diligencia adecuada. Su conducta estaría sometida a la norma general del artículo 1109 ("La cuestión del transporte gratuito (benévolo o amistoso)", *La Ley,* t. 40, pág. 1001) Sin efectuar mayores precisiones, sostiene que el deber de conducir sano y salvo en el caso del transporte benévolo tiene un contenido ético (idem, pág. 1002).

mento de corte subjetivo u objetivo con base en la buena fe, y ello dependerá del contenido del contrato, de sus particularidades.

Según el artículo 625 del código civil, el deudor de una obligación de hacer debe cumplir la prestación "...del modo en que fue intención de las partes que el hecho se ejecutara". Entendemos que la responsabilidad que le sigue, consecuentemente, encuentra en dicha intención o voluntad común su "marco", su límite, y es también en tal intención o voluntad donde se plantea una de las diferencias sustanciales con el transporte oneroso. En nuestro caso se realiza la conducción en beneficio ajeno, y esta voluntad determina la naturaleza graciable del acto; no puede por ello ser apreciada de la misma forma que cualquier otra responsabilidad, sino moderada en consonancia con las condiciones especialísimas que rodean su origen.

Investigando la intención de las partes se verá que el transportador no ha pensado ni ha querido asumir obligaciones iguales a las que impone el transporte por precio, y que el viajero –o mejor dicho, "acompañante"– tampoco ha pensado, al aceptar el servicio, exigir a su favorecedor un compromiso idéntico al del conductor profesional: por lo tanto, la graduación de la culpa deberá hacerse por analogía con el mandato y el depósito gratuito, figuras estas que son las que más se aproximan a la que se discute, no en su facticidad desde luego, sino en la contemplación que merecen del Derecho[45].

Con acierto observa Salerno que el amplio campo contractual requiere de una aplicación permanente del principio de la buena fe, el que se afianza en la hermenéutica para indagar la intención o voluntad de las partes[46], y este tema no es la excepción. Si preguntáramos a los transportados benévolamente qué esperan de quien los

[45] No son pocos los autores que defienden la tesis extracontractualista y descalifican esta "asociación", a nuestro entender, equivocadamente. Así Brebbia, por ejemplo, rechaza la asimilación al mandato –o al depósito en caso de tratarse de mercaderías- por cuanto considera que el presunto mandatario, o sea el conductor, no realiza ningún acto jurídico por cuenta del seudo mandante – viajero al conducirlo (*Problemática jurídica. Responsabilidad extracontractual por los accidentes de automotores*, Buenos Aires, Astrea, 1982, pág. 339). Por lo dicho, el yerro reside en relacionar facticidades y no el tratamiento que ellas merecen y reciben del Derecho.

[46] Marcelo Urbano Salerno, *Derecho civil profundizado*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pág. 158

lleva, sin duda nos dirían que cuidado en el manejo y previsión en cuanto al estado del vehículo, de modo tal que a lo que se consideran con derecho es a una "conducta" previsora y diligente del conductor[47]. La buena fe se convierte en un instrumento de moderación del eventual rigor de la responsabilidad contractual[48].

Recordemos que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado es relativa, pues una misma obligación puede ser de una u otra, según resulte de la voluntad de las partes[49]. ¿Bastará entonces que en la ejecución de un transporte benévolo acaezca un daño para inferir que esa conducta ha sido culposa?: sin duda que no, el daño que pueda sufrir el pasajero es un elemento puramente objetivo, que por sí solo no comprometerá la responsabilidad del conductor, en tanto no se lo relacione causalmente con una conducta culpable de éste.

De esta forma, respetando la realidad de los hechos, queda configurada la responsabilidad del transportador como de medios. En consecuencia, será carga del transportado probar, ante el hecho del daño, que aquél ha incumplido su obligación, conduciendo con culpa o negligencia. Sólo entonces procederá la acción indemnizatoria[50]. Sentido común y Derecho van de la mano.

III.3. La buena fe en la materia

Como hemos dicho, la obligación de seguridad integra el plexo del contrato del transporte benévolo, y ello deriva del deber de buena fe que se encuentra consagrado en el artículo 1198, 1º párrafo del código civil, norma epicéntrica en la materia cuya potencialidad ha permitido el desarrollo del instituto en análisis y en definitiva, como señalara *supra*, "instaura la honestidad en el terreno jurídico"[51].

[47] Bianchi, ob. cit., pág. 836.

[48] En la misma medida en que la buena fe limita el poder de exigir que tiene el acreedor sobre el deudor en todos los casos en que la prestación del primero sea desleal o incorrecta, en esa misma medida se limita el ámbito de lo debido por el deudor, y por consiguiente se aumentan las posibilidades de liberación de éste (Jordano Fraga, ob. cit., pág. 141).

[49] Idem, pág. 174.

[50] Bianchi, ob. cit., pág. 837.

[51] Salerno, *Derecho civil profundizado,* cit., pág. 155.

La función integradora de la buena fe crea al lado de las obligaciones expresamente asumidas por las partes los deberes de protección, completando el plexo contractual con aquellas conductas que son necesarias para que el acreedor pueda alcanzar acabadamente las expectativas tenidas en miras al contratar[52]. La buena fe contractual es un patrón que obliga no sólo a los efectos que han sido objeto de expresa convención, sino también a las consecuencias necesarias derivadas de aquellas. Una de las funciones de este principio cardinal, es la de "creación jurídica", es decir, se le reconoce un "poder jurigenético", en el sentido de que, dentro de ciertos límites, suple la forma deficiente de un acto, u otorga al mismo efectos diferentes[53].

Ahora bien, ¿qué es lo que informa el principio de buena fe en el caso del contrato de transporte benévolo?.

Sabemos que las partes nada han estipulado, con virtualidad jurídica, más allá del efectivo traslado en ejecución. Por lo tanto, el artículo 1198 del código civil desplegará todos los efectos que su dinámica interpretación permita para averiguar si la buena fe, los usos o la ley han de completar o no el contenido del contrato con más obligaciones de las que surgen, y en su caso precisará su alcance[54].

[52] Similar criterio sostuvo hace pocos años la Sala C de la Cámara Nacional Civil ("Muccillo de Sotil Ana María c/ FATSA s/ daños y perjuicios", del 11 de abril de 2002) al resolver que "según el artículo 1137 del código civil, contrato es lo resultante del acuerdo de partes sobre una declaración de voluntad común. Con ello se persigue lograr objetivos prácticos o empíricos y atender intereses o necesidades de las partes, por lo que cuando corresponde invocarlo o interpretarlo debe estarse a la finalidad del negocio jurídico de que se trate atendiendo al sentido y comportamiento común y general de los contratantes sin desconocer circunstancias de hecho y costumbres propias del medio en el que aquel se desarrolla y conforma. Son precisamente, tuitivos al respecto, las precisiones del artículo 1198 del código civil en cuanto hace referencia a lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, según insitas pautas de la buena fe que debe presidir todo negocio jurídico"; *Gaceta de Paz* del 17 de julio de 2002, págs. 2 y ss.

[53] Agoglia, Boragina y Meza, ob. cit., págs. 129-30.

[54] Ya el artículo 1198 en su anterior redacción disponía que "los contratos obligan no solo a lo que esté formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidos en ellos". Interesante doctrina es la que sienta el Proyecto de 1998 que nos trae dos normas:

- el artículo 966 establece que "las partes deben actuar de buena fe durante la celebración y ejecución del contrato";

El fundamento lógico normativo de la inclusión de la obligación de seguridad en el campo contractual se encuentra en la buena fe[55], pero por cierto que no se trata de un principio que apareje las mismas consecuencias cualquiera sea el "tipo" contractual, dependerá de la facticidad a la que es llamado a integrar o no, a nutrir, determinando su alcance en cada caso. La buena fe es un concepto extenso y vago, por lo que corresponde siempre su precisión, por lo que en la materia debe revestir los contornos que se ajustan a las especiales características del contrato de transporte benévolo. Queremos significar con ello que la buena fe no se valora abstractamente, "en el aire", sino en su conexión con un criterio de verosimilitud que impone tomar en cuenta las circunstancias del contrato[56].

Como bien observa el español Jordano Fraga, se trata de un modo de conducta que funcionaliza las posiciones de exigencia y sujeción, en modo que los intereses de las partes se compatibilicen armónicamente[57]. Por ello, no puede afirmarse seriamente que la buena fe que preside el comportamiento de los sujetos contratantes integra el plexo obligacional –su continente– exactamente de la misma manera que en el transporte oneroso, nutriéndolo de igual forma. De allí la "elasticidad" de la buena fe, la que se presenta como una fórmula elástica en la que caben todas las exigencias de lealtad y corrección y que admite toda suerte de adaptaciones a las concretas circunstancias de cada caso[58]. En tal contexto, sería absurdo pensar que el transportador cortés compromete un resultado.

• según el 967 "el contrato obliga con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, incluyendo a las consecuencias virtualmente comprendidas en él, conforme a su naturaleza, a las negociaciones previas, a la conducta ulterior de las partes, a las prácticas establecidas entre ellas, a los usos si no han sido excluidos expresamente, y a la equidad, teniendo en cuenta la finalidad del acto y las expectativas justificadas de la otra parte...".

[55] Visintini, *Tratado de la responsabilidad civil*, trad. Aída Kemelmajer de Carlucci, Buenos Aires, Astrea, 1999, t. I, pág. 119.

[56] López de Zavalía, *Teoría de los contratos*, t. 4, Parte especial (3), Buenos Aires, Zavalía, 1993, t. I, págs. 264-5.

[57] Autor citado, ob. cit., pág. 136.

[58] Se convierte en un instrumento de moderación del eventual rigor de la responsabilidad contractual (idem, págs. 138-41).

Cabe reiterar aquí dos importantes conceptos: por un lado, la tarea de incardinar deberes en una categoría obligacional o en otra es un problema axiológico que compete a la doctrina y a la jurisprudencia, un quehacer intelectual; el cambio que pueda producirse con el correr del tiempo no produce ninguna inseguridad jurídica[59]; por otro, la gratuidad autoriza a no presumir una obligación de resultado en los servicios que se prestan por amistad[60].

Como hemos explicado suficientemente antes de ahora, los sujetos entran en relación en un contexto jurídico y social que se sustenta en el *animus benefacendi* (lo que hemos calificado como "acto *supererogativo*"[61]) es decir, el transportador amistoso practica el traslado motivado por su espíritu solidario, anudando así su relación con el transportado. En nuestro tema, la obligación de conducir al acompañante "sano y salvo" integra el contenido prestacional bajo otros parámetros respecto al transporte oneroso, con menor rigor.

La buena fe no resulta integradora de deberes del mismo tenor, sino que lo nutrirá a medida, delineando con precisión el verdadero contenido de la prestación que debe satisfacer el transportador a favor del beneficiario. Así lo impone la recta interpretación de los hechos[62], pretender lo contrario es divorciar al Derecho de los fenómenos que es llamado a contemplar. Alinear al transporte benévolo con el

[59] Bueres, "El incumplimiento de la obligación...", ob. cit., pág. 103.

[60] Jorge Alterini, ob. cit., pág. 705.

[61] Fernando Ubiría, *Responsabilidad por daños...,* cit., pág. 423 y ss.

[62] Dijimos ya que la distinción de obligaciones de medios y de resultado es relativa, pues una misma obligación puede ser de una u otra, según resulte de la voluntad de las partes (Jordano Fraga, ob. cit., pág. 174). Ahora bien, el mismo autor ibérico es claro al sostener que la diligencia es un criterio de responsabilidad en relación a una prestación ya determinada, presupone un contenido ya fijado. De modo que mientras la diligencia se refiere a la medida del esfuerzo del deudor, a la conformidad de su comportamiento con aquél que es debido, la buena fe se refiere a la propia -y previa- determinación de lo debido -fijación del límite de lo exigible del deudor- El juicio de buena fe se refiere a las circunstancias del contrato, para determinar cuál es el límite del sacrificio debido por el deudor a tenor de una recta apreciación de la economía singular del contrato. El juicio de responsabilidad opera en un momento posterior, una vez verificada la relevancia de las circunstancias creadas para la economía singular del contrato; y su virtualidad consiste en el análisis de la eventual conexión de aquellas circunstancias con la conducta del deudor -o con su esfera de riesgo- para, en caso afirmativo, hacerlo responsable (idem, pág. 149).

oneroso obedece solo a factores económicosy reconoce como origen a la soberbia utilitarista que ha inundado el llamado Derecho de daños, pero así se obtiene es un sistema hermético, insuficiente, un equilibrio solo aparente, falso o ficticio, alejado del sentido común y de la realidad.

Considerar al transporte de complacencia como una obligación de medios resulta simplemente una derivación coherente de la operación interpretativa de su facticidad, porque –como dijéramos más de una vez– incardinar la figura en una categoría obligacional es un problema valorativo o axiológico. Si esa no es la tarea de los juristas y magistrados, ¿cuál sería?, ¿acaso la de aplicar de forma mecánica un Derecho construido a base de fórmulas matemáticas inmutables?...[63]. Nuestra ciencia jurídica, el Derecho, ciencia social, tiene como norte la justicia, hacia ella se dirige y en ella se realiza, y al menos en esta materia dicho fin se logra en la medida que la realidad sea interpretada sin distorsiones.

IV. Precisiones finales

Sentado lo expuesto, el transportador benévolo asume una verdadera obligación de seguridad para con su acompañante. Ahora precisaremos su alcance.

Hemos explicado las razones por las cuales la obligación del transportador amistoso es de medios y también que sobre él pesa una verdadera obligación de seguridad, lo que no podría ser de otra manera encontrándose la integridad física de su acompañante a su cuidado. No se plantea entonces ninguna diferencia que autorice a sostener que la vida del transportado amistosamente "vale menos" que la de aquél que paga por el traslado. Todo transportador debe velar por la salud de quien lo acompaña ya que en cada caso debe siempre conservar el dominio de su rodado.

[63] Bueres, "El incumplimiento de la obligación...", ob. cit., pág. 103. El insigne jurista resalta que una misma obligación ha sido emplazada en una u otra especie: la del médico en las operaciones de cirugía estética, o la asumida por quien proporciona un telesquí, que en un tiempo fue caracterizada por la jurisprudencia francesa como obligación de medios, luego como obligación de resultado y más adelante, nuevamente como obligación de medios (ibid).

Como adelantábamos en el acápite anterior, la obligación de seguridad con base en la buena fe contractual puede tener un fundamento de corte subjetivo u objetivo. De conformidad al contenido del contrato de transporte benévolo –contenido que conforma la "medida" del pago a satisfacer por el deudor– un elemental criterio de razonabilidad –embebido por cierto en la filosofía del actual Derecho de daños– indica que en la especie el transportador benévolo ha asumido una obligación de seguridad de carácter subjetivo. Este criterio de razonabilidad debe presidir a la hora de juzgar la liberación.

Por lo tanto, el acreedor tiene una legítima expectativa de seguridad en el traslado del que resulta beneficiado, expectativa que a tenor de los caracteres tipificantes de la *fattispecie* se adecua a sus parámetros.

La adopción de esta postura acarrea como principal consecuencia la de poner a cargo del acreedor la actividad probatoria, debiendo acreditar –a fin de ser resarcido– la culpa del deudor como causa productora de la lesión cuya indemnización persigue, y por cierto que determinada la responsabilidad del transportador benévolo dañador, es cuestión distinta la atinente al *quantum* indemnizatorio que deberá afrontar, la que podrá ser reducida equitativamente de acuerdo al prudente arbitrio judicial y teniendo en cuenta las características de cada caso.

En esta materia es menester "hacer base" en una facticidad determinante: el criterio de diferenciación entre una y otra especie de obligaciones está dado por el *alea* de cada contrato[64]: cuando la integridad de la persona del acreedor o de sus bienes es "demasiado" aleatoria, dependiendo poco de la exclusiva diligencia del deudor, la obligación de seguridad debe ser entendida como de medios, mientras que en aquellos casos en que lo normal es que un mínimo de cuidado o bien el cuidado necesario aunque sea serio es capaz de llevar al resultado esperado, la obligación de seguridad es de resultado[65].

Como decíamos, es mayoritaria la tesis que enrola la obligación de seguridad dentro de las obligaciones de resultado. Sin embargo,

[64] Es también el criterio de Jordano Fraga (ob. cit., pág. 174).

[65] En igual sentido se ha expedido la Sala H de la Cámara Nacional en lo Civil., *in re* "Ramella, Claudia Inés c/ Club Atlético Obras Sanitarias de la Nación s/ daños y perjuicios" del 14 de diciembre de 1995, Secretaría de Jurisprudencia de la CNCIv., sum. n° 7454.

luego de un auge en este sentido, la tendencia más moderna enrola en la categoría de obligaciones de seguridad de medios a relaciones jurídicas que antes habían sido incluidas en aquella otra[66]. En suma, este es el camino que entendemos acertado en materia de transporte de complacencia[67].

[66] Atilio Alterini, Oscar Ameal y Roberto López Cabana, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 2° ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pág. 761.

[67] Esta es también la postura adoptada por el Proyecto de 1998, el cual dedica dos artículos específicos:

- artículo 1668: "obligación tácita de seguridad. Quien realiza una actividad, se sirve u obtiene provecho de ella, tiene a su cargo la obligación tácita de seguridad: a) si de la actividad, o de un servicio prestado en razón de ella, puede resultar un daño a las personas que participan de la actividad o reciben el servicio, o a sus bienes; b) si, además, puede prevenir ese daño de manera más fácil o económica que si lo hace el damnificado";
- artículo 1669: "Liberación de la obligación tácita de seguridad. Salvo disposición legal o estipulación de partes, quien está sujeto a la obligación tácita de seguridad se libera si prueba haber actuado con diligencia, a cuyo fin debe haber adoptado las medidas de prevención razonablemente adecuadas".

Contrariamente a lo que acontece en las obligaciones de fines, con esta normativa el *solvens* sólo compromete un actuar prudente, lo que significa adoptar las medidas de seguridad adecuadas en cada caso, más ningún resultado concreto. El factor de atribución de responsabilidad es en estos casos subjetivo, toda vez que el deudor de una obligación de seguridad se libera si se acredita que actuó con diligencia. A decir de Acciarri, el Proyecto define una forma particular de culpa, que escapa a la prevista por el artículo 512 del código de Vélez y que toma en cuenta la relación entre la prevención adoptada y la posibilidad de prevención (diferencial entre la víctima y el dañador). Sin embargo, no obstante enrolar al instituto dentro de las obligaciones de medios, modifica el sistema propio de este tipo de obligaciones en lo que a la carga de la prueba se refiere, toda vez que demostrado el incumplimiento por parte del acreedor se presume la culpa del deudor, pesando sobre éste último la prueba liberatoria. Aparece claro entonces que si bien en el Proyecto la obligación de seguridad consiste en una obligación de pura diligencia en lo que hace al factor de atribución de responsabilidad, en lo relativo a la carga de la prueba se asemeja al régimen que rige para las de fines, teniendo –por supuesto– un campo de liberación mucho más amplio que en éstas últimas toda vez que no debe necesariamente acreditar la causa ajena, sino que le bastará la prueba de que obró con diligencia (aut. cit., ob. cit., pág. 319).

EL *CORPUS IURIS CANONICI*: UNA INTRODUCCIÓN A SU HISTORIA A LA LUZ DE LA RECIENTE BIBLIOGRAFÍA*

THOMAS DUVE

I. Introducción

En las últimas dos décadas, nuestros conocimientos sobre la historia del *corpus iuris canonici* han sido enriquecidos por importantes aportes, algunos muy novedosos, que todavía no han tenido mayor eco en la literatura introductoria a la historia del derecho. Esto se debe a factores como la relativa escasez de literatura actualizada en materia de historia del derecho canónico –por el momento, el libro más reciente que brinda información sobre el *corpus iuris canonici* es la versión alemana de la introducción húngara a las fuentes del derecho canónico, del Cardenal Peter Erdö[1]– y a cierta marginalización tradicional de la historia

* El texto tiene su base en el artículo 'corpus iuris canonici', escrito por el autor durante una estancia en el *Leopold-Wenger-Institut* y el *Stephan Kuttner Institute of Medieval Canon Law* en la Universidad de Munich, Alemania, en enero de 2006, para ser publicado en la *Encyclopedia of Legal History*, editado por Oxford University Press, New York (previsto para 2007). El autor agradece a las dos instituciones por la hospitalidad brindada.

[1] Peter Erdö, *Die Quellen des Kirchenrechts. Eine geschichtliche Einführung*, Frankfurt/Main 2002. En lo que atañe a la historia del derecho canónico en general, cabe destacar las siguientes obras de los últimos años que contienen secciones sobre las fuentes y el *corpus iuris canonici*: James Brundage, *Medieval Canon Law. An Introduction,* London-New York, 1995; Peter Erdö, *Introducción a la historia de la ciencia canónica*, traducción al castellano de María Delia Alonso y Sergio Dubrowsky, Buenos Aires, 1993; Carlo Fantappiè, *Introduzione storica al diritto canonico*, Bologna, 1999; Brian Ferme, *Introducción a la Historia de las Fuentes del Derecho Canónico. Primer Milenio. Traducción por Nelson C. Dellaferrera*, Buenos Aires, 2006; Jean Gaudemet, *Église et cité. Histoire du droit canonique*, Paris, 1994; Richard H. Helmholz, *The Spirit of Classical Canon Law*, Athens/London, 1996; Luciano Musselli,

del derecho canónico dentro del panorama de la historia del derecho. También influye el hecho que la canonística histórica es una disciplina que reúne a un núcleo comparativamente chico de científicos de distintas ramas –canonistas, historiadores, historiadores del derecho –y de varios países, que publican los resultados de sus trabajos en sus respectivos idiomas y en medios especializados, que, por diversos motivos, no siempre son de fácil acceso para el interesado no-especialista[2].

Esta situación, hasta cierto punto nada más que un ejemplo de cómo funciona la comunidad científica en la investigación conjunta sobre asuntos de cierta complejidad, no deja de ser lamentable, considerando la gran importancia de la historia del derecho canónico, no solamente para el derecho canónico mismo, sino para el derecho civil (en el sentido de derecho secular) y para toda la cultura jurídica occidental. Dicha importancia ha sido subestimada por mucho tiempo por varios factores, entre ellos la concentración de la disciplina en la his-

---

Storia del Diritto Canonico, Torino, 1992; Kenneth Pennington, *A short History of Canon Law from Apostolic Times to 1917*, http://faculty.cua.edu/pennington/Canon%20Law/ShortHistoryCanonLaw.htm; Carlos Salinas Araneda, "Una aproximación al Derecho Canónico en perspectiva histórica", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* [Valparaíso/Chile] 18 (1996), 289-360. También es útil la breve introducción de Antonio García y García/ Francisco Javier Andrés, "Introducción: Juristas Medievales", en: Rafael Domingo (ed.), *Juristas Universales, I, Juristas antiguos*, Pamplona, 2004, 241-301. Por supuesto, sigue siendo obra de referencia obligada la coleccion francesa, especialmente los tomos Gabriel Le Bras/Charles Lefebvre/ Jacqueline Rambaud, *L' age classique 1140-1378*, Paris, 1965 (= Histoire du Droit et des Institutions de l' Église en Occident, VII); Paul Ourliac/Henri Gilles, *La période post-classique* (1378-1500), I, Paris, 1971 (= *Histoire du Droit et des Institutions de l' Église en Occident*, XIII, vol. I); Charles Lefebvre/Marcel Pacaut/ Laurent Chevailler, *L' Epoque Moderne* (1563-1789), Paris, 1976 (= Histoire du Droit et des Institutions de l' Église en Occident, XVI); René Epp/ Charles Lefebvre/René Metz, *Le droit et les institutions de l'Église catholique latine de la fin du XVIIIe siècle a 1978*, Paris, 1981 (= Histoire du Droit et des Institutions de l' Église en Occident, XV, vol. I) y el trabajo de Antonio García y García, *Historia del Derecho Canónico, I, Primer Milenio*, Salamanca, 1967.

[2] Acerca de la historia de la disciplina y del papel fundamental que tiene la cooperación internacional en ella existe un resumen – escrito en alemán y publicado en Polonia – del presidente de lo que puede ser considerado el centro de investigación y coordinación de estudios internacionales, el *Stephan Kuttner Institute of Medieval Canon Law* en la Universidad de Munich, Peter Landau, "Die internationale Zusammenarbeit in der Forschung der Historischen Kanonistik", en: Bronsiław Zubert (comp.), *Canon Law. A Basic Collection. A Współczesne Prawo Kanoniczne*, Sympozja 37-2000, Opole, 2000, 71-85.

toria política y la historia de la dogmática del derecho civil. A esto se sumaba el espíritu decimonónico, época fundacional para las ciencias históricas, y, al mismo tiempo, caracterizada por una cierta distancia hacía todo lo eclesiástico.

Sin embargo, ya desde hace algún tiempo, el significado histórico del derecho canónico ha sido redescubierto, aun fuera de los círculos de los cultivadores de esta disciplina. Esto se demuestra en aportes en las revistas de historia del derecho, donde se destaca el papel fundamental del derecho canónico para la formación de la cultura jurídica europea[3] y se hace patente en obras de tanta trascendencia y repercusión como las de Harold J. Berman, *Law and Revolution. The formation of the Western Legal Tradition* (1983), traducida al castellano en 1996,[4] y, de Paolo Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra scienza e diritto* (2000)[5], por nombrar solamente dos de los más sugerentes –y discutidos– trabajos de las ultimas décadas. También se plasma en la importancia que obras conjuntas dan a autores canonistas como, por ejemplo, la reciente historia biográfica jurídica, editada en España, *Juristas Universales*[6], o en los exitosos trabajos dedicados a *La Europa del Derecho Común*, que tratan de

[3] Por ejemplo, Paolo Grossi, "Diritto Canónico e Cultura Giuridica", *Quaderni Fiorentini* 32, 2003, 373-389; Remedios Morán Martín, "El *ius commune* como antecedente jurídico de la Unión Europea", *Cuadernos de Historia del Derecho* [Universidad Complutense] 12 (2005), 99-123. Acerca de la importancia de la historia del derecho canónico para la teología Peter Erdö, "Die Forschung der Geschichte des kanonischen Rechts: ein Dialog zwischen Theologie und Rechtsgeschichte", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung* 91 (2005), 1-16.

[4] Harold J.Berman, *Law and Revolution. The formation of the Western Legal Tradition,* Cambridge, 1983; versión española: *La formación de la tradición jurídica del occidente*, México, 1996. El libro de Berman ha sido completado recientemente por otro estudio, en el que se resalta la importancia del derecho canónico para la historia del derecho en la temprana edad moderna: *Law and Revolution II. The impact of the Protestant Reformation on the Western Legal Tradition*, Cambridge, 2003.

[5] Paolo Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra scienza e diritto*, Bologna 2000.

[6] Rafael Domingo (ed.), *Juristas Universales* […], op. cit.; Antonio García y García, "Derecho romano-canónico medieval en la península ibérica", en Javier Alvarado (comp.), *Historia de la literatura jurídica en la España del antiguo régimen*, I, Madrid, 2000, 79-132.

mostrar las raíces comunes del derecho europeo y enfatizan el papel del derecho canónico en este proceso de homogeneización[7].

No obstante, no es fácil disponer de información actualizada, y escrita en forma introductoria, acerca de las principales fuentes de este derecho canónico, lo que se hace especialmente necesario, dada la importancia que el nuevo plan de estudios de la Facultad de Derecho de la UCA asigna a materias como *Historia de la Cultura*, *Historia del Derecho* y *Formación del pensamiento jurídico-político* y, en concordancia con la misión de la Universidad Católica, al aporte cristiano en esta historia[8].

Es por eso que pareció útil ofrecer en estas páginas una introducción a la historia del *corpus iuris canonici* en la que se intenta integrar, especialmente, los resultados de los estudios recientes, en la debida brevedad, sin aspirar a brindar información completa sobre la vasta literatura básica a todos los aspectos mencionados[9].

Para una mejor comprensión, el trabajo se iniciará con una introducción al significado histórico del *corpus iuris canonici* y a su carácter como obra compuesta y continuará con una síntesis de la historia de sus distintas partes. Y como la historia del *corpus iuris canonici* no termina con su conformación como tal, se agregará una parte acerca de la historia de la colección en la temprana edad moderna, es decir, a partir del siglo XVI que, a su vez, contiene un cierto balance de lo expuesto.

II. El *corpus iuris canonici* – una obra compuesta en siglos y su significado

Como es sabido, se denomina *corpus iuris canonici* al conjunto de seis colecciones que datan de la época del derecho canónico clásico –

[7] Véase, por ejemplo, Manlio Bellomo, *La Europa del Derecho Común,* Roma, 1996; Raoul C. Van Caenegem, *European Law in the Past and the Present*, Cambridge, 2002; Antonio Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europea. Síntesis de un Milenio*, edición al cuidado de Antonio Serrano González, Madrid, 2002.

[8] Véase en este contexto Zenon Cardenal Grocholewski, "Universidad Católica: ¡Sé lo que debes ser! Identidad y misión de la Universidad Católica", *Prudentia iuris* 60 (2005), 9-26.

[9] Para más referencias véase la bibliografía en nota 1. Hay más información sobre bibliografía, revistas e instituciones que se ocupan del derecho canónico disponible en la página www.historia-iuris.com.ar.

es decir, del siglo XII hasta la primera mitad del siglo XIV – o que contienen fuentes de derecho de esta época: el *Decretum Gratiani* (II.1.), el *Liber Extra* (II.2.), el *Liber Sextus* (II.3.), los *Clementinae* (II.4.), los *Extravagantes Johannis* XXII y los *Extravagantes communes* (II.5.).

La combinación de estas distintas partes en una unidad data de épocas tardías: recién en los años 1500-1503/1505, con una exitosa edición de las colecciones que luego iban a ser conocidas como *corpus iuris canonici*, preparada por un editor de textos jurídicos llamado Johannes Chappuis, se establece la combinación de los distintos textos y luego su denominación como tal.

La significación de este conjunto, especialmente de los primeros cuatro libros, para la formación de la cultura jurídica occidental solamente puede ser comparada con la importancia del *corpus iuris civilis*[10]. A partir del siglo XII, difícilmente puede pensarse la historia de la recepción, transformación y desarrollo de las normas contenidas en uno de los cuerpos sin considerar las del otro[11]. Desde la época del derecho canónico clásico hasta el siglo XVIII, ambas masas de textos normativos han sido consideradas complementarias[12]. Aunque parezca difícil imaginarlo desde el mundo del siglo XXI, hay que tener presente que, durante la mayor parte de la historia del derecho del segundo milenio, ningún jurista de cierta profesionalidad podía ejercer su oficio sin manejar las dos ramas del derecho. "El buen Iurista ha de saber entrambos Derechos: porque son como vn par de guantes, que el vno sin el otro es de poco prouecho: no basta saber el

[10] Véase el panorama en Carlos Larrainzar, "Las raíces canónicas de la cultura jurídica occidental", *Ius Canonicum* XLI (2001), 13-34; Sara Acuña Guirola / Rocio Domínguez Bartolomé, *Influencia de las Instituciones canónicas en la conformación del orden jurídico civil a través de la historia*, Cádiz 2000; José Maldonado, "Significación histórica del Derecho canónico", *Ius Canonicum* 9 (1969), 5-99.

[11] Véase para este aspecto Bellomo, *La Europa* […], op. cit., especialmente 81ss.; más específicamente Peter Landau, "Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien", en: Heinrich Scholler (ed.), *Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien*, Baden-Baden, 1996, 23-47.

[12] Véase acerca de la relación entre el *ius canonicum* y el *ius civile* en la historia del derecho privado moderno Udo Wolter, *Ius canonicum in iure civili. Studien zur Rechtsquellenlehre in der neueren Privatrechtsgeschichte*, Köln et al., 1975.

Derecho Ciuil para ser perfecto Iurista, es preciso, que sepa tambien el Canonico", escribe –aún en el año 1612– Francisco Bermúdez de Pedraza en su *Arte Legal para estudiar la jurisprudencia*[13]. Y en el centro de este derecho canónico se hallaban las fuentes recopiladas en el *corpus iuris canonici*.

Como colección autoritativa de la tradición del derecho canónico desde sus inicios en la antigüedad tardía (en el caso del *Decretum Gratiani,* II.1.) y de la creación del derecho nuevo, el *ius novum*, a partir de la segunda mitad del siglo XII (en el caso de las otras colecciones II.2. -II.5.), el contenido y la forma de organización de las partes del *corpus iuris canonici*, especialmente de los primeros tres libros, han llegado a constituir, junto con el *corpus iuris civilis,* el principal tesoro de material normativo y –tal vez más importante– punto de referencia y factor de integración de la naciente ciencia jurídica europea y de la pertinente cultura jurídica. Para entender la racionalidad jurídica occidental, la forma en la cual hemos construido nuestro derecho, cómo han evolucionado nuestras instituciones y categorías, es imprescindible ocuparse de estos objetos de estudio principales de los juristas medievales y de sus sucesores en la temprana edad moderna. No basta mirar la época de los profundos cambios, entre el siglo XVII y XVIII, que iban a prefigurar el sistema de la modernidad[14]. Además, cabe destacar que la investigación de las últimas décadas ha puesto de relieve la importancia del derecho canónico también para el *common law*, haciendo hincapié en la gran interdependencia creada por el derecho canónico, entre el derecho europeo del continente y el del mundo anglo-sajón, aparentemente tan alejados[15].

[13] Francisco Bermúdez de Pedraza, *Arte Legal para estudiar la jurisprudencia*, Salamanca 1612 (reimp. Madrid 1992), 59 (numeración equivocada en la edición: 33).

[14] En este punto insisten, con buenas razones, las obras de Prodi, *Storia* […], *op. cit*.; Berman, *Law and Revolution* […], op. cit.; Bellomo, *La Europa* […], op. cit.; Van Caenegem, *European Law* […], *op. cit*.

[15] Véase para la influencia del derecho canónico en el derecho anglo-americano, entre otros trabajos, el estudio de Javier Martínez Torrón, *Derecho angloamericano y derecho canónico: las raíces canónicas del "common law",* Madrid, 1991 y la obra fundamental de Richard H. Helmholz, *The Oxford History of the Laws of England, I, The Canon Law and Ecclesiastical Jurisdiction from 597 to the 1640s*, Oxford, 2004.

Sin perjuicio de esta importancia fuera del mundo de la Iglesia, para la Iglesia misma el *corpus iuris canonici* resumía una gran parte –no todo por cierto, como ha sido resaltado últimamente, haciendo hincapié en las notables lagunas en la temática del *corpus iuris canonici*[16] – del derecho canónico universal hasta la promulgación del *Codex Iuris Canonici* en 1917, a su vez reemplazado por el *Codex Iuris Canonici* de 1983. Incluso estas dos codificaciones están selladas por esta tradición, y es por eso que la historia del *corpus iuris canonici* aún tiene relevancia para el ejercicio de la canonística.

Lo que puede sorprender es que también para las iglesias protestantes las normas contenidas en el *corpus iuris canonici* han sido, a pesar de la fuerte polémica de algunos protestantes contra el derecho canónico, el fundamento de su derecho y, en no pocos casos, siguen siendo aplicables como derecho consuetudinario subsidiario hasta hoy en día[17]. Esto no solamente puede explicar, junto con otros factores, por qué una gran parte de los más importantes estudiosos de la historia del derecho canónico eran científicos protestantes –tal como es el caso de los editores de las ediciones críticas posteriores a la *Editio Romana*, Justus Henning Böhmer, Emil Ludwig Richter, Emil Friedberg, o de autores importantes como Richard Dove, Paul Hinschius, Ulrich Stutz– o se habían apartado de la Iglesia romana, como fue el caso de Johann Friedrich von Schulte[18]. La gran relevancia del *cor-*

[16] Véase Christoph Meyer, "Die Erfassung und Gestaltung des hochmittelalterlichen Kirchenrechts im Spiegel von Texten, Begriffen und Institutionen", en: Bernd Schneidmüller / Stefan Weinfurter (comp.), *Ordnungskonfigurationen im Hohen Mittelalter*, Stuttgart, 2006, 303-411, 399-406.

[17] Véase especialmente John Witte, *Law and Protestantism*, Cambridge, 2002 y los aportes en Richard H. Helmholz, *Canon Law in Protestant Lands*, Berlin, 1992.

[18] Esta escuela ha sido objeto de un estudio reciente, que hace hincapié en la relación entre el método histórico de la escuela histórica del derecho canónico y el llamado "Kulturkampf", el debate sobre las relaciones entre Iglesia y estado en el ultimo tercio del siglo XIX y la polémica alrededor del Concilio Vaticano Primero: Stefan Ruppert, *Kirchenrecht und Kulturkampf. Historische Legitimation, politische Mitwirkung und wissenschaftliche Begleitung durch die Schule Emil Ludwig Richters*, Tübingen, 2002. Acerca de la canonística protestante en el siglo XIX véase también Peter Landau, "Evangelische Kirchenrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert", *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht* 48 (2003), 1-16; idem, "Kirchenrechtliche Zeitschriften im 19. und 20. Jahrhundert", en: Michael Stolleis (comp.), *Juristische Zeitschriften. Die neuen Medien des 18. – 20. Jahrhunderts*, Frankfurt/Main, 1999, 331-378.

pus iuris canonici para las iglesias protestantes y la creciente conciencia de la importancia de la "confesionalización" en la temprana edad moderna para el nacimiento del estado moderno y del derecho de la modernidad[19] también hacen que se esté abriendo una nueva dimensión de investigación sobre la historia del derecho canónico y del uso del *corpus iuris canonici* en esta época[20].

III. Los complementos del *corpus iuris canonici*

1. Decretum Gratiani

La primera parte del *corpus iuris canonici* es el llamado "Decreto de Graciano", originalmente titulado *Concordia Discordantium Canonum,* lo que significa "armonía entre cánones en discordia". Se trata de una colección que nunca ha sido promulgada formalmente y que ha sido confeccionada a partir de los años veinte del siglo XII por un profesor de derecho de Bolonia, y probablemente monje, llamado Graciano. Tenemos muy pocos datos ciertos de él– como sabemos hoy, muchos menos de lo que pensaban las generaciones anteriores[21].

Lo que sí es cierto es que la obra, que pronto iba a llevar su nombre, marca un hito en la historia del derecho canónico, el fin de una época y el inicio de algo nuevo. En el *Decretum Gratiani* se recoge la tradición normativa de la Iglesia del primer milenio empleando un método hasta entonces no aplicado al derecho. La posterior creación

[19] Véase acerca de este concepto por ejemplo Thomas A. Brady Jr., "Confessionalization: The Career of a Concept", en: John M. Headley et al. (comp.), *Confessionalization in Europe, 1555-1700. Essays in Honor and Memeory of Bodo Nischan*, Aldershot, 2004, 1-20; y Heinz Schilling, "Confessionalization: Historical and Scholarly Perspectives of a Comparative and Interdisciplinary Paradigm", op. cit., 21-49.

[20] Véase acerca de esto especialmente la obra de Berman, *Law and Revolution II[…], op. cit*.

[21] Esto ha sido puesto de relieve ya por John T. Noonan Jr., "Gratian Slept Here: The Changing Identity of the Father of Systematic Study of the Canon Law", *Traditio* 35 (1979), 145-172; los avances incorpora el trabajo de Enrique De León, "La biografia di Graziano", in: idem/ Nicolás Álvarez de las Asturias (comp.), *La cultura giuridico-canonica medioevale: Premesse per un dialogo ecumenico,* Milan 2003, 89-107. Véase también la biografía: Enríque De León, *Graciano*, en: *Juristas Universales,* op. cit., I, 314-319.

normativa –tanto los autores, cuya opinión constituía una fuente de derecho, como el papado, que empezaba a ejercer su *ius condendi canones*, es decir su facultad de crear derecho nuevo– lo tomará como punto de partida. De esta forma, el *Decretum Gratiani* es el gran tesoro y, al mismo tiempo, también un filtro de la tradición anterior; es la obra que logra, dentro de un lapso de algunas pocas décadas, establecer un cuerpo de textos autoritativos que iban a constituir el derecho canónico universal de allí en adelante.

En su versión consolidada, probablemente alrededor del año 1145, el *Decretum Gratiani* consta de tres partes: en la primera se encuentran 101 *Distinctiones*, que se ocupan de una teoría general del derecho (Dist. 1-20) y, en primer lugar, de la ordenación y oficios eclesiásticos. La segunda parte contiene 36 *Causae*, es decir casos ficticios, que, a su vez, están subdivididos en complejos temáticos denominados *Quaestiones*; una de estas *Quaestiones,* a su vez, está subdividida en 7 *Distinctiones* y se ocupa de la penitencia. La tercera parte, el llamado *Tractatus de consecratione,* está subdividida en 5 *Distinctiones* que tratan de derecho sacramental y materias conexas, como la liturgia. Dos de las tres partes están acompañadas por las llamadas *Dicta* y *Paleae*, comentarios de Graciano y agregados de su discípulo Paucapalea[22].

¿Por qué tenía una estructura tan heterogénea? Una parte de la respuesta se halla en el proceso de la formación del texto, cuya etapa final encontramos en la edición crítica del siglo XIX que se usa hasta hoy en día, la de Emil Friedberg[23]. Está versión es producto de un proceso de elaboración y formación muy complejo y todavía no esclarecido en su totalidad[24]. Gracias a investigaciones de los últimos años, que han tratado de comparar distintos manuscritos con sus distintas versiones de textos, para intentar establecer cuál podría haber sido el texto original de los manuscritos, o por lo menos cómo podría ser un *stemma*, una suerte de árbol genealógico, parece seguro que en la formación del decreto pueden distinguirse dos etapas: una versión

[22] Para Paucapalea y todas las personas mencionadas puede consultarse la biografía en Domingo, *Juristas Universales*, […], op. cit.

[23] Aemilius Friedberg, *Corpus iuris canonici, I: Decretum Magistri Gratiani*, Lipsiae 1879 (reimp. Graz 1959).

[24] Un resumen actualizado da ahora José Miguel Viejo-Ximénez, "La composición del Decreto de Graciano", *Ius Canonicum* 45 (2005), págs. 431-485.

originalmente más breve, que contenía 1860 capítulos y también los *Dicta*, pero que no contenía la tercera parte, es decir, el *Tractatus de consecratione*, de la cual se conservan cuatro manuscritos; y la versión que se ha impuesto en la posterioridad, con sus más de 3.800 capítulos, y que ha sido terminada alrededor de 1145.

Este resultado es fruto de un trabajo en conjunto de generaciones de investigadores que, con energía y un método casi criminalístico, intentaron establecer relaciones entre los distintos manuscritos repartidos en archivos de todo el mundo y que han sido la base de un trabajo de Anders Winroth[25], un joven autor sueco que hoy enseña en los EE.UU., que significó un avance magistral. Sin embargo, todavía no se ha logrado consenso sobre la posibilidad de relacionar las dos etapas de formación con Graciano como autor, o si la segunda etapa se debe a otro autor o grupo de autores; igualmente, la cuestión de qué manuscrito puede ser considerado el primer texto, el "Ur-Gratian", sigue siendo objeto de intensas discusiones[26]. Cabe agregar que estas investigaciones –más allá de su valor intrínseco como parte de la investigación histórica– no carecen de importancia para nuestra visión de la formación de la cultura jurídica occidental en su totalidad porque, en estas décadas del renacimiento de la ciencia jurídica, aun la diferencia de algunos años puede cambiar nuestra visión, especialmente, sobre las interrelaciones, las mutuas influencias entre el derecho canónico y el derecho secular[27].

En lo que atañe al contenido –es decir, lo que suele llamarse "fuentes materiales" del derecho canónico– en el *Decretum* se recoge, en primer lugar, cánones de concilios de la antigüedad y de la edad media, decretales papales, textos de los padres de la iglesia, la sagrada escritura, textos extraídos de los penitenciarios y derecho romano. Las "fuentes formales" –es decir, las colecciones y manuscritos que han sido utilizados por Graciano y sus posibles colabora-

[25] Anders Winroth, *The Making of Gratians Decretum*, Cambridge, 2000.

[26] Véase Viejo-Ximénez, *La formación* [..], op.cit., y Carlos Larrainzar, "La investigación actual sobre el Decreto de Graciano", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung* 90 (2004), 27-59 y Peter Landau, "Le manuscript florentin du Décret de Gratien. Critique des travaux de Carlos Larrainzar sur Gratien I", *Revue de droit canonique* 51 (2001), págs. 211-231.

[27] Véase, especialmente, Larrainzar, *Las raíces* […], op. cit.

dores– han sido, en primer lugar, colecciones de cánones más antiguas, especialmente la de Anselmo de Lucca, de fin del siglo XI, la colección *Polycarpus*, la llamada "colección en tres libros" de los inicios del siglo XII y la *Collectio Tripartita* y la *Panormia*, ambas de Ivo de Chartes; además, se ha utilizado la obra de San Isidoro de Sevilla y el *Liber de misericordia et iustita* de Algerio de Lieja, de los primeros años del siglo XII. También en lo que atañe al conocimiento de las fuentes se ha podido avanzar mucho en los últimos años[28].

Si bien esta redacción de un texto nuevo sobre la base de otros no es sino la forma tradicional durante toda la historia del derecho del primer milenio[29], lo nuevo del *Decretum* consiste en el tamaño hasta entonces desconocido de la recopilación y, principalmente, en el fin y el método empleados. El tamaño demuestra el deseo de brindar una obra que contiene todo el derecho canónico, y no solamente un fragmento de algunos aspectos importantes, sea para la administración de una diócesis o para un juez delegado, como se hizo antes. Sin embargo, en primer lugar, el *Decretum* se destaca de los trabajos anteriores por el afán, hasta entonces sólo mostrado de manera más embrional en el ámbito jurídico por Algerio de Lieja e Ivo de Chartes, de reunir no solamente los textos más importantes de la materia en cuestión, como lo hacían recopilaciones anteriores seleccionando las más aptas para sus fines, sino de armonizarlas – ordenar, analizar y llegar a una conclusión. Por eso en el *Decretum* se distribuía el material normativo, incluyendo las aparentes contradicciones, de tal manera que ya el ordenamiento exterior iba a contribuir a interpretar las normas y luego a resolver las discrepancias. Esta solución fue he-

[28] Véase acerca de las fuentes de Graciano la colección de los trabajos fundamentales de Peter Landau, *Kanones und Dekretalen*, Goldbach 1997; también Idem, "Gratians unmittelbare Quellen für seine Pseudoisidortexte", en: Wilfried Hartmann/ Gerhard Schmitz (comp.), *Fortschritt durch Fälschungen? Ursprung, Gestalt und Wirkungen der pseudoisidorischen Fälschungen*, Hannover 2002,161-189. Además, el *Liber de misericordia et iustita* ha sido editado desde hace no mucho tiempo, véase Robert Kretzschmar, *Alger von Lüttichs Traktat "De misericordia et iustitia". Ein kanonistischer Konkordanzversuch aus der Zeit des Investiturstreits. Untersuchungen und Edition*, Stuttgart, 1985.

[29] Acerca de la técnica de la compilación véase Neil Hathaway, "Compilatio. From Plagiarism to Compiling", *Viator* 20 (1989), págs. 19-44.

cha explícita en los *dicta*, donde Graciano, después de haber enunciado varios textos de la tradición, agrega breves comentarios como "*En base de estas autoridades se ha mostrado claramente que ...*"[30].

Este afán de crear armonía en el material normativo tan disperso y heterogéneo de la tradición hace que se considere a la obra como el punto de partida de la ciencia del derecho canónico[31]. También demuestra que ella se inserta en el marco del nacimiento de las ciencias del siglo XII[32], en las aulas de las universidades, y agrega otra pista para entender la estructura misma del texto: el *Decretum* fue fruto y medio de enseñanza del derecho, y su forma de exponer y razonar debe ser leído en el horizonte de las formas expositivas de la cultura universitaria de la época[33].

Obviamente, una obra que surgió con este fin didáctico no siempre ha podido satisfacer las expectativas de juristas posteriores, que lo usaron como una suerte de recopilación del derecho canónico vigente con fines pragmáticos –un uso para el cual el texto no fue confeccionado. Sin embargo, el *Decretum* tuvo un gran éxito, que se explica por la sincronía con el crecimiento de las escuelas de derecho; no solamente se lo usaba en las escuelas ya bien establecidas, como eran las italianas, franco-renana y anglo-normandas, sino que también

[30] Por ejemplo, en el *Dictum* después del canon 25 en la quaestio 1 en la causa 16 (= *Dictum post* C. 16, q. 1, c. 25): *His omnibus auctoritatibus perspicue monstratur, monachos posse penitentiam dare, baptizare et cetera sacerdotum officia licite administrare.*

[31] El método de argumentación ha sido analizado recientemente por Luis-Pablo Boza-Puerta, "Graciano y el derecho canónico. De los sistemas de 'auctoritates' a un derecho sabio", *Cuadernos doctorales* [Universidad de Navarra/ Instituto Martín de Azpilcueta] 17 (2000), págs. 211-335.

[32] Algunos de los textos más importantes sobre esta época de Stephan Kuttner –por ejemplo "The Revival of Jurisprudence" y "Harmony from dissonance"– ahora están recopilados en colecciones de sus obras: *Gratian and the Schools of Law*, Aldershot 1983; *The History of ideas and doctrines of canon law in the Middle Ages*, London 1980; *Studies in the History of Medieval Canon Law*, Aldershot, 1990.

[33] Véase acerca de este contexto universitario y el método de enseñanza, el panorama ofrecido por Bellomo, *La Europa* […], op. cit., 123-162 y Boza-Puerta, *Graciano y el derecho canónico* […], op. cit., 233 y ss. Acerca de la técnica de la distinción empleada por los canonistas ahora Christoph Meyer, *Die Distinktionstechnik in der Kanonistik des 12. Jahrhunderts – Ein Beitrag zur Wissenschaftsgeschichte des Hochmittelalters*, Leuven, 2000.

tuvo repercusión en el mundo europeo al norte de los Alpes. En el mundo de habla germana, los canonistas leyeron el *Decretum* en los años 70 del siglo XII, y, como ha sido puesto de relieve en recientes investigaciones, alrededor del año 1200 llegaron manuscritos del *Decretum* a Escandinavia[34]. En estas escuelas de derecho canónico, y en el creciente aparato de administración de justicia de la Iglesia, se usaba el *Decretum* como si hubiese sido una compilación oficial; un estudio reciente, en el libro de homenaje para el gran historiador del derecho canónico Antonio García y García del año 1998, sugiere que el *Decretum* fue usado por el obispo de Siena, en ejercicio de su función de juez delegado, ya en el año 1150[35]. A poco tiempo, la ciencia desarrollaba comentarios acorde al método de la época, orientado en el texto y las autoridades contenidas en él. Frente a este éxito, tal vez han quedado en la sombra los logros de las generaciones anteriores de canonistas; es por eso, y también para nuestra visión del *Decretum* mismo, que son especialmente importantes las investigaciones que se ocupan de la tradición anterior a Graciano[36].

Como glosa -es decir explicación y análisis- orientada en el texto, se estableció como la más importante, entre los varios trabajos que circulaban, la "*glossa ordinaria"* de Juan Teutónico, que fue terminada alrededor del año 1215. A su vez, generaciones subsiguientes de canonistas iban a trabajar sobre ella incorporando las novedades, hasta que la mano de Bartolomé de Brescia (+1258) encontró una forma definitiva, como él mismo destaca en el inicio de la glosa: "*Cuando surgen nuevos casos también se necesitan nuevos remedios, y yo Bartolomaeus Brixiensis, confiado en la magnificencia del creador, he mejorado el aparato del decreto en la medida necesaria, sin sacar nada*

[34] Peter Landau, "The importance of Classical Canon Law in Scandinavia in the 12th and 13th Centuries", in: Ditlev Tamm / Helle Vogt (comp.), *How Nordic are the Nordic Medieval Laws*?, Copenhagen 2005, págs. 24-39.

[35] Paolo Nardi, "Fonti canoniche in una sentenza senese del 1150", *Studia Gratiana* 29 (1998), págs. 661-670.

[36] En este contexto hay que mencionar especialmente una publicación reciente que complementa la obra hasta entonces estándar y única, pero nunca terminada, del alemán Friedrich Maassen, *Geschichte der Quellen und der Literatur des canonischen Rechts im Abendlande* [...], I, Gratz 1870, escrita en lo que parece ser la nueva *lingua franca* de las ciencias históricas: Lotte Kéry, *Canonical Collections of the Early Middle Ages (ca. 400-1140)*, Washington, 1999.

ni atribuyendo a mi mismo glosas que no escribí, sino simplemente tratando de mejorar defectos cuando corrección parecía necesaria, sea porque se ha omitido decretales o se ha acortado a algunas, porque nuevas leyes han cambiado las existentes. Además he arreglado algunas soluciones no incluidas por Juan [= Teutonicus]. Todo esto lo hice para el honor de Dios el todopoderoso y de la Iglesia romana y para el beneficio de todos que estudian el derecho canónico"[37].

Como se ve, el *Decretum* debe ser considerado un "*living text*", un texto en desarrollo, tanto como la doctrina, que también fue considerada fuente de derecho y parte integrante de la normativa escrita y se iba desarrollando sobre este texto en desarrollo[38]. Lo que le dio la autoridad al Decreto fue la propia autoridad que tenían los cánones recogidos en él y el uso del conjunto por la comunidad científica y los juristas –no alguna forma de sanción o promulgación.

La edición crítica que hoy se usa es la de Friedberg, aunque ha sido criticada, por tratarse de un texto que nunca ha existido en esta forma. Friedberg se sirvió de varios manuscritos y confeccionó un texto híbrido, según su idea, lo más cercano a una versión estándar de los manuscritos que circulaban en la época[39]. Se puede acceder en forma gratuita al texto digitalizado de Friedberg[40]. Lamentablemente, no existe ninguna traducción del *Decretum* – ni de los otros libros del *corpus iuris canonici* – salvo de algunas partes, en una obra alemana del siglo XIX[41] y de una muy útil versión inglesa de las *Distinctiones* 1-20[42]; también es muy útil una concordancia de términos usados en el Decreto, publicada en 1990[43].

[37] Glosa *Quoniam* ad Dist. 1.

[38] Algunas de las obras fundamentales de Rudolf Weigand sobre la formación de las glosas fueron publicadas en Rudolf Weigand, *Glossatoren des Dekret Gratians*, Goldbach, 1997.

[39] Ya desde hace más de 50 años, el sumo Pontífice Pío XII recogió estas voces, aunque no dejó de mencionar el mérito de Friedberg: "[…] *Friedbergensis editio, quamvis indubiis laudibus praestet, iam non satisfacit* […]", Pii XII Pont. Max. Allocutio, *Studia Gratiana* I (1952), XXI-XXX, cita en p. XXVII.

[40] URL: http://mdz.bib-bvb.de/digbib/gratian.

[41] Bruno Schilling / Carl Friedrich Ferdinand Sintenis, *Das corpus iuris canonici in seinen wichtigsten und anwendbarsten Theilen* […], Leipzig, 1834.

[42] Augustine Thompson / James Gordley, *The treatise on laws* (Decretum DD. 1-20), Washington, 1993.

[43] Timothy Reuter / Gabriel Silagi, *Wortkonkordanz zum Decretum Gratiani*, 5 vol., München, 1990.

2. Decretales Gregorii IX (Liber Extra)

La segunda parte del *corpus iuris canonici* es una colección de material normativo de los años 1140 hasta 1234 que fue efectuada por encargo del papa Gregorio IX (1227-1241) y enviada a distintos destinatarios, entre ellos a las universidades de París y Bolonia, con un mandato que ordenaba su uso (*Rex pacificus*, 12.9.1234)[44]. Al carecer de una denominación oficial, la colección solía llamarse "Decretales de Gregorio IX" y luego también "*Liber Extra*" porque este libro contenía las decretales que circulaban fuera del *Decretum* (*liber decretalium extra decretum vagantium*); la citación abreviada para esto fue la letra "X" –la afirmación de la autoridad del *Decretum* no podría ser mayor.

Sin embargo, el *Liber Extra* se distingue fundamentalmente del *Decretum*. La mera organización lo demuestra: la colección contiene 1971 capítulos, ordenados en 185 títulos y divididos en cinco libros. La distribución de las materias en los cinco libros frecuentemente ha sido resumida en el verso *iudex – iudicium – clerus – connubium – crimen*, es decir, "juez – juicio – clero – matrimonio – crimen". No obstante, el cuadro es mucho más complejo: el primer libro contiene la teoría sobre las fuentes de derecho, el derecho de elección y de los oficios eclesiásticos acerca de la jurisdicción eclesiástica y las personas relevantes en el juicio; además, contiene normas que atañen el negocio jurídico y formas de solución de conflictos. El segundo libro está destinado a la organización judicial y al derecho procesal. El tercer libro se dedica al derecho de clero, de los beneficios eclesiásticos y contiene normas sobre el testamento, los votos, las órdenes religiosas, la liturgia y los sacramentos. El cuarto libro está destinado al matrimonio mientras que en el quinto se encuentran normas sobre la disciplina eclesiástica y el derecho penal canónico. La obra termina con dos títulos que demuestran una clara orientación en los últimos títulos

[44] Véase acerca del *Liber Extra* el resúmen de la investigación reciente en: Martin Bertram, "Die Dekretalen Gregors IX.: Kompilation oder Kodifikation?", en: Carlo Longo (comp.), *Magister Raimundus. Atti del Convegno per il IV centenario della canonizzazione di san Raimondo de Penyafort (1601-2001)*, Rom, 2002, págs. 61-86. Más detalles acerca de la publicación en Bertram, *op. cit,* 65s. Hay una versión de *Rex pacificus* en la edición de Friedberg: Aemilius Friedberg, *Corpus iuris canonici, II: Decretalium Collectiones*, Lipsiae, 1879 (reimp. Graz 1959), pág. 2 y sigs.

del Digesto (Dig. 50, 16; Dig. 50, 17): sobre la significación de las palabras (*de verborum significatione*) y sobre las reglas del derecho (*de regulis iuris*).

Una diferencia fundamental con el *Decretum Gratiani* consiste en el hecho de que la mayor parte de los textos del *Liber Extra* no se deriva de la tradición antigua y medieval, sino que se trata de "derecho nuevo", *ius novum*, mayoritariamente de las décadas a partir de 1140 hasta 1234[45]. La mayor producción de este *ius novum* se debe a los profundos cambios que la Iglesia vivía en esta época – décadas de la afirmación del primado del sumo Pontífice, del establecimiento de una estructura burocrática, de la creciente actividad jurisdiccional en la curia romana y de algunos "papas juristas", especialmente Inocencio III (1198-1216), quien inició la práctica de legislación a través del uso de decretales[46]. Éstas son contestaciones de la curia papal a preguntas de la feligresía y de los clérigos en asuntos jurídicos o en materia de disciplina de la Iglesia. Esta práctica, aun cuando se remonta a una tradición ya practicada en la antigüedad tardía y durante toda la edad media[47], se estableció como la más importante forma de creación de derecho canónico en la segunda mitad del siglo XII y en todo el siglo XIII. Además, fueron de suma importancia los concilios llevados a cabo en esta época, especialmente el Tercer y el Cuarto Concilio Lateranense de 1179 y 1215, respectivamente[48].

Ya durante las décadas precedentes a la redacción del *Liber Extra*, este *ius novum* fue recopilado en varias colecciones, que también recogían la creación de derecho por los jueces delegados del Papa y las constituciones del Tercer y el Cuarto Concilio Lateranense. Sin

[45] Acerca del *ius novum* existe ahora una muy útil recopilación de los trabajos de Charles Duggan, *Decretals and the Creation of 'New Law' in the Twelfth Century*, Aldershot, 1998.

[46] Este aspecto ha sido resaltado nuevamente por Peter Landau, "Innocenz III. und die Dekretalen seiner Vorgänger", Andrea Sommerlechner (comp.), *Innocenzo III. Urbs et orbis*, Roma, 2003, págs. 175-199.

[47] Acerca de la tradición del uso de las decretales en la temprana edad media contamos con una importante obra que resume los principales resultados de la investigación: Detlev Jasper / Horst Fuhrmann, *Papal Letters in the Early Middle Ages*, Washington D.C., 2001.

[48] En este contexto, cabe destacar la reciente publicación y actualización de varios trabajos fundamentales del editor del Concilio, Antonio García y García, *Historia del Concilio IV Lateranense de 1215*, Salamanca, 2005.

perjuicio de la importancia de los cánones conciliares, debido al gran número de decretales recogidas en estas colecciones las mismas iban a ser llamadas "colecciones de decretales". Originalmente se agregaron en forma de apéndice a los manuscritos del *Decretum;* pronto empezaron a constituir un género de literatura independiente; y, alrededor de 1180, se agregaron en forma sistemática – los autores de las colecciones, por ejemplo, seleccionaron distintas partes de una misma decretal y la distribuyeron en distintos lugares de su colección, de acuerdo con el tema tratado[49].

Entre estas colecciones de decretales se destacan las llamadas "Cinco compilaciones antiguas", las *Quinque compilationes antiquae* (*Compilatio Prima* de Bernardus Papiensis, llamada también *Breviarium extravagantium*, ca. 1188/1190; *Compilatio Secunda* de Johannes Galensis, ca. 1210/1212; *Compilatio Tertia* de Petrus Collivaccinus, publicada con la licencia de Inocencio III., ca. 1209/1210; *Compilatio Quarta* de Johannes Teutonicus, 1216; *Compilatio Quinta* de Tancredus Bononiensis, en cumplimiento de una orden dada por Honorius III., 1226; la forma de citar es: 1 Comp, 2 Comp etc.)[50]. Dos de ellas – la 3 Comp y la 5 Comp – fueron mandadas a las universidades con bula papal. Esto y el hecho de que todas estas colecciones fueron creadas por distinguidos juristas de la época demuestra la íntima conexión entre ciencia y curia – una relación en la cual también se plasmaba una cierta tensión sobre la hegemonía en la creación e interpretación del derecho, especialmente entre Bolonia y Roma, como ha sido recientemente resaltado[51]; Inocencio III se vio

[49] Véase acerca de esto ahora Peter Landau, "Typen von Dekretalensammlungen", en Vincenzo Colli (comp.), *Juristische Buchproduktion im Mittelalter*, Frankfurt/Main, 2002, págs. 269-282. La edición de una de estas colecciones, la *Collectio Francofurtana*, está en vía de publicación, lo que es especialmente importante porque las colecciones son la única fuente de información sobre las decretales con anterioridad al año 1198, fecha en que se inicia la registración de las decretales en la curia papal.

[50] Aemilius Friedberg, *Quinque compilationes antiquae*, Lipsiae, 1882 (reimp. Graz, 1956).

[51] Andreas Thier, "Die päpstlichen Register im Spannungsfeld zwischen Rechtswissenschaft und päpstlicher Normsetzung: Innocenz III. und die Compilatio Tertia", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung* 88 (2002), págs. 44-69.

forzado a destacar, en una decretal del año 1200 dirigida a los canonistas de Bolonia, el principio justinianeo que sostiene que quien legisla también tiene la primacía en la interpretación[52].

Tanto la estructura como el contenido del *Liber Extra* demuestran la influencia de estas compilaciones antiguas: la primera de las colecciones ya contenía la división en cinco títulos, y, salvo un solo canon, todos los cánones de los 151 títulos de esta compilación han sido recogidos en el *Liber Extra.* Otros 29 títulos del *Liber Extra* están tomados de la 2 Comp hasta la 5 Comp; solamente cinco títulos son enteramente nuevos. En lo que atañe el contenido, 90% de todo el material normativo puede encontrarse en las cinco compilaciones antiguas. También la forma de publicación –mandar la colección a las universidades y ordenar el uso tanto en la enseñanza como en el juicio– y los motivos expresados en la bula de publicación del *Liber Extra* se semejan mucho a lo que hicieron los sumos pontífices en el caso de la 3 Comp y la 5 Comp; en el caso de la 5 Comp incluso se ordenaba la publicación, no sólo el uso, que no es el caso en la bula de promulgación del *Liber Extra.* En este sentido, puede afirmarse que el *Liber Extra*, muy novedoso en comparación con el *Decretum*, es de carácter más bien conservador hacia sus predecesores inmediatos, las anteriores compilaciones de decretales.

Sin embargo, estas colecciones contenían una masa tan importante de derecho nuevo que su integración en un cuerpo autoritativo significaba una innovación importantísima del derecho canónico. Además, el *Liber Extra* no se limitaba a recoger este legado, sino que también ofrecía algunas características notables en lo que atañe a la técnica legislativa pues el redactor a quien el papa Gregorio IX encargó el trabajo de redacción, el dominico san Raimundo de Peñaforte (1180-1275), autor de importantes obras canónicas, no se limitó a un reordenamiento del material existente, sino que cambió, en no pocos casos, el texto de las decretales de los sumos pontífices –una práctica inédita de la cual se sirvieron hasta este momento solamente los famosos falsificadores. Es muy probable que sus enmiendas, fuertemente criticadas por algunos – Friedberg escribe de los "*Raymundi peccata"*, de la mutilación de

[52] Decretal de Inocencio III del año 1200, 3 Comp 5.21.4 (X 5.39.31): *Ut igitur, unde ius prodiit, interpretatio tambien procedat* (= August Potthast, *Regesta pontificum Romanorum*, Berlin 1874, 1107). Véase acerca de este problema las referencias en Meyer, *Ordnung* […], pág. 380, nota 280.

decretales, de la recepción de errores de otros y de la incorporación de propios[53]– hayan tenido al menos una de sus motivaciones en los debates de la ciencia canonística[54]. Es por eso que son de fundamental importancia para la historia del *corpus iuris canonici* las recientes ediciones de algunas obras de la canonística de la época que han sido terminadas en las últimas décadas, como la *Summa Colonensis*[55], las *Distinctiones Monacenes*[56], la *Summa* de Honorio[57] y la *Summa Lipsiensis*[58].

San Raimundo de Peñaforte pudo proceder de esta forma -es decir, "mutilar" las decretales e incluso cambiar partes de los textos- porque el sumo Pontífice se lo había ordenado. En la bula *Rex pacificus*, donde se ordena el uso exclusivo de la colección, empleando un lenguaje que imitaba el del emperador Justiniano, el Papa expuso que el motivo para la redacción del *Liber Extra* fue terminar con la confusión originada por el frecuente entrecruzamiento, las contradicciones o, incluso, la longitud de algunos textos y ordenaba tomar las medidas necesarias. Con esto, el sumo Pontífice no procuraba otra cosa que hacerse cargo de las numerosas quejas sobre la gran cantidad de decretales falsificadas y de la inseguridad jurídica resultante. Ya a fines del siglo XII, el canonista Stephanus Tornacensis, obispo de Tournai desde 1192, se quejaba en una carta a la *curia romana* de una *inextricabilis silva decretalium epistolarum*, es decir, de una impenetrable selva de decretales, y más

[53] Friedberg, *Corpus Iuris Canonici, II,* op. cit., XLI; XXV: […] *Etiam ipsius Gregorii IX. decretales mutilavit Raymundus. Falsas canonum inscriptiones quas in compilationibus invenit easdem servavit Raymundus, suisque auxit erroribus, subscriptiones, quae in compilationibus nunquam inveniuntur, nunquam addidit, neque in decretalibus Gregorii IX. apposuit* […].

[54] Hasta el momento hay dos investigaciones ejemplares del problema: Stephan Kuttner, "Raymond of Peñafort as editor: The 'decretales' and 'constitutiones' of Gregory IX", *Bulletin of Medieval Canon Law* 12 (1982), págs. 65-82; Steven Horwitz, "Magistri et magisterium: Saint Raymond of Peñafort and the Gregoriana", *Escritos del Vedat* 7 (1977), págs. 209-238. Horwitz hace especial hincapié en la comunicación entre la ciencia y la curia papal.

[55] Gérard Fransen / Stephan Kuttner (ed.), *´Summa elegantius in iure diuino´, seu Coloniensis*, t. 1-4, Ciudad del Vaticano, 1969, 1978, 1986, 1990.

[56] Rosalba Sorice (ed.), *Distinctiones 'Si mulier eadem hora' seu Monacenses*, Ciudad del Vaticano, 2002.

[57] Rudolf Weigand+, Peter Landau, Waltraud Kozur (ed.), *Magistri Honorii Summa, 'De Iure Canonico Tractaturus'*, T. 1, Ciudad del Vaticano, 2004.

[58] Rudolf Weigand+, Peter Landau, Waltraud Kozur (ed.), *Summa Lipsiensis* [en prensa].

adelante agregaba que una parte de estos textos que circulaban con el nombre de decretales en realidad fueron "[...] *tal vez elaboradas y rápidamente fabricadas por algunos abogados pagados, en los boliches o en sus dormitorios, en nombre de los romanos Pontifices. Sobre este material luego se compone un volumen y este se lee solemnemente en las escuelas y se pone públicamente a la venta* [...]"[59].

San Raimundo hizo uso extenso de esas facultades – según lo que se sabe hoy en día, al carecer de una investigación extensa del asunto – e incorporó innovaciones, especialmente en decretales cuya autoría está adscripta al papa Gregorio IX; se estima que 10% del texto entero fue adaptado o incluso creado durante el trabajo de redacción. Es por eso que Stephan Kuttner, figura fundadora de la moderna disciplina de la historia del derecho canónico, ha constatado "*a major shift towards 'legislation' by statute*"[60]: lo que el profesor de derecho, Graciano, tenía que hacer con sus *dicta*, el redactor encargado por el sumo Pontífice, san Raimundo, lo pudo introducir a través de su misma obra redactora.

Resumiendo lo expuesto, puede decirse que con el *Liber Extra* entró en vigor una colección de cánones cuya mayoría se remontaba a decretales de las últimas décadas, algunas modificadas e incluso creadas en esta ocasión, que dejó sin efecto toda la producción posterior al *Decretum Gratiani*. Sólo en pocos casos se volvió a acudir a los padres de la Iglesia, y los textos conciliares incorporados no son más los de la antigua Iglesia, sino las disposiciones de los grandes concilios preparados por los sumos Pontífices como el Tercer y Cuarto Concilios Lateranenses, con su marcada orientación en aspectos jurídicos y disciplinares. Es una obra que respondía a la necesidad de ordenar la masa de material normativo nuevo, y esta masa es una producción de derecho papal, caracterizado por la actividad jurisdiccional. Esto significa, en comparación con el *Decretum*, un cambio de perspectiva y una importante alza en el contenido específicamente "jurídico". De esta forma, el camino entre el

[59] Carta de Stephanus Tornicensis: "[…] *quas forsitan advocati et conducticii sub nomine Romanorum Pontificium in apothecis sive in cubiculis suis confingunt et conscribunt. Novum volumen ex eis compactum, et in scholis solemniter legitur et in foro venaliter exponitur* […]", en: Jules Desilve (ed.), *Lettres d'Etienne de Tournai*, Valenciennes/Paris, 1893, pág. 394 (ep. 274). Acerca del intento de establecer autoridad papal sobre la creación normativa a través de las escuelas en materia del derecho canónico véase Thier, *Compilatio Tertia,* op.cit.

[60] Kuttner, *Raymond* […], op.cit., 71.

Decretum Gratiani y el *Liber Extra*, con los pasos intermedios de las *Quinque compilationes*, refleja los importantes cambios en la historia de la Iglesia de estas décadas. Además, no se trataba de un texto que fue confeccionado con fines didácticos – no contiene *dicta* ni casos ficticios, los *causae*; estaba concebido como una colección del derecho vigente.

En lo que atañe a la puja entre ciencia y curia respecto de la hegemonía sobre el derecho y la creación del derecho, el *Liber Extra* significa un avance del papado sobre la ciencia. Si desde el pontificado de Inocencio III se usaba las decretales para legislar, con el *Liber Extra* el sumo Pontífice reivindicó su derecho de cambiar la legislación de sus antecesores y, en consecuencia, también prohibió el uso de otras colecciones –intentando, de esta forma, establecer los resultados de la obra redactora como la versión oficial. Por eso, empleando categorías modernas, se trata de una colección parcialmente exclusiva y universal, porque los textos contenidos en la colección tenían vigencia para toda la cristiandad, independientemente de quién haya sido el destinatario de la decretal concreta. Pero no pretendía abarcar toda la materia del derecho canónico, ni aspiraba a que con las normas compuestas fueran a poder solucionarse todos los problemas futuros. En síntesis, se trata de una obra de carácter tradicional hacia el pasado inmediato – que preservó la mayor parte del legado de las *Quinque compilationes antiquae* y mantuvo las formas tradicionales de publicación a través de las universidades– y, al mismo tiempo, con rasgos innovadores que reflejaron las transformaciones en la Iglesia[61].

En lo que atañe a su efecto, el *Liber Extra* tiene el gran mérito de haber incorporado los logros dogmáticos de las primeras generaciones de canonistas y recaudado el derecho nuevo en un solo volumen. La ciencia, hasta este entonces concentrada en el *Decretum*, y con el peligro de dispersarse en la confección de varias colecciones, tuvo un nuevo objeto de análisis y de integración. Además, con el esquema recibido de la 1 Comp, quedaba prefigurada la futura arquitectura del derecho canónico, de cierta forma hasta el siglo XX[62].

[61] Véase acerca de esto con más referencias, Bertram, *Die Dekretalen* […], op. cit., pág. 80 y ss.

[62] Véase acerca de esto Peter Landau, "Schwerpunkte und Entwicklung des klassischen kanonischen Rechts bis zum Ende des 13. Jahrhunderts", en: Martin Bertram (comp.), *Stagnation oder Fortbildung? Aspekte des allgemeinen Kirchenrechts im 14. und 15. Jahrhundert*, Tübingen, 2005, págs. 15-31.

Pocos años después de la promulgación, ya circulaba una gran cantidad de obras científicas, comentarios y glosas al *Liber Extra*. Como *Glossa ordinaria*, es decir la glosa que gozaba de la mayor autoridad, se estableció la de Bernardus Parmensis (+1266). La especial significación del *Liber Extra* también se demuestra en la gran cantidad de manuscritos e incunables, es decir, versiones impresas hasta 1500 que han llegado a nuestra época. Recientes estudios muestran que se han mantenido alrededor de 700 manuscritos de la época de derecho canónico clásico distribuidos por distintos lugares de Europa y más de 2.000 incunables[63]. También existe una versión medieval española de las Decretales[64]. La edición crítica del *Liber Extra* es la de Friedberg, disponible también en forma *online*[65]; además, existe un índice analítico muy útil del año 1980, recientemente reeditado[66].

3. Liber Sextus

La tercera parte del *corpus iuris canonici* es el llamado "Libro sexto", *Liber Sextus*, promulgado como colección exclusiva en el año 1298 por el papa Bonifacio VIII (1294-1303). Otra vez, el título demuestra una cierta continuidad con su predecesor. Con sus 359 capítulos, repartidos en 76 títulos, el *Liber Sextus* es de mucha menor extensión y se concibe a sí mismo como un agregado a los cinco libros del *Liber Extra*. Dentro del mismo *Liber Sextus* también se siguió la sistemática del *Liber Extra*, aunque se ha resaltado recientemente que los primeros manuscritos todavía no demuestran la recepción de la estructura interior[67].

También en lo que atañe a la situación y la motivación de la actividad papal pueden observarse algunas semejanzas con el *Liber Ex-*

[63] Véase acerca de las estadísticas Uwe Neddermeyer, "Juristische Werke auf dem spätmittelalterlichen Buchmarkt. Marktanteil, Buchhandel, Preise und Auflagen", en: Colli, *Buchproduktion […],* op. cit., 633-675.

[64] *Decretales de Gregorio IX, Versión medieval española*, publicada por Jaime M. Mans Puigarnau, I-II, Barcelona, 1942.

[65] El proyecto "Yperliberextra", URL: http://www.lex.unict.it/liber/accedi.asp; tambien hay una versión en la Biblioteca Augustana, http://www.fh-augsburg.de/~harsch/Chronologia/Lspost13/GregoriusIX/gre_0000.html#b.

[66] Francis Germovnik, *Indices ad Corpus iuris canonici*, 2a ed., Ottawa, 2000.

[67] Véase Tilmann Schmidt, "Bucheinteilungen im Liber Sextus Papst Bonifaz' VIII.", en: Mario Ascheri et al. (comp.), *"Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert". Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, Köln et al. 2003, págs. 905-911.

tra[68]: otra vez hacia falta recopilar la producción de derecho nuevo, especialmente las decretales del muy prolífero sumo Pontífice Inocencio IV (1243–1254) y de la actividad conciliar (Concilios de Lyon de 1254 y 1274)[69]. Esta vez, se encargó el trabajo a una comisión de tres cardenales que, al igual que san Raymundo, disponían de colecciones anteriores, de las cuales dos habían sido transmitidas a las universidades y, de esa forma, gozaron de autorización papal. Inocencio IV había publicado sucesivamente 41 decretales y constituciones, Gregorio X (1271-1280) agregaba una compilación de 31 decretales (las llamadas *Novissimae*); luego, se agregaron 5 constituciones de Nicolás III (1277-1280). Casi todas estas normas fueron recogidas en el *Liber Sextus*. Entre las no recogidas se encuentran algunas constituciones de carácter más bien general-abstracto que no fueron enviadas a las universidades sino publicadas de otra forma –una notable innovación y otro paso hacia un concepto nuevo de legislación, como ha sido recientemente notado[70].

La misma tendencia hacia una mayor libertad en establecer reglas generales y no verse atado a las decisiones anteriores se denota en la redacción del *Liber Sextus* mismo. Sabemos, a través de comentarios de algunos autores contemporáneos, que en esta época los juristas se dirigieron a la curia pidiendo una decisión respecto de ciertos problemas, sin que se hubiera tratado de un pedido formalizado para que se otorgue un rescripto; también un análisis comparativo entre las normas recogidas y la forma que han ganado en el *Liber Sextus*

[68] La investigación ha hecho importantes avances a través de las publicaciones de Tilman Schmidt, "Papst Bonifaz VIII. als Gesetzgeber", en: Stanley Chodorow (comp.), *Proceedings of the Eighth International Congress of Medieval Canon Law*, Città del Vaticano, 1992, págs. 227-245; idem, "Die Rezeption des Liber Sextus und der Extravaganten Papst Bonifaz' VIII.", in: Bertram, *Stagnation oder Fortbildung?* 2005, págs. 51-64.

[69] Acerca de la redacción del *Liber Sextus* se han publicado algunas investigaciones muy importantes, como la de Michèle Bégou-Davia, "Le Liber Sextus de Boniface VIII et les extravagantes des papes précédents", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung* 90 (2004), págs. 70-109.

[70] Martin Bertram, "Die Konstitutionen Alexanders IV (1255/56) und Clemens IV (1265/1267). Eine neue Form päpstlicher Gesetzgebung", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung* 88 (2002), págs. 70-109; idem, "Vorbonifazische Extravagantensammlungen", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung* 89 (2003), págs. 285-322.

demuestra importantes cambios en los textos[71]. Además, entre las *regulae iuris* del *Liber Sextus* se encuentra un gran número de *regulae* genuinamente canónicas, que no se hallaban ni entre las reglas contenidas en el *Liber Extra*, ni en la 1 Comp, ni en el Digesto.

También el *Liber Sextus* fue objeto de una intensa obra por parte de la ciencia; como *glosa ordinaria* se estableció la de Juan de Andrés (1270/71-1348), el jurista más grande de su época, con cuya muerte -en el año 1348- tradicionalmente se considera concluida la etapa del derecho canónico clásico.

4. Clementinae

La cuarta parte del *corpus iuris canonici* son las "Decretales de Clemente", *Clementinae* [*epistulae decretales*], promulgadas en el año 1317 por el sumo Pontífice Juan XXII (1316-1334)[72]. En esta colección se recopilan 106 capítulos, repartidos en 52 títulos, de los cuales casi todos se remontan al pontificado del sumo Pontífice Clemente V (1305-1314), en cuyo pontificado se confeccionó la colección, pero quien no pudo promulgarla más, de allí la denominación *Clementinae*. Entre las disposiciones también se encuentran los cánones del concilio de Vienne (1311/1312). La colección se distingue de sus antecesoras por el hecho de no ser exclusiva –una decisión del Papa motivada por el planteo de que algunas constituciones de sus antecesores, como la famosa Bula *Unam Sanctam*, no fueron incluidas en la colección, pero al mismo tiempo no deberían quedar sin efecto. La *glossa ordinaria* también fue hecha por Juan de Andrés; la edición crítica es la de Friedberg.

5. Extravagantes Johannis XXII y Extravagantes communes

Con el nombre *Extravagantes Johannis* XXII y *Extravagantes communes* se denominan dos colecciones que nunca han sido promulgadas formalmente, sino que han sido publicadas junto con las otras partes ya mencionadas en una edición del editor de textos jurídicos de París, Jean Chappuis. Su material data de épocas anteriores.

[71] Schmidt, *Papst Bonifaz VIII.,* […], op. cit.

[72] Acerca de los *Clementinae* véase Jacqueline Tarrant [=Brown], "Constitutiones Clementinae I", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung* 70 (1984), págs. 67-133.

Las *Extravagantes Johannis* XXII son una colección de 20 textos del pontificado de Juan XXII (1316-134), confeccionada ya en el año 1325, y repartida en 14 títulos por el editor francés. Las *Extravagantes communes* no tenían similar antecesor. Se trata de una colección de 68 (en la primera edición de Chappuis, del año 1500) y de 73 textos (en la segunda edición del año 1503), que datan de los pontificados de Bonifacio VIII y Sixto IV (1471-1484), respectivamente. No fue la única colección de decretales de esta época, pero como recientes investigaciones han demostrado, la edición de Chappuis, confeccionada tanto de versiones impresas y manuscritos de colecciones de decretales, parece ser la única que distribuye la materia en cinco títulos[73]. La versión más amplia logró establecerse. Forma parte de la edición de Friedberg, y existe una nueva edición crítica del año 1983[74].

IV. El *corpus iuris canonici* en la temprana edad moderna hasta la codificación de 1917

Resumiendo lo expuesto hasta ahora, puede destacarse que, al entrar a la modernidad, en lo que pronto iba a ser llamado *corpus iuris canonici* se iban a recopilar colecciones de una índole muy diversa: tres colecciones oficiales –*Liber Extra*, *Liber Sextus*, *Clementinae*– y tres colecciones que fueron confeccionadas por iniciativa de un particular –*Decretum Gratiani*, *Extravagantes Johannis* XXII, *Extravagantes communes*.

De las colecciones oficiales, ninguna cuestionaba la vigencia del material recopilado por Graciano, ni abrogaba lo que no había sido incluído en la colección de Graciano. Solamente dos tenían carácter exclusivo respecto de la producción normativa posterior a sus respectivos antecesores: el *Liber Extra* y el *Liber Sextus*, que prohibían el uso de otras colecciones de decretales posteriores a Graciano. Las tres colecciones oficiales, a su vez, se distinguen desde el punto de vista de su extensión y la intensidad de la obra de redacción.

[73] Jacqueline Brown, "The 'Extravagantes communes' and its Medieval Predecessors", en: Jacqueline Brown et al. (ed.), *A Distinct Voice. Medieval Studies in Honor of L.E. Boyle*, Notre Dame, 1997, págs. 374-381.

[74] Jacqueline Tarrant [= Brown], *Extrauagantes Iohannis XXII*, Ciudad del Vaticano, 1983.

De las tres colecciones que se deben a la iniciativa de un particular, una –el *Decretum Gratiani*- contenía textos de la antigüedad y de la edad media de muchísima autoridad y fue, a su vez, usada como una colección de normas, aunque su destino original fue la de un libro de texto para la enseñanza; al mismo tiempo, puede ser considerada "más teológica" y "menos jurídica" que las demás, si se quiere emplear estas categorías.

Cinco de las seis colecciones datan, en su composición y contenido, de la época del derecho canónico clásico, mientras que una es fruto de la redacción de un editor del siglo XVI –si bien el contenido también se remonta a la primera mitad del siglo XIV. La combinación de las obras en un conjunto, finalmente, se debe a este mismo editor, quién publicó, por primera vez en una edición, el *Decretum*, el *Liber Extra*, el *Liber Sextus* y las *Clementinae*, y agregó, en una edición posterior, las *Extravagantes* y las *Extravagantes communes*[75].

Resaltar esta heterogenidad tal vez no solamente sirva para entender la particularidad de las partes del *corpus iuris canonici*, lejos de semejarse a lo que hoy en día se consideraría un "código", sino que también ayude a entender la profunda alteridad de la cultura jurídica que se formaba en torno de estas fuentes del derecho. Obviamente una colección tan dispar, enriquecida por glosas, a su vez producto histórico que creció en el tiempo y tuvo varias capas, ofrecía una gran variedad de posibles interpretaciones. De esta forma, el *corpus iuris canonici* formaba parte de una cultura jurídica, caracterizada como un "conglomerado de normas de origen diverso, eventualmente incompatibles, desprovisto, por otro lado, de un conjunto estable de reglas de competencia, es decir, de reglas que decidan qué norma se debe aplicar en un caso concreto", con sus consecuencias para el *modus operandi* del jurista: "La *poiesis* jurídica era, pues, distinta. Había que anotar, inquirir, sentir, aclarar, rumiar e interpretar órdenes existentes, interiores y exteriores, arriba o debajo de lo humano. Había, con otras palabras, que practicar una hermenéutica ilimitada de Dios, de los hombres y de la naturaleza. Y luego también había que encontrar vías para transformar los resultados de esta hermenéutica en consensos comunitarios"[76].

[75] Acerca de la edición de Chappuis, véase Aldo Adversi, "Saggio di un catalogo delle edizioni del 'Decretum Gratiani' posteriori al secolo XV", *Studia Gratiana* 6 (1959), págs. 281-451, págs. 290-291.

[76] Hespanha, *Cultura Jurídica Europea* [...], op. cit., 104, 97.

Esta situación tampoco cambió con la *Editio Romana* del año 1582. Se trata de la promulgación de un texto oficial auténtico, obligatorio para el uso, publicado con una bula de Gregorio XIII (1572-1585) de fecha 01.07.1580 (*Cum pro munere*)[77]. Esta *Editio Romana*, fruto del trabajo de una comisión de redacción, los llamados *Correctores Romani*, se inserta en un elenco de intentos de establecer autoridad textual y proveer una homogeneización de algunos textos fundamentales de la Iglesia, como el *Catechismus Romanus* (1566), el *Breviarum Romanum* (1568), el *Missale Romanum* (1570), el *Pontificale Romanum* (1596), el *Caeremoniale Episcoporum* (1600) y el *Rituale Romanum* (1614), consecuencia de la reforma de la Iglesia a partir del Concilio de Trento[78]. Varios factores tan complejos como la reforma, la "revolución mediática" –es decir, los cambios a raíz del uso de la imprenta– y también las influencias de corrientes humanistas, con su afán de crítica histórico-filológica, influyeron en la decisión de llevar a cabo esta nueva edición. Por eso, ya en el año 1566, el Papa Pío V (1566-1572) convocó una comisión de cardenales y juristas y les encargó la redacción de un texto auténtico –actividad que fue continuada en el pontificado de Gregorio XIII. Esta tarea no fue sencilla, porque exigía no solamente una sólida crítica histórico-filológica de los textos en base a los manuscritos, sino también un sentido pragmático del jurista, ya que cada enmienda del texto podía significar un cambio en el derecho vigente, formado por los juristas en base a textos tradicionales, en algunos casos aun erróneos[79]. Además, la comisión tenía que respetar la interrelación que se había desarrollado entre el texto y la glosa, a su vez fuente del derecho y punto de partida de desarrollos dogmáticos importantes. El resultado de su

[77] La bula de promulgación está editada en Friedberg, *Corpus Iuris Canonici […], I,* op. cit., LXXX-LXXXII.

[78] Gotfried Maron, "Die nachtridentinische Kodifikationsarbeit in ihrer Bedeutung für die katholische Konfessionalisierung", en: Wolfgang Reinhard et al. (comp.), *Die katholische Konfessionalisierung*, Gütersloh, 1995, págs. 104-124; Hans-Jürgen Becker, "Päpstliche Gesetzgebung und Kodifikationspläne für das kanonische Recht im 15. und 16. Jahrhundert", en: Hartmut Boockmann et al. (ed.), *Recht und Verfassung im Übergang von Mittelalter zur Neuzeit*, t. II, Göttingen, 2001, pág. 277 y ss.

[79] Las directivas de los *Correctores – leges constitutae et observatae in Correctione Decreti D. Gratiani* – forman parte de la edición de Friedberg, *Corpus Iuris Canonici* […], *I,* op. cit., LXXVII-LXXVIII. También estan editados los fundamentos de las decisiones de los *Correctores*: Friedberg, *Corpus Iuris Canonici* […], *I,* op. cit., LXXXII-LXXXVIII.

trabajo es la llamada *Editio Romana*[80]. A partir de 1582 esta versión del texto se estableció como punto de partida para todos los juristas – tanto católicos como protestantes, a pesar de las fuertes críticas que se hicieron al trabajo de los *Correctores Romani*[81].

En muchas ediciones posteriores se incluía, como Apéndice y con autorización papal, otro producto de la ciencia que iba a tener gran impacto en la futura legislación canónica: las *Institutiones Iuris Canonici*, de Giovanni Paolo Lancelotti (1522-1590), de mucha influencia sobre la manualística de los siglos posteriores, incluso la de América latina, y obra a través de la cual entró al derecho canónico la sistemática gayano-justinianea, que iba a tener un gran impacto en el código de 1917[82].

Antes de concluir, cabe preguntarse por qué la Iglesia optó por proponer una versión auténtica del *corpus iuris canonici* – y no una reforma más ambicionada. La respuesta es sencilla. Promulgar una versión auténtica de lo que a través del uso y la tradición se había establecido como derecho vigente, reconocido, en gran parte, también por los protestantes y los estados nacionales, fue lo máximo a que la Iglesia pudo aspirar a lograr en ese momento. El fracasado intento de promulgar un *Liber Septimus* lo demuestra: Si bien a fines del siglo XVI existía un borrador para un código que iba a amoldarse a la estructura del *Liber Extra* y *Sextus* y, por eso, fue denominado *Liber Septimus*, el proyecto nunca fue aprobado, principalmente, como un reciente estudio ha podido demostrar, debido al miedo a que la Iglesia no fuera a ser capaz de establecerlo como derecho canónico universal[83].

En los siglos siguientes, la actividad legislativa de la Iglesia no se detuvo. Se intensificó la legislación de la curia romana así como la le-

---

[80] Sobre la labor de redacción de los *Correctores Romani* da algunas referencias Stephan Kuttner, "Some Roman Manuscripts of Canonical Collections", *Bulletin of Medieval Canon Law* 1 (1971), págs. 7-29.

[81] Por ejemplo, en su edición Friedberg, *Corpus Iuris Canonici* […], *I,* op. cit., LXXXIX-XC y passim.

[82] Véase acerca de esto Italo Merello Arecco, "Recepción de la sistematica gayano-justinianea por parte del código de Derecho Canónico de 1917", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* [Valparaíso, Chile] 16 (1994), págs. 79-86, y Carlos Salinas Araneda, "El primer manual de Derecho Canónico escrito en América Latina después del código de Derecho Canónico de 1917", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* [Valparaíso, Chile] 23 (2001), págs. 443-455.

[83] Elisabeth Dickerhoff-Borello, *Ein Liber Septimus für das Corpus Iuris Canonici: der Versuch einer nachtridentinischen Kompilation*, Köln et al., 2002.

gislación particular, especialmente de índole conciliar, que floreció por un tiempo después de Trento y se reavivó a través del Concilio Vaticano Primero (1869-1870). La creación de derecho por parte del sumo Pontífice se llevaba a cabo mediante el uso de Bulas, Breves y los *litterae apostolicae motu propio datae*, editados en diversas colecciones a partir de fines del siglo XVI. En el siglo XVIII fueron integrados al llamado *Magnum bullarium Romanum*, luego reemplazado por los *Acta ex iis decerpta, quae apud Sanctam Sedem geruntur*, a partir del año 1865 hasta 1908 *Acta Sanctae Sedis*, de 1909 en adelante los *Acta Apostolicae Sedis*, los últimos de carácter oficial. Fue singular la colección oficial de constituciones del insigne canonista Prospero Lambertini durante su pontificado como Benedicto XIV (1740-1758). También se publicaban las decisiones de las congregaciones y de las instituciones que ejercían funciones jurisdiccionales, como, entre otras, la *Sacra Rota Romana*, la *Signatura Apostolica* y la *Cancellaria Apostolica*.

Recién tres siglos después de la promulgación de la *Editio Romana*, en plena edad de la codificación, canonistas y el clero resaltaron la necesidad de actualizar e integrar esta masa normativa, llamada *ius novissimum*, a través de la redacción de un código de derecho canónico exclusivo, universal y sistemático. Entre las varias voces, fueron los obispos napolitanos los más gráficos cuando postularon, en torno del Concilio Vaticano Primero, la confección de un nuevo *corpus* del derecho canónico, proponiendo que la masa del derecho canónico "excede la carga de varios camellos"[84]. La consecuencia de estos postulados iba a ser el código de derecho canónico promulgado con la Bula *Providentissima Mater* del 27 de mayo 1917 que invoca razones no muy distintas a las que motivaron la promulgación de las colecciones medievales[85]. También desde el punto de vista de su contenido, el

[84] Gerhard Schneemann (ed.), *Acta et decreta sacrorum conciliorum recentiorum collectio lacensis*, VII, Friburgi Brisgoviae 1890, col. 825: *Quantum expediat novum Juris Ecclesiastici corpus conficere, quod ingens camelorum onus evasit, ratione Juris novi et novissimi, neminem praeterire arbitramur*.

[85] Bula *Providentissima Mater*, cit. según *código de Derecho Canónico y legislación complementaria. Texto latino y versión castellana* [...], Madrid, 1947, XLI-XLII, cit. XLI y ss.: "[...] Mas, como ya lo advierte muy bien Nuestro Antecesor de feliz memoria Pío X en su Motu proprio "Arduum sane" del 17 de marzo de 1904, cambiadas las circunstancias de los tiempos y las necesidades de los hombres, según lo exige la naturaleza de las cosas, se echó de ver que el Derecho canónico ya

nuevo derecho canónico se mostró fuertemente influenciado por la tradición del *corpus iuris canonici*: el nuevo código "conserva", como dice el canon 6 del código pío-benedictino, "en la mayoría de los casos la disciplina hasta ahora vigente". No obstante, desde el punto de vista de la técnica legislativa, como codificación, el código de 1917 abrió otro capítulo en la historia de las fuentes: el *corpus iuris canonici* pasó a formar parte de la historia del derecho[86].

Sin embargo, esto no significa que tanto la denominación como la experiencia vivida no mantuvieran, como toda historia, una presencia latente en la actualidad. Aún Juan Pablo II, que ha investigado sobre el *Decretum Gratiani* en los años 50[87], en el año 1990 se sirvió de esta denominación para referirse al conjunto de normas vigentes que para él constituían una unidad esencial, un nuevo *corpus iuris canonici*: al *Codex Iuris Canonici* de 1983, al *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* de 1990, el *Codex* para las partes de la Iglesia que siguen el rito oriental, y a la Constitución Apostólica *Pastor bonus* del 28 de junio de 1988[88].

---

no cumplía desembarazadamente y por completo su fin propio. Pues en el transcurso de los siglos se habían dado muchísimas leyes, algunas de las cuales o fueron abrogadas por la autoridad suprema de la Iglesia o cayeron en desuso; y otras se hicieron o difíciles de aplicar por la condición de los tiempos, o a la sazón menos útiles u oportunas para el bien común de todos. Añádase también a esto que las leyes canónicas habían llegado a ser tan numerosas y se hallaban tan desparramadas y dispersas, que muchas de ellas eran desconocidas no sólo del vulgo, sino hasta de las personas muy peritas [...]".

[86] Para una visión conjunta a la historia de la codificación canónica desde esta perspectiva véase Stephan Kuttner, "The Code of Canon Law in Historical Perspective", *The Jurist* 28 (1968), 129-148; Antonio García y García, "Las codificaciones y su impacto en la Iglesia a través de la historia", AAVV, *Temas fundamentales en el Nuevo código. XVIII Semana de Derecho Canónico*, Salamanca, 1984, págs. 35-61 (reeditado en: idem (comp.), *Iglesia, Sociedad y Derecho*, II, Salamanca 1987, págs. 251-277).

[87] Karol Wojtyła, "Le Traité *De poenitentia* de Gratien dans le l'abrégé Gdansk Mar. F. 275", *Studia Gratiana* 7 (1959), págs. 355-390.

[88] P. Juan Pablo II., "Discorso per la presentazione del Codice dei Canoni delle Chiese Orientali ai partecipanti all' VIII Assemblea Ordinaria del Sinodo dei Vescovi, 25 de noviembre 1990", *Communicationes* 22 (1990), 208.

PRIMERAS JORNADAS
DE DERECHO NATURAL

EL DERECHO NATURAL EN LAS SENTENCIAS DEL MAGISTRADO CRISTIANO

Reflexiones de un historiador del derecho en torno de algunos pronunciamientos del Juez Tomás Casares

EZEQUIEL ABÁSOLO

> "Si los juicios de la razón fueran meros pareceres individuales, de una insuperable relatividad; si la medida de ellos estuviera en quien los formula y no en la realidad juzgada; si la distinción de la verdad y el error, por no tener validez objetiva estuviere librada a las opiniones individuales y no las dominara soberanamente, estaríamos confinados en una condición de anárquica arbitrariedad" (Tomás Casares, *La Justicia y el Derecho,* tercera edición).

I. A manera de introducción

Formado en disciplinas centradas en el examen del pasado jurídico, me animo, empero, a participar de este prestigioso encuentro, con el objeto de acercar a los expertos aquí convocados una pequeña porción de ese auténtico tesoro de reflexiones que, para los iusnaturalistas de raigambre católica, ofrece la historia de las experiencias forenses en las que el derecho natural fue puesto en ejercicio. Vale decir, pues, que no pretendo asumir una originalidad de la que carezco, sino, aprovechando un estimulante punto de conexión con el ayer, llamar la atención sobre las enseñanzas que, desde el atalaya del historiador, todavía puede brindarnos un pasado que está más vivo de lo que habitualmente siquiera soñamos. En este sentido, una de

mis pretensiones más importantes es la de contribuir, aunque más no sea en una mínima expresión, a mostrar, mediante la contemplación de sendas transitadas por antiguos operadores jurídicos, algunos de los mecanismos que eventualmente nos permitan superar esa disociación que, no infrecuentemente, cabe advertir entre los juristas católicos, quienes al tiempo de reconocer formalmente la existencia del derecho natural, aducen la imposibilidad de aplicarlo en la práctica forense[1].

Confieso, también, que en este lance me incentiva de manera considerable la convicción de que, en la medida en que la recreación de las experiencias jurídicas del pasado se efectúen de manera creativa, la historia ofrece más de una alternativa para enfrentar los desafíos del presente. Dicho de otra manera, entiendo que en estos momentos, en los que se advierte sobre el quiebre de arraigadas certezas éticas[2] –las mismas que, hasta no hace mucho tiempo atrás, eran tenidas por fundamentales[3]–, y en los que el derecho se debate ante la ausencia de criterios objetivos[4] y ante la desaparición de "toda referencia a valores comunes y a una verdad absoluta para todos"[5], situación que deriva de sostenerse que la verdad es un mero "resultado del consenso y no de la adecuación del intelecto a la realidad objetiva"[6], algunos precedentes pueden brindarnos algo de luz. Así las cosas, aquí vuelvo a ocuparme de la trayectoria judicial de Tomás Darío Casares[7], el más prestigioso filósofo del derecho de origen católico con el que contó la Argentina del siglo XX, quien, a la par de otros distinguidos juristas cristianos de su tiempo, se distinguió por actuar

[1] Para todo esto véase Héctor H.Hernández, "*Veritatis Splendor* y *derecho natural* (el iusnaturalismo de la encíclica y una posición divergente)", en *El Derecho*, t. 161, pág. 1006 y sigs.

[2] Cfr. *Veritatis splendor,* § 53.

[3] Cfr. Joseph Ratzinger, "Temas de debate"; en *La Nación* (Buenos Aires), 14 de mayo de 2005.

[4] Desde la particular perspectiva de la bioética se alude a esta situación en Jorge Nicolás Laferriere, "El derecho ante las nuevas cuestiones de la bioética", en *Prudentia Iuris*, n° 60 (2005).

[5] Véase *Evangelium vitae*, § 20.

[6] Véase *Fides et ratio*, § 56.

[7] Al respecto, cumplo en señalar que, junto con Alberto David Leiva, estudié a este personaje en el libro *El Juez Casares. Un jurista al servicio del bien común*, que publicó en Buenos Aires Educa en 2002, y que, además, en forma individual di a co-

conforme con sus ideales cristianos, teniendo como telón de fondo un entorno sumamente hostil[8].

II. Los pronunciamientos del Juez Casares, o de la coherencia entre la teoría iusnaturalista y el ejercicio de la magistratura

Insobornablemente comprometido con el derecho natural, corresponde subrayar que Casares recurrió a las orientaciones iusnaturalistas mucho antes que ocupase una plaza como ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Vale decir que en una época en la que, lejos de declinar, la hegemonía de la *cultura del código*[9] continuaba sosteniendo, avasalladora, la idea de que el derecho era un producto exclusivo del estado, que encontraba en la ley su única expresión adecuada[10], el juez Casares no dudó en invocar, en solitario, los principios del derecho natural[11].

De este modo, si como filósofo y docente Casares sostuvo que las leyes positivas recibían su sustancia de justicia de los principios de un derecho natural identificado con un "un orden que emerge de la naturaleza de las cosas"[12], y afirmó que si bien "el orden jurídico concreto se identifica[ba] con la ley positiva ... [había] algo antes que ella", vale decir, los "primeros principios de lo justo a los cuales debe la ley subordinarse para ser ley en sentido propio, porque no lo es la ley in-

---

nocer en el t. XXII de la revista *Archivum* (Buenos Aires), correspondiente a 2003, un artículo centrado en "El papel de la jurisprudencia en la concepción de un jurista católico: Tomás D.Casares".

[8] Me ocupo de las ideas y de las actividades desarrolladas entre 1928 y 1956 por los integrantes de este grupo de juristas argentinos, en mi libro, publicado por Educa en 2006, *El derecho de un nuevo orden social cristiano.*

[9] Véase al respecto Víctor Tau Anzoátegui, "La cultura del código". Un debate virtual entre Segovia y Sáez", en *Revista de Historia del Derecho*, n° 26 (1998), pág. 539 y sigs.

[10] Sobre los principios inherentes a la cultura del código, puede verse Luis Díez-Picazo y Ponce de León, "Codificación, descodificación y recodificación", en *Anuario de Derecho Civil* (Madrid), t. 45 (1992), pág. 475 y sigs.

[11] Véase un ejemplo de lo dicho en la sentencia que pronunció en autos "Sociedad de Estancias e Industrias Argentinas (S.A.) contra Clara Kade de Kade", el 12 de agosto de 1937, en *Jurisprudencia Argentina,* t. 68, pág. 130.

[12] Tomás D.Casares, "Sobre la presencia del derecho natural en la creación, la interpretación y la aplicación de la ley"; en *El Derecho*, t. 9 (1964), pág. 959.

justa"[13], en tanto que magistrado judicial también se manifestó coherente con este ideario. En efecto, consecuente con su certeza de que el derecho natural, impulsor de la "finalidad suprema de justicia", constituía el fundamento último del orden jurídico de la Nación[14], desde los estrados tribunalicios afirmó que, a falta de derecho positivo, los jueces debían cumplir con su misión de acuerdo con el "inabrogable derecho natural"[15]. De análoga manera, fundado en la idea de que el articulado de la Constitución Nacional reconocía la preexistencia del derecho natural, el Juez Casares se pronunció por la inconstitucionalidad de las leyes que impusiesen lesiones patrimoniales fundamentalmente injustas[16]. Asimismo, si el autor de *La Justicia y el Derecho* aseguraba que "todo derecho, en cuanto tal, participa del derecho natural, como que es derecho en virtud de esa participación"[17], a la hora de actuar como magistrado, lejos de eludir este tipo de criterios el Juez Casares aseveró que "la autoridad y licitud de todo derecho positivo" provenía "de su conformidad con la justicia, es decir, de su sujeción a los principios del derecho natural que son la expresión de ella"[18].

Por otra parte, no está de más recordar ahora –en estos tiempos, en los que vivimos bajo la férula de un virulento relativismo-, que mientras que en el ejercicio de su actividad como publicista manifestó que la norma que hiciese violencia a los principios inmutables de la Justicia no tenía "autoridad de ley", por más que fuese lo que quisiera la ma-

[13] Tomás D.Casares, *La Justicia y el Derecho*, tercera edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, pág.160.

[14] Voto particular de Tomás Casares en el plenario que las Cámaras Civiles de la Capital pronunciaron el 26 de septiembre de 1940 en autos "Adela Escorihuela de Escorihuela contra Municipalidad de la Capital", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 71, págs. 850 y 851.

[15] Voto en disidencia pronunciado Tomás D.Casares el 2 de abril de 1945 en autos "Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires contra Carlos M. Mayer", en *Fallos,* t. 201, pág. 231.

[16] Voto en disidencia pronunciado por Tomás D.Casares el 7 de febrero de 1952 en autos "Superintendencia General de Irrigación contra Antonia Aradas de Giunta", en *Fallos,* t. 222, pág. 61.

[17] Tomás D.Casares, *La Justicia y el Derecho*, op. cit., pág. 147.

[18] Voto particular de Tomás D.Casares en el plenario que las Cámaras Civiles de la Capital pronunciaron el 26 de septiembre de 1940 en autos "Adela Escorihuela de Escorihuela contra Municipalidad de la Capital", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 71, pág. 851.

yoría o lo que quisieran todos, "pues lo justo y lo injusto, lo bueno y lo malo, análogamente a la verdad y el error, no son lo que decida o prefiera el arbitrio de nadie; [sino que] son lo que son, pura y simplemente, siempre"[19], como integrante del Poder Judicial Casares expresó que a la hora de ponderar la validez esencial de los actos de gobierno los jueces debían atender a "la sujeción de ellos a la justicia y su enderezamiento al bien común", conforme con "las exigencias de un orden justo"[20].

Atento a lo anterior, no sorprende que en su tarea de resguardar "los primeros principios del orden jurídico"[21], Casares, que fue uno de los hombres comprometidos con la fundación de la Universidad Católica Argentina, asegurase que la patria potestad era una autoridad "concedida por el derecho natural y el positivo"[22], abarcativa de un conjunto de obligaciones más que de una pluralidad de facultades[23]. De semejante manera, tampoco llama la atención que actuando como integrante del más importante tribunal de los argentinos, recordase que "el derecho que haya de hacer justicia a la verdadera dignidad humana no será el hijo incondicionado de la libertad, sino el que se conciba y disponga como una cierta potestad para resguardo de lo que hace primordialmente a la dignidad personal, como un estado, condición, o si se quiere, ubicación social que posibilite y favorezca el cumplimiento de los deberes inherentes a esa dignidad y que, al ordenar la convivencia ciudadana al bien común, imagen temporal del bien supremo a que estamos llamados y requisito de todo bien particular oriente la conducta hacia el destino de la inmortalidad y dé con ello plenitud de sentido y valor trascendente a la ardua prueba que es nuestra existencia terrenal"[24].

[19] Fragmentos de las conferencias sobre el Plan de Gobierno sancionado por la ley 14.184, dictadas en la ciudad de Mendoza el 31 de agosto y el 1° de septiembre de 1953, en *Fallos,* t. 226, pág. 528.

[20] Voto en disidencia pronunciado el 2 de abril de 1945 en autos "Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires contra Carlos M.Mayer"; en *Fallos,* t. 201, págs. 281 a 289.

[21] Idem ant.

[22] Voto de Tomás D.Casares, pronunciado el 2 de diciembre de 1942 en autos "Vicente Segarra y otros contra José María Olaondo (sucesión)", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1942-IV, pág. 64.

[23] Cfr. *Jurisprudencia Argentina*, t. 68, pág. 685.

[24] Fragmentos de las conferencias sobre el Plan de Gobierno sancionado por la ley 14.184, dictadas en la ciudad de Mendoza el 31 de agosto y el 1° de septiembre de 1953, en *Fallos,* t. 226, págs. 523 a 568.

III. Algunas reflexiones para nuestro presente a partir de la actuación judicial de Casares

En cuanto al dilema sobre cómo insuflar los principios del iusnaturalismo en la praxis forense, no me caben dudas que la trayectoria de Tomás Casares nos muestra que el camino a seguir es el de una virtuosa coherencia entre los valores asumidos y las conductas cotidianas a ejercer. En este sentido, no se me escapa que no faltará quien pretenda rebatirme asegurando que al Juez Casares le cupo actuar en un contexto bastante diferente del nuestro. Empero, entiendo que este tipo de argumentos antes viene en apoyo de mi postura que de la contraria. En efecto, estoy persuadido que al actual jurista cristiano la disparidad de situaciones lo favorece antes que lo perjudica. ¿O acaso puede pensarse que las categóricas definiciones judiciales de Casares resultaron fácilmente digeribles en una época en la que campeaba en la Argentna el positivismo más descarnado? Por el contrario, mientras que el recordado iusnaturalista debió actuar en un ambiente hostil, ajeno a la tranquilidad más o menos muelle del despacho académico, me parece que, superado el paradigma impulsado en su hora por Montesquieu –según el cual el juez debía limitarse a ser la "boca de la ley"–, el magistrado de nuestros días cuenta con una mayor libertad para actuar de una manera preceptiva y creadora, dirigida a lograr la ansiada resolución justa[25]. De esta manera, por ejemplo, en los tribunales argentinos se ha podido sostener con espíritu iusnaturalista que afianzar la justicia constituye un principio directamente operativo en el orden constitucional argentino[26], y que "el desempeño judicial no se agota con la remisión a la letra de los textos", razón por la cual cabe desechar "la admisión de soluciones notoriamente injustas que no se avienen con el fin, propio de la labor de los jueces, de determinar los principios acertados para el reconocimiento de los derechos de los litigantes en las causas concretas a decidir"[27].

[25] Se alude a la trascendencia de la creatividad de los jueces en Jorge Portela, "La importancia de la equidad" (nota a fallo), en *El Derecho*, t. 149, pág. 668.

[26] Cfr. Héctor H.Hernández, "Sobre interpretación legal y ´derecho natural´ (reflexiones con motivo de un caso judicial)", en *La Ley*, t. 1982-A, pág. 816.

[27] Sentencia dictada el 7 de abril de 1992 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Salomón Monastersky", en *El Derecho*, t. 149, pág. 669.

Por supuesto, cerrando ya este brevísimo ensayo, no dejo de ser consciente que la crisis de la codificación tradicional constituye una manifestación de un fenómeno más amplio, signado por la sustitución de la tiranía del estado por la del relativismo. Consecuentemente, me parece que en la hora presente se impone como particular desafío de los jueces cristianos el contribuir eficazmente a restaurar la legitimidad del orden jurídico positivo a la luz de un baremo axiológico objetivo, a partir del cual se ponga coto a los peligros de una autonomía individual mal entendida que, sin orden ni concierto, amenaza con arrasar toda forma de ordenación social[28].

[28] Sobre los riesgos del relativismo, véase Cardenal Zenón Grocholewski, *Universidad Católica: ¡Se lo que debes ser! Identidad y misión de la Universidad Católica*. Texto disponible en http://www2.uca.edu.ar. También en *Prudentia Iuris* nº 60.

EL LEGISLADOR DIVINO DE *LAS LEYES*

JAVIER H. BARBIERI

I. El Platón de *Las Leyes*

Dijo Nietzche sobre Platón: "Si la tragedia había absorbido en sí todos los géneros de arte precedentes, lo mismo puede decirse, de su lado, del diálogo platónico, que está suspendido en la mitad, entre la narración, la lírica, el drama, la prosa y la poesía, y a la vez, cumple con la ley de la forma lingüística unitaria ... El diálogo platónico fue, por así decirlo, la barca sobre la cual la poesía antigua náufraga, se salvó con todas sus creaturas ... Realmente Platón ha provisto a toda la posteridad el modelo de una forma de arte, el modelo de la novela. Se puede definir como una fábula esópica infinitamente desarrollada, en la que la poesía vive respecto a la filosofía dialéctica en una relación jerárquica similar a aquella en la que por muchos siglos la misma filosofía ha vivido respecto a la teología"; esto es como *ancilla*.

Si en la obra de Platón tuviésemos que escoger un diálogo en el que la filosofía sirve a la teología, ése sería, quizás, *Las Leyes.* Digo *quizás* porque en gran medida, si bien bajo otra fórmula, la de *Bien,* la teología platónica está en la *República.* Escrito póstumo, en cuya redacción, según dicen, sorprendió literalmente la muerte al filósofo, puede concebirse *Las Leyes* como el último capítulo de su indagación acerca de la voluntad divina. La idea que impregna todo el programa filosófico platónico aparece aquí expresamente, si bien está implícita en el resto de su obra: *"Dios es la medida de todas las cosas"*[1].

[1] *Leyes,* 642 A; 715 E; donde utiliza el modo singular para referirse a la persona divina.

Platón no es un escritor espontáneo, sino reflexivo en grado sumo. De manera que su especulación señala etapas. La de *Las Leyes* encuentra un alma impregnada de resignación. Están sus fracasos de Sicilia, las derrotas de Atenas por Esparta y de Esparta por Tebas, y está aún vivo, por la sensibilidad de su alma, el dolor por la muerte del maestro ocasionada injustamente por su patria.

Si como dice Paul Natorp, la filosofía de Platón nació de la energía de su sentimiento del Estado, su actitud final para con la política, su alejamiento definitivo de ella, debió constituir una decisión trágica para su alma[2]. Su renuncia a luchar por la justicia desde el campo político se convierte, según ha dicho Jaeger, en una actitud religiosa. Según palabras del propio Platón, este apartamiento de la política le permitirá "vivir, trabajando en lo suyo, sin acusarse de nada malo, para dejar un día este mundo, al final de la jornada, con la conciencia tranquila, contento y en paz"[3].

II. La polis de *Las Leyes*

El sistema político de *Las Leyes* difiere del de la *República.* La justicia, que en ésta dependía de la prudencia del rey-filósofo, se apoya ahora en *las leyes.* Sabe de sobra Platón que el hombre, cuanto más poder tiene, más inclinado está al pecado de exceso, a la falta de medida y de dominio de sí. "Los hombres fallan; esto está en su naturaleza", escribe en *Las Leyes*[4]. En *La República,* los guardianes eran la "ley viviente", porque eran los videntes del Bien. En *Las Leyes* es el legislador quien, indagando el *logos* divino y las costumbres naturales, asume la tarea de asegurar la justicia. "La ley guía y controla las costumbres", dice en *Leyes* 663 c.

La ley debe tener un fundamento sólido, estable y universal, más allá de la diversidad de costumbres de cada pueblo. Los sofistas habían opuesto *nomos* a *physis,* poniendo de relieve la pluralidad, el relativismo y la diversidad de las leyes locales frente a la estabilidad, fijeza y universalidad de la ley natural. Platón concilia en su programa ambos conceptos. Los legisladores recogen por escrito y sancionan

[2] *República,* 496 C-5; E-2; *Apología,* 31 E; *Carta VII,* 325 B.
[3] *República,* 496 C-5; E-2.
[4] *Leyes* 875 B.

costumbres, observando la *naturaleza* y aplicando a ella la *razón (katá physin* y *katá logon);* en esto consiste su esencia. El *logos* último proviene de Dios, "que es la medida de todas las cosas"[5], mas el camino hacia esa medida divina es *katá physin*[6]. Dios se revela y actúa en el cosmos de la naturaleza, sin equipararse a ella como en el pensamiento estoico; es su medida, es norma de las normas, es la medida de las medidas. Lo divino no se identifica con la unidad-totalidad del mundo. Platón no es panteísta.

La ley positiva es para el filósofo ateniense, *pensamiento razonado que brota del logos verdadero y recto, puesto por escrito y sancionado por el legislador y que, aceptado por el pueblo, se convierte en norma común de la ciudad*[7]. En el *Minos,* que es un diálogo apócrifo pero de contenido puramente platónico, la ley era presentada como un "descubrimiento del ser y de la verdad"[8]. La obediencia a la ley no es otra cosa que la obediencia a Dios[9].

"Un Estado en que la ley depende del capricho del soberano y por sí misma no tiene fuerza -–dice Platón– está, está muy cerca de su ruina. En cambio, donde la ley es señor sobre los señores, y éstos son sus servidores, allí veo florecer la dicha y la prosperidad que los dioses otorgan a los hombres"[10]. La ley tiene como objeto el Bien Común. Por ello el legislador debe atenerse a lo que sucede generalmente y no a lo que acontece de modo excepcional[11].

III. El contenido de *Las Leyes*

El programa de *Las Leyes* es amplio. Comprende la organización política del Estado, su emplazamiento, la población e instituciones, la educación de los ciudadanos, y sus castigos y recompensas. La lectura del diálogo en todos estos puntos es provechosa, y quien busque allí normas de derecho y moral naturales, las hallará ciertamente. Destacaré algunas de ellas.

[5] *Leyes,* 642 A.
[6] *Leyes.* 716 A.
[7] *Leyes,* 645 A-B; 644 D.
[8] *Minos,* 315 A.
[9] *Leyes,* 715 E.
[10] *Leyes,* 715 A y ss.
[11] *Leyes,* 865 A-B.

Sobre el amor. Algo extraviado en la Atenas de entonces, la primera ley consiste en la prohibición absoluta de toda relación sexual fuera del matrimonio; y, en el matrimonio mismo, monógamo, de toda relación contraria al mandato de la naturaleza, que es la generación. Las relaciones homosexuales están prohibidas de manera absoluta, y si se toleran las heterosexuales extramatrimoniales, se las acompañan de la nota de infamia, que excluye al practicante de los honores cívicos.

Sobre la educación. A ella le consagra muchas páginas, en los libros I, II y VII. Mediante leyes se creará un sistema de educación en la virtud. "La meta de nuestra legislación sólo puede ser la virtud en su totalidad"[12]. El sumo bien es la armonía de las virtudes y las leyes tienen una tarea pedagógica. La *paideia* apunta al perfeccionamiento del hombre integral: es gimnástica (corporal) y musical (anímica). Comenzará por la casa y la familia. La influencia doméstica encierra la más alta importancia para el niño. La educación arranca desde la concepción y llega hasta la juventud. La madre tiene un papel decisivo en la vida familiar[13]. El fin del matrimonio es que "la esposa y el esposo den a la patria los hijos más bellos y mejores que esté en sus manos tener"[14]. La educación más genuina supone la paternidad. Hay dos niveles de educación, el de las virtudes que tienen su sede en la parte irracional del alma, y el de aquellas que la tienen en la parte racional.

El sentimiento religioso está manifestado con profundos acentos en *Las Leyes*. La idea de Dios legislador es nuclear en todo el diálogo. En el Estado platónico no hay separación entre lo religioso y lo político. La vida deber ser toda ella un continuo servicio a Dios. En ese espíritu debe educarse a los hombres. Las leyes de la ciudad han estar conformes con las divinas. El ateísmo es el delito más grave. En la vida, hay dos especies de bienes: los divinos y los humanos. A estos últimos pertenecen la salud, la belleza, el vigor físico y, en último lugar, la riqueza. Pero éstos no merecen llamarse tales si no se orientan a los bienes divinos[15].

En cuanto a la ciencia, ya no está la dialéctica en la cumbre del saber. Está la teología. Todo el libro X está consagrado al tema Dios.

[12] *Leyes,* 630 E.
[13] *Leyes,* 792 E
[14] *Leyes,* 786 E.
[15] *Leyes,* 631 D.

Cree Platón necesario demostrar tres proposiciones: que los dioses existen, que tienen cuidado de las cosas humanas, y que no se dejan corromper por ofrendas o sacrificios de los mortales. Es un avance significativo sobre la antigua religión, apoyada en los ritos, un paso del plano exterior al de la conciencia. El primer culto a Dios ha de ser el de la vida recta, porque las prácticas *cultuales*, si no están animadas por este espíritu son estériles. Platón se adelanta 400 años al juicio histórico de Cristo contra los fariseos.

La persona divina es tratada en singular en *Leyes,* 901a - 901c. Dios es un ser necesariamente perfecto, y nada puede escaparle ni de lo sensible ni de lo inteligible. Al ser Dios la medida de todas las cosas, la *paideia* es un camino hacia Dios (*Jaeger*). Dios es la meta hacia la que todo debe proyectarse[16]. La obediencia de la ley (en sintonía con el *logos* divino) no es otra cosa que la obediencia a Dios, en cuyas manos se halla el principio, centro y el fin de todas las cosas. Quien no crea en Dios ni obre con arreglo a sus dictados, si dirige a los demás, los arrastrará hacia el abismo[17]. El concepto de Bien, como medida y meta, que había levantado en *La República* es aquí sustituido por el de Dios[18].

El buen legislador debe conocer las cosas de Dios. El arquetipo de estos legisladores es el rey Minos "que hablaba con Dios". La sabiduría de los legisladores griegos está en cumplir la voluntad de Dios. No es otro el mandato de la Revelación, sólo que aquí es recibido, no ya por la voz de los profetas sino de la razón.

IV. Conclusiones

1°) El diálogo *Las Leyes* es lo que podríamos llamar el testamento de Platón, es decir, sus ideas últimas, definitivas, sobre todo lo que a lo largo de su vida había indagado tan afanosamente: el hombre, el Estado y Dios.

2°) La legislación no debe olvidar los deberes para con Dios. Dios es la medida de todas las cosas. Y la educación del hombre es un camino hacia Dios por la virtud; un entronque de la *areté* humana con el ideal divino.

[16] *Leyes,* 716 C; 717 A.
[17] *Leyes,* 716 A-B.
[18] *Leyes,* 717 A.

EL MÉTODO TÓPICO ARISTOTÉLICO ES UN MÉTODO VÁLIDO PARA LA DIAGRAMACIÓN DE UNA *TEORÍA GENERAL DEL DERECHO* O *INTRODUCCIÓN AL DERECHO CIVIL*

Úrsula C. Basset[1]

I. Introducción

En este trabajo sostenemos que es posible construir una estructura argumentativa pedagógica y científica de la asignatura *Teoría general del Derecho* o *Introducción al Derecho* sobre la base de la metodología tópico-retórica aristotélica del discurso judicial. Se afirma además, que estructurar la materia introductiva a la carrera con esta metodología tópica, es performativa en el educando en dos registros: a) desde el punto metodológico, fija *ab-initio* una *forma mentis* en el discípulo. Éste adquiere un hábito perfectivo instrumental, que hará impermeable su discurso lógico a las teorías que no resistan el rigor del examen. b) Desde el punto de vista teórico, por cuanto éste método es adecuado al saber práctico, le permitirá una coherencia instrumental-objetiva (método-objeto) con la doctrina del derecho natural.

[1] Abogada UBA, Doctoranda en Ciencias Jurídicas por la UCA., Docente Asistente en Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho en las Cátedras de los doctores Daniel A. Herrera y Félix A. Lamas, cocoordinadora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia de la UCA y Becaria por la UCA.

II. Es posible construir una estructura argumentativa científica y pedagógica de *Introducción al Derecho* sobre la base de la metodología tópica

Antes que nada, conviene decir que entendemos por método tópico el arte lógico que presenta a Aristóteles en sus tratados de la *Retórica* y la *Dialéctica*.

Los *tópoi* son lugares comunes de la argumentación y como tales constituyen esquemas argumentativos. El método dialéctico-retórico se vale de los lugares (tópicos), a partir de los cuales se desarrolla.

Por dialéctica entendemos el arte lógico-argumentativo que estudia al pensamiento en movimiento, en tanto que está en movimiento[2]. El *in fieri* del pensamiento en orden a la realización de la verdad (αληθεια) eś el objeto de la dialéctica. La dialéctica es la parte de la lógica que está como en movimiento en dirección a la verdad, o que arriba a la verdad sin certeza (ακριβειά) absoluta[3].

Es menester recordar aquí que la posición del pensamiento en orden a la verdad admite grados de certeza o seguridad, que no son equivalentes en todos los grados de saber[4]. Aún en los saberes en los que es asequible en mayor o menor medida la certeza, hay un *in fieri* del saber en orden a la verdad, puesto que ningún saber es acabado por la misma condición inacabada del hombre. Hay siempre un "algo verdadero" irrealizado, algo del ser que permanece misterioso esperando a ser desvelado, que convive con el *in facto esse* de las certezas ya arribadas, aunque también y necesariamente de modo imperfecto.

A estos dos grandes ámbitos del pensamiento se refieren las dos grandes esferas de la Lógica: la Analítica, rigurosa para el pensamiento estrictamente deductivo y la Dialéctica para lo aporético, la elaboración de hipótesis, la discusión y la exploración del saber.

[2] Félix Adolfo Lamas, "Dialéctica y Derecho", en *Circa Humana Philosophia,* III, BuenosAires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1998, pág. 13 y ss.

[3] Ibidem, págs. 16-17.

[4] Aristóteles distingue dos órdenes de conocimiento: uno imperfecto, que alcanza la verdad de modo contingente (*per accidens*) y de los saberes, por los cuales el alma alcanza la verdad (que son los enunciados en el párrafo del que emana esta cita). Pertenecen a la primera clase de conocimientos: la duda, la experiencia, la conjetura, la opinión y la fe humana.

La retórica es definida por el mismo Aristóteles como "la fuerza o posibilidad de descubrir teóricamente lo que puede producir en cada caso la persuasión"[5]. Se trata de un arte[6] metódica, en la medida en que contempla los métodos persuasivos desde una perspectiva teórica.

La retórica hace posible la persuasión de la verdad, tanto en materia contingente como aun en materia necesaria, cuando el interlocutor no está en condiciones de emular por si mismo, el camino científico que le es propuesto.

La retórica es una disciplina lógica[7], que se incluye como parte de la dialéctica. El objeto material de ambas son los tópicos (si bien el objeto de la retórica es un poco más amplio[8]). La causa final de ambas disciplinas es la verdad.

Parece claro que yerran los comentadores de Aristóteles, cuando apoyados en el grado de certeza de lo contingente que se hace presente en las argumentaciones retóricas, pretenden afirmar que se trata de un instrumento de argumentación relativista, sin basamento óntico-verdadero. Cito a continuación del nº 1356a:20 de la *Retórica*:

> "Por los discursos creen [tienen fe humana[9] –*pisteuousin*–] cuando hacemos visible [*fainómenon*[10]] la verdad [*aletés*] o lo verosímil según lo persuadible en cada caso particular."

El mismo encuadre de la retórica dentro de las artes es elocuente acerca de que se trata de un "saber" y por lo tanto un conocimiento en camino a la verdad (como decíamos a la vez *in fieri* y *in facto esse*, con un grado de certeza que le es propio según el grado de saber). Su misión no es persuadir, sino teorizar sobre los medios de persuadir que hay para cada cosa en particular[11].

[5] δῦναμις περι έκστονοῦ θεωρήσαι τό ευδεχόμενον πιθανόν (*Retórica* I, 2, 1355b).

[6] *Retórica* 1354a:8 y ss.

[7] Tomás de Aquino, *Proemio al Comentario a los Segundos Analíticos*. Ver también *Retórica* 1354a:2ss.: "La retórica es correlativa de la dialéctica, pues ambas tratan de cosas que en cierto modo son de conocimiento común a todos y no corresponden a ninguna ciencia determinada".

[8] La Retórica incluye consideraciones relativas a la psicología de las edades, la caracterología del oyente e incluso un manual de estilo.

[9] πισένουσιν.

[10] φαινομενον.

[11] *Retórica* 1355:9 y ss.

En los saberes prácticos esta verdad, que es causa fin del saber, será la verdad práctica. Aun en estas áreas la tensión a la verdad y la rigurosidad del arte dialéctica se hace patente[12].

Aristóteles organizó las argumentaciones dialéctico-retóricas en torno a los tópicos[13]. Empero, para que la argumentación fuera provechosa, le fue preciso distinguir ámbitos del saber, para poder clasificar los esquematismos propios de cada disciplina. En el nº 1355b: 32 y ss de la *Retórica* la afirmación aparece nítida: La retórica es capaz de considerar los medios persuasivos sobre cualquier cosa dada.

En consecuencia, se impone distinguir clases de discursos, para organizar los esquematismos de cada discurso, porque "son silogismos dialécticos y retóricos aquellos con los cuales decimos los 'lugares'"[14]. Los discursos dialéctico-retóricos pueden distinguirse en función de su objeto, en estimativos (propios de la ética), deliberativos (propios de la política) y judiciales.

Para esta ponencia nos interesan, obviamente, los campos jurídicos de argumentación.

a) Caracterización del discurso judicial[15]

El objeto de la oratoria judicial consiste en lo justo y lo injusto (η δικαιον η αδικον), y en saber acusar o defender lo que es justo o injústo[16] . El fiń del discurso es hacer posible la persuasión de lo justo. Según Aristóteles el discurso judicial versa siempre sobre el pasado

[12] Veamos por ejemplo la siguiente cita en *Retórica*, 1354a:25 y ss.: "Pues no se debe torcer al juez llevándolo a la ira o al odio o a la compasión, ya que sería lo mismo que si alguien torciera la regla de que ha de servirse".

[13] Conviene tener presente, que si bien el *pondus* de la argumentación aporética se encuentra en los Tratados de la *Dialéctica*, la *Retórica* y las *Refutaciones sofísticas*, es imprescindible la referencia a los demás tratados del *organon* para una exacta dimensión de los tópicos, especialmente a las *Categorías*, al "*Perihermeneias*" y a la *Poética*. Entre los Tratados morales, será imprescindible la referencia a las distintas éticas (especialmente la Nicomaquea) y a la *Política*.

[14] *Retórica,* 1358a:11 y ss. Los lugares se distinguen en comunes y específicos. Los comunes son genéricos para cualquier objeto de la argumentación. Los lugares específicos son útiles exclusivamente en la argumentación de la ciencia de que se trate.

[15] El discurso judicial se designa con derivados del vocablo griego δίκη.

[16] *Retórica*, 1358a:25 y ss.

("pues siempre es sobre cosas sucedidas como el uno acusa y el otro se defiende"[17]).

En general, la oratoria judicial se refiere a todas los grados de saber jurídico[18] y es aplicable en todos ellos: se aplica tanto en la prudencia jurídica (vgr. en una sentencia judicial, o en la argumentación de los operadores jurídicos para producir esa sentencia[19]), para la resolución de los "hard-cases" en casos de calificación jurídica, para la elaboración de tipos y esquemas jurídicos, y en general en la ciencia, tanto en torno a la argumentación en la *via inventionis* como en al *via disciplinae.* Es también aplicable a la filosofía del derecho. Cito a Félix Lamas: "tiene como cometido específico la defensa de los principios del Derecho Natural contra los impugnantes"[20].

Es que el Derecho en si mismo es dialéctico, aunque no todo el Derecho lo es. El núcleo más intrínseco del Derecho –la ley natural– es un saber universal y necesario y no contingente. No obstante, la argumentación en favor de su defensa y la invención humana de la ley natural discurren por vías dialécticas[21].

b) Los tópicos jurídicos

Una recorrida por los tópicos jurídicos presentados en la *Retórica*, resulta de suyo sorprendente. Solamente ella permita de un golpe de vista un pantallazo sobre toda la realidad jurídica. A continuación enunciamos los tópicos presentes (para no hacer tedioso el trabajo, remitimos en nota a las citas respectivas[22]):

[17] *Retórica* 1358a:16.

[18] Cfr. el capítulo dedicado a las funciones de la retórica y dialéctica jurídicas, en el artículo "Dialéctica y Derecho", en *Circa Humana Philosophia,* III, BuenosAires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1998, pág. 74, de Félix A. Lamas.

[19] Ver en especial, el artículo incluido en *Le Juste I,* por Paul Ricoeur, respecto de la argumentación retórica y dialéctica en las sentencias judiciales.

[20] "Dialéctica y Derecho", en *Circa Humana Philosophia,* III, BuenosAires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1998, pág. 74

[21] "La dialéctica es la parte principal del método de investigación científica del Derecho, incluso de la inducción de sus principios", ibídem.

[22] Las citas y el trabajo *in extenso* pueden consultarse en la Monografía presentada para el Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Argentina (Buenos Aires), año 2005, con el título "Tópicos Jurídicos en la Retórica de Airestóteles", de nuestra autoría.

- Justicia e Injusticia,
- Ley: a) Clases de ley (ley común y su relación con el derecho natural, ley particular), b) Relación entre ley y la justicia (Principio de legalidad, Validez de la ley positiva), c) Vigencia de la ley (Desuetudo, Principios), d) Reglas de interpretación de la ley (V. gr. *intentio auctoris* y problemas de la ambigüedad de la ley). e) Tipo Jurídico y la Calificación. f) Equidad.
- Legitimación Pasiva o Sujeto Pasivo del Daño.
- Teoría de los Hechos y Actos Jurídicos. Voluntariedad del Acto, Error de hecho, Dolo, Lesión Subjetiva, Violencia.
- Teoría del Delito.
- Responsabilidad - Imputabilidad. a) Factores de atribución: Causalidad, Voluntariedad, Daño, Ilicitud. b) Hechos de la naturaleza, c) Agravantes y atenuantes.
- Prueba: Testigos, Peritos y Confesión
- Circunstancias Jurídicas
- Contrato.
- Función del Juez. Función del Juez e Interpretación de la ley. Abuso procesal y Corruptela Judicial. Exceso Ritual Manifiesto.
- Arbitraje y Mediación
- Virtualidad de Brocárdicos y Sentencias en el Derecho.

De resultas, obtenemos una visión panorámica del Derecho. Es claro que esta visión no es abarcativa de toda la realidad jurídica que se ha complejizado enormemente en veinticinco siglos.

Pero es la idea de poder discurrir jurídicamente a partir de estos esquematismos, lo que resulta cautivante.

Qué entendemos por esquematismo.

La repetición de los actos experienciales o cognoscitivos, configura una organización relativamente estable en el psiquismo humano. La acumulación de juicios discretivos o un de juicios intelectuales en la memoria[23] produce una organización estable del conocimiento. Esa

[23] Lo decía ya Tomás de Aquino en sus *Sententias de sensu et sensato, n. 23*: Id est habitualis quaedam conservatio phantasmatis, non quidem secundum seipsum (…) sed inquantum phantasmata alicuius prius sensati Recordemos que Tomás defiende el almacenamiento de *species* ssensibles e intelibibles en el *thesaurus* de la memoria. La memoria es sensible *per se*, pero intelectual *per accidens.* Cfr. Tomás de Aquino, *Sententia Libri De Sensu* , Tr. L. 2, n. 6 y passim.

organización estable, y más perdurable del conocimiento, es lo que denominamos esquema.

La neurología contemporánea ha corroborado, a través de las novedosas técnicas de mapeo cerebral (*mapping*), que el cerebro presenta habitualmente los mismos recorridos ante el estímulo mnemónico de un saber previo. Estos recorridos de flujo eléctrico están establecidos en el cerebro, e implican una fijación relativamente estable (aunque aparentemente flexible) de una asociación de zonas cerebrales ante determinados saberes.[24]

Estos mismos esquemas cognoscitivos, u organizaciones relativamente estables o conocimientos habituales explican los tópicos, los tipos jurídicos, los conceptos abiertos en el Derecho, los estándares jurídicos (como p. ej. el buen padre de familia, el buen hombre de negocios), las distintas instituciones jurídicas.

Los tópicos jurídicos son lugares desde los que parte la argumentación jurídica, pero como tales son esquemas estables: son el fruto de la vasta tradición jurídica y tienen la *vis* generadora de la argumentación dialéctica y retórica en la enseñanza del Derecho.

Ello nos lleva a concluir, que son una herramienta de rica textura para la enseñanza científica del Derecho, puesto que condensan en ellos numerosas experiencias cognoscitivas precedentes, debates jurídicos, posiciones encontradas, sub-tópicos dependientes, etc.

III. Esta metodología es performativa en el educando en el orden metodológico y científico

El educando está en potencia activa completa en orden al saber, en cuanto tiene en sí el principio intrínseco suficiente para conducir hasta el acto perfecto el saber[25]. Cuando la razón natural llega por sí misma al conocimiento de lo ignorado, el proceso se denomina *via*

[24] Cfr. a este respecto *Science*, vol. 309, issue 5731, 92, 1º de Julio 2005. Particularmente, el artículo "Where are memories stored and retrieved?" de Greg Miller, que aporta un rápido estado de cuestión. John Eccles, *La evolución del cerebro: creación de la conciencia*, Barcelona, 1992, Labor; Jean-Pierre Changeux y Jean-Paul Ricoeur, *Lo que nos hace pensar. La naturaleza y la regla*, Barcelona, 1999, Península, pág. 132 y ss.

[25] Tomás de Aquino , *Quaestiones Disputatae de Veritate*. Q. XI.

inventionis, mas, si lo hace recibido por el apoyo desde afuera[26] a la razón natural, ese modo se denomina *disciplina.*

En la disciplina, el arte debe inmitar la naturaleza , es decir que la disciplina debe imitar la vía de la invención, auxiliando, apoyando al educando a que descubra lo que ignora. Santo Tomás describe el proceso de la enseñanza como sigue:

> "el proceso que sigue la razón para llegar al conocimiento de lo ignorado por la vía de la invención consiste en aplicar los principios comunes evidentes a determinadas materias procediendo de allí a algunas conclusiones particulares, y de éstas a otras. Por ello, según esto, se dice que *uno enseña a otro cuando le expone por medio de signos aquel discurso de la razon que él hace en sí mismo con la razón natural,* así la razón natural de discipulo, mediante tales signos, que le han sido propuestos, de los que se sirve como de una especie de instrumento, llega al conocimiento de lo ignorado"[27].

De esta forma, el *educando* emula en sí por medio de la *via disciplinae* la *via inventionis*. Obsérvese la formación sólidamente dialéctica del medioevo. El docente es un instrumento auxiliar para el pasaje de la potencia al acto en el orden del saber del educando, por la imitación de la naturaleza del educando.[28] En la *Summa Theologica*, Santo Tomás propone instrumentos específicos, entre las cuales puede vislumbrarse el procedimiento tópico dialéctico y retórico: p. ej. "proponiéndoles algunas proposiciones menos universales, que el discípulo puede discernir mediante sus conocimientos previso, o proponiéndole ejemplos sensibles"[29].

En última instancia se trata de "fortalecer" el intelecto del que aprende en cuanto "quizás no tendría por sí solo un poder comparativo tan grande como para poder deducir las conclusiones de los principios"[30].

[26] Aliquis exteriius adminiculatur a rationi naturali (ibídem).

[27] Ibídem.

[28] Tomás de Aquino, *Summa Teológica* I, Q. 117.

[29] Ibidem.

[30] "Alio modo cum confortat intellectus addiscentis (..) qui forte per seipsum non haberet tantam virtutem collativam, ut ex principiis posset conclusiones deducere", Ibídem.

Parece lícito concluir que, si imitamos el método propio de la *via inventionis* jurídica en *via disciplinae* del Derecho (y del Derecho Natural), se configurarán dos resultados: a) por el desarrollo problemático, el alumno adquirirá el hábito mental metódico (lógico) de la problematización. b) por el desarrollo problemático, la disquisición e inducción de los principios iusfilosóficos que fundamentan el Derecho, se consolidarán establemente, fortaleciendo el intelecto del educando en orden a la adquisición de la verdad.

Este tipo de planteo permite el recorrido de todos los grados del saber jurídico a partir del tópico, así como de virtualidades doctrinales, jurisprudenciales, tensiones internas, etc.

La vía aporética manifiesta su funcionalidad performativa en el saber del alumno, por la impresión de una *forma mentis*, que configura el hábito dialéctico retórico y el saber adquirido por medio de él (que también constituye un esquema).

Potencia la centralidad del educando en el proceso cognoscitivo, por cuanto él es el protagonista de la *via disciplinae* por vía de imitación (cuya instrumentación didáctica puede ser variada).

IV. Conclusiones

Creemos que: a) Parece posible la estructuración de las materias de introducción al derecho a la manera de un rosario de tópicos, cuyas naturalezas jurídicas, conexiones, subordinaciones, clasificaciones, semejanzas y distinciones, admitan un desarrollo pedagógico de tipo tópico.

b) Es así, que este mismo método favorece la integración de los distintos grados de saber jurídico en su ilación dialéctica.
c) El método tópico favorece asimismo el recurso a la tradición.
d) El método tópico permite la adquisición de hábitos lógicos aporéticos, que permitan luego conocimientos ulteriores en el educando.
e) El método tópico permite además la inducción de los principios del Derecho Natural, centrando la actividad en el educando (quien debe recorrer la *via disciplinae* por su iniciativa), lo que permite performar una *forma mentis* iusnaturalista.

DERECHO NATURAL Y CERTEZA DEL SILOGISMO JURÍDICO

SANDRA T. BRANDI DE PORTORRICO

El término "certeza" (certitudo) plantea una serie de dificultades, que trataremos de despejar, aunque más no sea, acotadamente. Podemos afirmar, en principio, que es la firmeza de adhesión a un juicio por estar éste fundado en la verdad. Y esa serie de dificultades, a las que aludimos más arriba, radican en que "certeza" es un término análogo. En efecto, "se llama propiamente certeza a la firmeza de adhesión de la facultad cognoscitiva a su objeto cognoscible"[1]. Es decir, el primer analogante, o sentido formalmente propio de certeza es la del juicio. "sus analogados secundarios son la certeza objetiva de las leyes de la naturaleza y la psicología de los hábitos intelectuales y morales, que son como una segunda naturaleza", como explica Ramírez[2].

La certeza formal es la certidumbre fundada en la verdad del conocimiento especulativo donde hay conformidad entre lo que la cosa es y lo que el sujeto conoce de la cosa. Y "el bien del entendimiento es la verdad; su mal, la falsedad"[3], como afirma Santo Tomás. No hay error, ignorancia, opinión o sospecha.

Por esto "no se llama virtudes intelectuales sino a los hábitos mediante los cuales expresamos siempre la verdad, jamás la falsedad

[1] "Quod certitudo proprie dicitur firmitas adhaesionis virtutis cognitivae in suum cognoscibile",In III Sent., d. 26, q. 2 a. 4 r.n.134.

[2] S. M. Ramírez, "La prudencia", p. 138 y ss., Palabra, Madrid, 1979.

[3] I-II q. 57 a3 ad 3. En el mismo sentido II-II 1,3, arg. sed contra y ad 1.

Pero la opinión y la sospecha pueden recaer sobre lo verdadero y lo falso; por eso, dice Aristóteles, no son virtudes intelectuales."[4] "La certeza primero y principalmente radica en el conocimiento (facultad cognoscitiva): pero por similitud y participación radica en todas las operaciones de la naturaleza y facultades"[5].

En consecuencia, además de la certeza en sentido propio se encuentra la certeza por participación "en todo aquello que es movido infaliblemente a su fin por la facultad cognoscitiva: de este modo se dice que la naturaleza obra certeramente, en cuanto movida por el entendimiento divino que mueve certeramente a cada cosa a su fin. Y también en este sentido se dice que las virtudes morales obran con más certeza que el arte, en cuanto que son movidas por la razón a sus actos al modo de la naturaleza"[6]. Así, explica Ramírez, Santo Tomás encuentra diversos modos en que se manifiesta la certeza, por ser término análogo, y hay "certeza de la verdad o del conocimiento, certeza de rectitud o de dirección, certeza de intención o de inclinación, certeza de resultado o de ejecución"[7].

[4] I-II q. 57 a.2 ad 3.

[5] "Quod certitudo primo et principaliter est in cognitione: sed per similudem et participative est in ómnibus operibus naturae et virtutis", In III Sent, d.26, q. 2 a. 4 , ad 1.

[6] II-II q. 18 a. 4 in c; en el mismo sentido In II Sent. d. 26, q. 2, s. 3, nn. 134-136. También, "quod duplex est certitudo, scilicet cognitionis, et ordinis. Cognitionis quidem certitudo est, quando cognitio non declinat in aliquo ab eo quod in re invenitur, sed hoc modo existimat de re sicut est; et quia certa existimatio habetut de re praecipue, per causam rei, ideo actum, est nomen certitudinis ab ordine causae ad effectum, ut dicatur ordo causae esse ad effectum certus, quando causa infallibiliter effectum producit", De Veritate, 6,3 r.

[7] Ob. cit., pág. 141."no puede exigirse la misma certeza en todo, sino en cada materia, conforme a su modo propio".II II 47 a. 9.ad.2. II-II q. 70 a.2 respondeo y ad 1 y en el mismo sentido II-II q. 144 a. 3 respondeo; II-II q. 174 a. 2 ad 3; In II Ethic., lect. 6 n. 315. "Se dice que la virtud es más cierta que cualquier arte con certeza de inclinación a una cosa, no con certeza de conocimiento; pues la virtud, como dice Cicerón, inclina a una cosa al modo de cierta naturaleza; ahora bien, la naturaleza alcanza más certeza y directamente su fin que el arte; y de este modo se dice que la virtud es más cierta que el arte". De Veritate, 10, 10 ad 9. ;"... certitudo non solum cognitionis, sed etiam ordinis". "Sed hae duae certitudines differunt: ... certitudo cognitionis et ordinis,.. .; certitudo autem praescientiae est certitudo cognitionis tantum", De Veritate, 6, 4 r. (El subrayado nos pertenece).

Asimismo hay ciencias que tienen por objeto lo necesario y otras lo contingente, del mismo modo diferirá la certeza en uno y otro caso[8].

"El entendimiento, la sabiduría y la ciencia ... versan ... sobre lo necesario." "Todas las ciencias están en el entendimiento. Pero hay ciencias cuyo objeto son las cosas contingentes, como las ciencias morales, que se ocupan de los actos humanos sujetos al libre albedrío"[9].

Es pacífico en el tomismo afirmar el carácter práctico del Derecho y de la Ética. Por mi parte me permito ir más allá y afirmar que el Derecho es parte de la Ética y propiamente Ética Social. La demostración de esta afirmación quedará para otra oportunidad.

El objeto material primario del Derecho son las conductas humanas con notas específicas de humanidad, exterioridad y alteridad[10]. Y esas conductas son contingentes en cuanto libres, como ya se dijo.

También dijimos que la certeza se funda en la verdad. Más, la verdad es especulativa y práctica, y a la Prudencia le corresponde la búsqueda de la verdad práctica pues reside en el entendimiento práctico[11].

En efecto, la verdad del entendimiento especulativo es la adecuación del entendimiento a la cosa, así, llegará la potencia intelectiva a la perfección de su acto. La verdad del entendimiento práctico es la conformidad con lo recto o debido u ordenado al fin, establecido éste con fundamento inmediato en la verdad del entendimiento especulativo, debiendo existir conformidad con el apetito recto.

[8] "Si se consideran las razones universales de las cosas que pueden ser objeto de ciencia, todas las ciencias tienen por objeto lo necesario. Pero, si se consideran las cosas en sí mismas, unas ciencias tienen por objeto lo necesario y otras lo contingente." I. q. 86 a.3 obj. 1, sed contra y respondeo y en el mismo sentido I q. 86 a. 4 respondeo. "Los sucesos futuros, se pueden conocer de dos maneras: en sus causas y en sí mismos. Las causas de los sucesos futuros son de tres clases. Unas producen siempre y necesariamente sus efectos. Estos se pueden prever con certeza y anunciarse con anterioridad por el simple exámen de sus causas, como los astrólogos anuncian futuros eclipses. hay otras que no producen siempre y necesariamente sus efectos, sino la mayoría de las veces, y raramente fallan. Los futuros eventos de este género no se pueden saber con certeza en sus causas, sino por ciertas conjeturas Así... el médico, siguiendo el curso de la enfermedad, la salud o la muerte del enfermo". II-II q. 95 a. 1 respondeo... También: De Veritate 15, 2 ad 3.

[9] I, q.86 a. 3 obj. 1.

[10] Lamas, *La Experiencia Jurídica*, pág. 356 y ss.

[11] II-II q. 47 a. 2 sed contra y respondeo.

La verdad del entendimiento práctico se determina no por conformidad con la realidad sino con el apetito recto, y el apetito se llama recto por el hecho de concordar con la "recta ratio"[12] o como nos explica Albisu: "el conocimiento práctico no es sino la participación dianoética en la esfera apetitiva. De ahí que sean lo mismo el acto moralmente bueno y el acto conforme a la recta razón práctica"[13].

En el caso del Derecho, como saber práctico, su certeza deberá estar fundada en la verdad práctica . La búsqueda de la verdad práctica, en este caso, le corresponderá a la prudencia jurídica.

En este punto, debemos cuestionarnos cuál será el método adecuado a fin de alcanzar la verdad práctica en el Derecho. Sabemos que el método está determinado por el objeto. Por experiencia sabemos que el Derecho está referido a una cualidad –lo justo- y admite su contrario –lo injusto, lo que es conforme a Derecho ó contrario a él. Para llegar a poder diferenciar lo justo de lo injusto, por ejemplo, debemos ir razonando y discurriendo pues la conducta humana, por ser libre, es absolutamente contingente. Cada parte creerá tener razón y mostrará lo que a su criterio es la verdad y en base a esto deberemos confrontar los argumentos, estudiar los indicios, evaluar las circunstancias. Esto hace que debamos acudir a un método adecuado a fin de llegar a una verdad probable, no científica, pues partimos de situaciones verosímiles pero que no revisten certeza absoluta.

En este mismo sentido Santo Tomás nos dice que "en los negocios humanos no puede darse una prueba demostrativa e infalible, basta una certeza moral como la que puede engendrar el orador".[14] Así, en este fragmento, Santo Tomás se refiere no sólo a la lógica de lo probable, es decir la dialéctica como un tratado de la lógica ("Lógica docens"); sino también, al mencionar al orador se refiere a la "dialéctica utens", es decir la dialéctica jurídica, y de la Retórica aplicada al Derecho.

Dentro de esta misma idea, el Aquinante reflexiona: "según Aristóteles, "no se debe exigir la misma certidumbre en todas las materias. Acerca de los actos humanos, sobre los que versan los jui-

[12] I-II q. 58 a. 5 respondeo.

[13] *La Verdad Práctica,* punto 2) p. 58 en *Moenia.* En este sentido VI. I-II q. 57 a. 5 respondeo.

[14] I-II q. 105, a. 2, ad. 8.

cios y son exigidos los testimonios, no puede darse una certeza demostrativa, ya que dichos actos tienen por objeto cosas contingentes y variables, y, por lo tanto, es bastante la certeza probable que alcance a la verdad en la mayoría de los casos, aunque en algunos se separe de ella"[15].

Algunos autores[16] frente a esta dificultad, en vez de buscarle solución adecuada, la han resaltado cayendo en un relativismo que, aunque no sea su intención, va en desmedro del Derecho.

Se confunde la imposibilidad de alcanzar una verdad definitiva ó apodíctica, en materia práctica concreta[17], con la imposibilidad de alcanzar ninguna verdad. Y reiteramos, aquí está el aspecto dialéctico del derecho señalado al principio de este punto, ya que nuestro discurrir no llega a la verdad científica, a la verdad segura, sino a una verdad práctica.

El Derecho es dialéctico asimismo pues supone la posibilidad del conflicto de intereses. En consecuencia a fin de dar una solución jurídica a una situación de hecho se hace necesario ese movimiento del pensamiento, ese "camino" de una parte a la otra, desde la perspectiva y el modo de ver la situación de una de las partes al modo en que lo interpreta la otra. Se requiere una permanente consideración de los argumentos de ambos lados a fin de sopesarlos y dar una solución.

Por último el Derecho es dialéctico pues en la experiencia jurídica se presenta la dificultad de adecuar situaciones de hecho a las exigencias del Derecho. Ésta necesidad de aplicar los valores jurídicos a la realidad fáctica plantea problemas, tensiones o dificultades muy serios y que para poder ser resueltos requieren de la dialéctica. Estos problemas, tensiones ó dificultades son las "aporías empíricas del Derecho" como las define Lamas.

En síntesis, como explica Lamas: "La dialéctica es una modalidad de la razón discursiva. En efecto, ésta puede partir de premisas ciertas, en cuyo caso la conclusión del silogismo será igualmente cierta ... la razón alcanza un punto de reposo, que es precisamente la ver-

[15] I-II q. 70, a. 2, r. "Sin embargo, aunque no se pueda lograr la certeza infalible en tal materia, no debe despreciarse la certeza probable... "

[16] Viehweg, Perelman, Engisch, Récasens Siches. Todos citados por Lamas, en *La Experiencia Jurídica*, pág. 382/83.

[17] Son saberes prácticos que alcanzan una verdad práctica la prudencia, la técnica y las diversas especies de la ética dentro de las que se encuentra el Derecho.

dad cierta, apodíctica, dotada de akríbeia y, por esto, de algún modo definitiva. En cambio, cuando alguna de las premisas no es cierta sino sólo probable, la conclusión también lo será, y el pensamiento no habrá alcanzado ese punto de reposo; habrá alcanzado un resultado, probablemente verdadero, pero provisorio, sujeto a sucesivas instancias de verificación. A este razonamiento o silogismo Aristóteles denomina dialéctico. Ahora bien, la dialéctica es precisamente el núcleo lógico de la metodología científica y prudencial del Derecho, al menos en su momento principal: la via inventionis de lo justo. En otras palabras, ella es el núcleo de la racionalidad del Derecho"[18].

El fin último y común de los actos humanos es señalado por la sindéresis ó razón natural, que, como explica Lamas, es el "hábito de los primeros principios en materia práctica o moral" que "no es otra cosa que la aplicación al modo especial de la acción humana del principio de finalidad". Y aclara: " En la Suma Teológica la sindéresis, identificada objetivamente con la ley natural, surge como *propositio per se nota* de la clarificación del ente en cuanto bueno, que es precisamente otra de las vías analíticas de la comprensión del principio, de inspiración preferentemente platónica. Cfr. I, q. 94 a. 2."[19], y "así como el conocimiento natural es siempre verdadero, así el amor natural es siempre recto"[20]. En conclusión: la sindéresis ilumina y rectifica propia e inmediatamente la razón humana, en tanto es principio de su discurrir; e indirectamente al apetito racional (la voluntad) en tanto implica un juicio acerca de la verdad del bien.

Ahora bien, en el silogismo de aplicación de la ley, la premisa mayor será la ley como determinación de la proposición de la

[18] Lamas, *Los principios y el Derecho Natural en la metodología de las ciencias prácticas",* pág. 19/20, Educa, Colección Prudentia Iuris, Buenos Aires, 2002. Ver "Dialéctica y Derecho", en *Circa Humana Philosophia III*, Buenos Aires, 1998. "La tópica o dialéctica clásica es el método lógico de investigación, en especial de aquello sobre lo que no puede recaer una certeza absoluta porque está sujeto a la contingencia; tal el caso de la vida jurídica. Por esa razón, Tópica y Retórica –entendidas en su sentido clásico, platónico-aristotélico- constituyen el núcleo del método de determinación del Derecho" en *Experiencia Jurídica y Validez del Derecho,* pág. 42, en *Diritto, Diritto Natural, Ordinamento Giuridico*, CEDAM,Padova, 2000.

[19] "El Hombre: Fundamento de la realidad ético Social", *Moenia*, VII, marzo 1986, p. 76.

[20] I,60, 1 ad 3.

sindéresis (juicio práctico universal)[21] principio último de la proposición normativa o imperativa.

La premisa menor es principio secundario ó "secundum quid" lo justo concreto o significación jurídica concreta del caso particular.

La conclusión del silogismo jurídico se identifica con la proposición imperativa por la que se ordena se haga esto o aquello, en orden a la obtención del fin propuesto, el bien común político.

La capacidad de la conclusión del silogismo jurídico de ordenar las conductas estará en relación directa con su fundamento en la justicia. Esto es, la "vigencia" o fuerza de éste estará fundada en su "validez" o "valor" como solución justa. La vigencia del Derecho se complementa con la validez, la vigencia del derecho positivo reposa en la validez que le da el derecho natural. El derecho natural no es otra cosa que el fundamento intrínseco de validez del Derecho; el derecho positivo es la realidad histórica del Derecho y lo que le confiere vigencia, como explica Lamas[22].

Ahora bien, en el silogismo jurídico la conclusión es materialmente una acción[23], por su carácter práctico. Más este razonamiento –que lleva a la acción– requiere de premisas verdaderas, en particular la premisa menor que relaciona la regla general de conducta con el caso particular.

Tenemos aquí un primera dificultad, que no es menor y sobre la cual debemos detenernos, y es que, cuanto más nos acercamos a lo singular y concreto mayores posibilidades hay de errar.

El Santo Doctor nos advierte respecto de este silogismo práctico, fruto de la razón práctica, pues " la razón práctica se ocupa de cosas contingentes, que son el ámbito de las acciones humanas, y por eso, aunque se dé necesidad en los principios más generales, cuanto más descendemos a lo particular, tantos más defectos encontramos". "Será cada vez más defectible a medida que se desciende a lo concreto … porque cuanto mayor número de condiciones se señala, mayor es el

[21] Recordemos que intellectus y sindéresis son virtudes intelectuales referidas a los primeros principios, la primera, propiamente dicha es hábito de los primeros principios especulativos y la sindéresis es hábito de los primeros principios prácticos.

[22] *La Experiencia Jurídica.*

[23] EN 1147 a 28.

número de casos en que el principio puede fallar o no ser recto o verdadero"[24].

En resúmen: Queda claro que "la razón sólo puede conocer con certeza absoluta, en el orden práctico, los principios generales; pero, de otra, es necesario acercarse a lo concreto, donde mayor es la falibilidad humana"[25].

Es decir, tanto la razón como la voluntad son potencias distintas pero que están en un mismo sujeto, por tanto, lo que está en el entendimiento (la verdad práctica, por supuesto-, y en este caso la certeza del acto de imperio judicial), está en la voluntad (certeza afectiva).

En suma, la certeza del silogismo jurídico es certeza de la verdad práctica y certeza de recta inclinación, como que es un silogismo prudencial.

En la certeza del silogismo jurídico decimos que se decide esto y no otra cosa porque es de recta razón y justicia, movidos por la bondad que hay en lo recto u honesto, y la "virtud hace obrar bien en acto y no confiere meramente la aptitud para obrar bien, debe residir o en la voluntad misma o en otra potencia en cuanto movida por la voluntad... Por eso el entendimiento, en cuanto que dice orden a la voluntad, puede ser sujeto de la virtud estrictamente (simpliciter) dicha"[26].

Y, reforzando lo dicho, "los hábitos que residen en el entendimiento especulativo o práctico, en cuanto que el entendimiento sigue a la voluntad, tienen más razón de virtud, en cuanto que confieren al hombre no sólo saber y poder obrar rectamente, sino también el querer"[27]. El sujeto "quo" (en el que radica) la prudencia es el intelecto práctico, y, al mismo tiempo depende fundamentalmente de la voluntad pues depende de la rectitud de intención del apetito como de su principio propio[28].

Dependiendo el silogismo jurídico-prudencial esencialmente de la rectitud de intención del fin (bien común político) y dirigiendo la elección de los medios, siendo los medios prácticos (contingentes, varia-

[24] I-II q, 94 a. 4 r. y V Ethic. lec. 12.
[25] Lamas, *La Experiencia Jurídica*, p. 393 y nota anterior (en particular p. 135).
[26] I-II q. 56 a. 3 respondeo.
[27] *De Virtutibus in communi*, a. 7.
[28] Arg. I-II q. 56 a. 3 respondeo y *Virtutibus in communi* a. 7.

bles y variados) se encuentra íntima y necesariamente ligada a la voluntad y a las virtudes morales que rectifican el apetito. Esta profunda relación hace que la rectitud y certeza de sus juicios discretivos y directivos sean por connaturalidad y no por demostración, o sea, afectivos y vitales[29].

En síntesis, como dice Ramírez[30]: "Toda la verdad y toda la certeza de la prudencia están ordenadas a la acción honesta y virtuosa, dando al apetito una dirección recta" y cita a Santo Tomás: "pues la consideración de lo que hay que hacer o realizar no pertenece al entendimiento práctico si no es por razón del hacer o realizar"[31].

Esta verdad y certeza en lo que hay que hacer es de fundamental importancia en el silogismo jurídico por la utilidad que presta en el orden de la decisión judicial, y si bien su certeza es probable, en también valiosa y, como vimos, absoluta (secundum quid)[32].

"Porque la incertidumbre del juicio humano, máxime en cosas contingentes y particulares, da lugar a que los juicios de las diversas personas acerca de las acciones humanas sean dispares; y de estos juicios proceden leyes diversas y contrarias. Por eso, a fin de que el hombre pueda saber, sin ningún género de duda lo que debe hacer y lo que ha de evitar, fue necesaria en la dirección de sus actos una norma dada por Dios, la cual sabemos ciertamente que no puede equivocarse... Estos ... argumentos están insinuados en el salmo 18,8, donde se dice: "el testimonio del Señor es fiel", por la certeza de que es verdadero y recto..."[33].

[29] II-II q. 47 a. 13 ad 2.

[30] Ob. cit. p. 208.

[31] De Virtutibus in communi, a. 7 ad 1 "non enim consideratio de agendis vel faciendis pertienet ad intellectum practicum nisi propter agere vel facere".

[32] I-II q. 14 a. 3 r.; I-II q. 105, a.5, ad 8; y II-II q. 51 a. 1.

[33] I-II q. 91 a. 4 respondeo.

EL ORDEN NATURAL Y LA LEY NATURAL: SU CONOCIMIENTO Y RECONOCIMIENTO

DANIEL HERRERA

La perspectiva de la presente ponencia es filosófica. Sin perjuicio de ello, dado que se trata de un tópico "fronterizo" entre la teología, la filosofía y las ciencias, me referiré circunstancialmente a las otras perspectivas. Pero en este caso, las reflexiones no serán personales, sino que me limitaré a indicar la pertinente teoría científica o doctrina teológica y/o citar el pensamiento de algún autor al respecto.

La ponencia tiene dos partes claramente diferenciadas. La primera se refiere al *orden natural*, mientras que la segunda aborda propiamente la *ley natural*. Si bien se trata de nociones íntimamente relacionadas, no son iguales, pues mientras que la ley natural –si bien con fundamento metafísico– se refiere a la dimensión moral; el orden natural es mucho más amplio, pues incluye el orden físico y biológico regulado por las leyes naturales. Por su parte el orden moral –y también político y jurídico– regido por la ley natural (que forma parte del orden natural), a su vez es completado y complementado, por un lado en el orden sobrenatural, por la gracia que supone y sana la naturaleza ordenándola a su fin último trascendente, o sea, Dios, y por el otro lado, en el orden humano cultural, por las leyes positivas que ordenan al bien común político, que por otra parte, para ser auténtico bien común, no puede ir en contra, sino que por el contrario está subordinado al Bien común trascendente, o Bien comunísimo que se identifica con Dios mismo como principio y fin de todo lo que existe.

I. El orden natural

La realidad no es un caos. En la naturaleza hay un orden. En otras palabras, existe una disposición por la cual cada cosa ocupa el lugar que le corresponde y cumple con la función que le es propia. Esta es una afirmación compartida tanto por el pensamiento mítico y filosófico antiguo, como el teológico y filosófico cristiano posterior, e incluso por el científico moderno. En consecuencia, constituye un buen punto de partida para nuestra ponencia.

I.1. El pensamiento mítico y filosófico antiguo

"Al principio fue el Caos, luego la tierra con su ancho pecho ... y Eros ... y luego todo lo demás" dice Hesíodo[1]. Al hablar de principio, no se refiere tanto al inicio cronológico, sino más bien al principio ontológico u origen de las cosas, no al tiempo inicial sino primordial como decía Mircea Eliade en *Mito y Realidad*[2]. Dicho de otro modo, al no poder explicar la realidad de una manera lógica o filosófica, todas las religiones y el pensamiento antiguo recurre a la figura poética teogónica que al decir de Jaeger nunca pierde contacto con el orden natural del mundo[3].

En suma, el cosmos, el universo, es divinizado, es *dios.* No un dios trascendente y mucho menos personal como va a ser en el judeocristianismo, sino más bien un dios inmanente e impersonal identificado con las fuerzas naturales divinizadas y representadas antropomorficamente en los diversos dioses del politeísmo pagano. Como afirma Caturelli: "Con la ausencia de la idea de Creación o comienzo absoluto por un acto libre de Dios, se hacen presentes casi todos los principales mitos arcaicos: retorno cíclico, cronos al comienzo, con el que, desde la eternidad, existe la ley de la Necesidad: la genealogía por rigurosas parejas de todos los dioses que recuerda las divinas generaciones de los gnósticos. Y como veremos, aunque el logos haya ido depurándose del mito, este proceso jamás eliminó del todo al mito que

[1] Hesíodo, *Teogonía*, 116.

[2] Cfr. Mircea Eliade, *Mito y Realidad*, Barcelona, Labor, 1968, pág. 12.

[3] Werner Jaeger, *La teología de los primeros filosofos griegos*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 1980, pág. 19.

se mantuvo como elemento pre filosófico y no filosófico a lo largo de la filosofía Griega"[4].

En otras palabras, ni el Ser inmutable de Parménides; ni el Logos que rige la realidad cambiante de Heraclito, que reaparece en el estoicismo y en Cicerón; ni la idea de bien de Platón, como fundamento de la participación eidética en los seres materiales; ni el acto puro de Aristóteles como principio inmutable del movimiento circular y eterno del mundo, logran romper definitivamente la caparazón del universo y alcanzar el fundamento último, ultísimo del cosmos o del orden natural.

Esto no quiere decir que no se reconozca las semillas de verdad que podemos encontrar en ellas y que las elaboraciones superiores de la filosofía antigua no constituyan una superación del espíritu humano, que incluso el cristianismo rescata y recrea dándole una dimensión nueva, como sucede con la noción de participación platónica, o de acto y potencia aristotélico, en el pensamiento de San Agustín y Santo Tomás entre otros, o de la ley natural estoico ciceroniana que San Pablo toma dándole un sentido nuevo que la ubica en orden a la economía de salvación, que luego siguen los Padres y Doctores de la Iglesia, entre los que también se encuentran el obispo de Hipona y el Aquinate. Pero estas semillas de verdad y el orden natural del universo todo, solo alcanzan su plenitud con el cristianismo a partir del fundamento final en un Dios personal, trascendente y a la vez encarnado, que solo se logra con la concepción de creación y redención cristiana.

I.2. El pensamiento teológico y filosófico cristiano

"En el principio Dios creo el cielo y la tierra"[5]. Estas son las primeras palabras de las sagradas escrituras, que podemos interpretar conjuntamente con las primeras del prólogo joanico: "En el principio era el Verbo (Logos-Palabra), y el Verbo estaba con Dios y el Verbo era Dios. Él estaba en el principio con Dios. Todo se hizo por Él y sin Él no se hizo nada de cuanto existe (...) y el Verbo se hizo carne y habitó

[4] Alberto Caturelli, *La metafísica cristiana en el pensamiento occidental,* Buenos Aires, Ediciones del Cruzamiento, 1983, pág. 12.

[5] Génesis, 1.

entre nosotros y hemos contemplado su gloria, gloria que recibe del Padre como Hijo único lleno de gracia y de verdad"[6].

Ahora bien, la sagrada escritura no es un libro científico que pretenda explicar como es el proceso que da origen y desarrollo al universo, ni un tratado filosófico que busque desde la sola razón encontrar el fundamento natural o mas bien, naturalista del orden natural de las cosas. Por el contrario, se trata de un texto revelado, que en este caso reafirma una verdad metafísica fundamental: Que Dios es el que Es (como se le revela a Moisés cuando le pregunta cual es su nombre) y que todo lo que existe, existe por Dios y para Dios, en tanto depende en su ser y en su perfección de la obra creadora y redentora de Dios: del separado y al mismo tiempo Dios con nosotros.

Al respecto y sin perjuicio que obviamente la creación es un concepto central de toda la patrística y escolástica, es en Santo Tomás de Aquino (al que Pieper llama con toda justicia Thomas a creatore), donde alcanza su expresión más acabada. Ahora bien, para él, la creación no se refiere tanto a la noción de comienzo, o inicio en el tiempo (que también considera) que no podemos demostrar apodicticamente, sino solo por fe[7]. Sino más bien, a la participación metafísica, que explica la esencial dependencia de los entes creados respecto del Ser increado. La creación misma se entiende como esta relación trascendental y constitutiva de dependencia en el orden del ser.

Por eso Santo Tomás luego de distinguir la materia como potencia, de la forma como acto, realiza una nueva distinción entre la esencia (compuesta de materia y forma en el caso de los seres materiales) como potencia y su acto de ser como actus essendi. Ahora bien, Dios es el único Ser en el cual el acto de Ser (esse) se identifica con su esencia por el cual es el ipsum esse subsistens, pues "en las substancias compuestas de materia y forma, hay una doble composición de acto y potencia: la primera, de la misma substancia, que está compuesta de materia y forma; la segunda, de la substancia ya compuesta y del ser, la cual puede también llamarse composición de 'lo que es' y 'ser' o de 'lo que es' y 'por lo que es' la substancia"[8].

[6] San Juan, 1-14.
[7] Cfr. S.Tomás de Aquino, S.Th. 1 q. 46 a. 2.
[8] S.Tomás de Aquino, C.G. II, 54.

Por tanto señala que si nos ponemos desde la perspectiva de lo creado (que es nuestra perspectiva) la creación es algo real en la cosa creada, a modo de relación solamente, pues como Dios crea las cosas ex nihilo, o sea sin movimiento o mutación, no queda en ellas más que la relación real al Creador como principio de su ser[9]. En consecuencia, el orden natural sería nada más, pero al mismo tiempo, nada menos, que un orden creado, o sea, un orden en las cosas que existen, tanto en su ser (acto) como en su esencia (potencia), en virtud a la relación de dependencia radical que tienen respecto a su Creador: "la creación no es en cambio, sino la dependencia misma del ente creado respecto de su principio"[10].

Ahora bien, a partir del nominalismo y de Descartes que separa la realidad en dos ordenes: *res cogitans* como realidad espiritual y *res extensa* como realidad material, se rompe para un sector del pensamiento la magistral síntesis de la realidad metafísica elaborada por el aquinate, derivándose a partir de allí, del racionalismo al idealismo respecto a la res cogitans y desde el empirismo nominalista al más crudo positivismo para la res extensa.

I.3. El pensamiento científico moderno

Cuando en 1926 Heisemberg formula en física el principio de incertidumbre, que establece que cuanto con mayor precisión se trate de medir la posición de una partícula, con menor exactitud se podrá medir su velocidad y viceversa., fue el principio del fin para el modelo determinista y positivista de Laplace, que sostenía que podemos predecir con exactitud todo lo que sucedería en el universo (incluido el comportamiento humano) si podemos conocer el estado completo del mismo (con sus leyes) en un instante del tiempo[11]. Al respecto dice Ratzinger: "Impresiona lo que ha sostenido Heisemberg en las conversaciones con sus amigos: otro proceso corría paralelo a la configuración de la Física moderna: la evasión de un positivismo, que el físico se imponía, y por el que le estaba prohibido plantearse la cuestión de

[9] S. Tomás de Aquino, S.Th. 1 q.45 a. 3.

[10] S. Tomás de Aquino, CG. II, 18.

[11] Stephen W. Hawkings, *Historia del Tiempo,* Buenos Aires, Crítica, 1988, pág. 83.

Dios. Heisemberg demuestra como el mismo conocimiento de lo real y de su profundidad forzó a preguntarse por el orden que lo sostenía"[12].

Desde lo macrocósmico hasta lo microcósmico. O sea, desde el origen mismo del universo, de las galaxias y estrellas hasta las partículas y subpartículas que constituyen todo lo real. Desde la materia inerte hasta el ser viviente. El cosmos, el universo, en fin, la realidad (material) en su conjunto conforma un orden, que en su configuración interna es jerárquico, donde lo físico-químico se ordena a lo biológico y lo biológico a lo humano como se refleja en el principio antrópico propuesto por Dicke en 1961 y Carter en 1974 y pacíficamente aceptado por la física actual.

Ahora bien, un orden requiere de un ordenador, lo que lleva –como decía Heisemberg– a la cuestión de Dios como creador y ordenador del universo. En este sentido, podemos entender la famosa expresión de Einstein de que *Dios no juega a los dados* (cualquiera sea la idea de Dios que manejara), lo que refleja el problema de que sin Dios es incomprensible que el mundo sea comprensible[13]. Cuestión que se encuentra en el límite o frontera de la ciencia (en el sentido moderno del término), con la metafísica y la teología, y que exige un permanente diálogo entre las tres perspectivas, que no es más que una parte del diálogo entre la razón (filosófica y científica) y la Fe (sobre la que se apoya la Teología).

Por ejemplo, en Cosmología el modelo del big bang es aceptado mayoritariamente. En el mismo se establece que el universo conforma un orden evolutivo a partir de una gran explosión inicial de un átomo infinitamente denso (*big bang*). Esta explosión constituye una singularidad donde no se verifican las leyes de la física (como sucede también con los agujeros negros), por lo que no puedo conocer lo que sucedió antes del big bang (y en el big bang mismo), y que incluso de haber sucedido algo no tendría consecuencias después de él. Esto es así porque en el big bang se inicia el espacio-tiempo que configura las dimensiones del universo, por lo que es impensable hablar de un tiempo antes del tiempo.

[12] Joseph Ratzinger, "El Dios de Jesucristo", Salamanca, Ediciones Sígueme, 1979, pág. 38.

[13] Albert Einstein, *The Journal of the Franklin Institute*, 1936, vol. 221, n. 3.

A partir de allí, se inicia un proceso líneal que suele llamarse "*la flecha del tiempo*" y por el cual el universo se expande en todas direcciones hasta que alcance un punto en que como consecuencia de la fuerza gravitatoria comience a contraerse hasta una implosión final (*big crunch*), aunque no todos coinciden en este final.

Esta teoría (del *big bang)* cuya primera formulación científica y matemática es la de Gamow en 1948, sin embargo se inspira en la hipótesis del *Primeval Atom* infinitamente denso de Lemaitre (sacerdote católico –1894/1966– que fuera presidente de la Pontificia Academia de Ciencias), quien a partir de la termodinámica se proponía combinar el II principio, o sea la degradación de la materia (aumento de la *entropía*) con la reciente física de las partículas subatómicas, para explicar la expansión del universo[14]. Ahora bien, el descubrimiento de partículas subatómicas (hoy observadas a través de los aceleradores de partículas) permite comprobar el equilibrio de la materia existente en el universo que gira en torno de las cuatro fuerzas fundamentales de la naturaleza que regulan su orden: *nuclear fuerte, nuclear débil, electromagnética y gravitatoria,* combinadas con los dos principios de la termodinámica para los sistemas cerrados, a saber, la conservación de la energía y su degradación (aumento de la *entropía*)[15].

La teoría tiene además una base empírica en las observaciones de Hubble en 1929 sobre la fuga o alejamiento de las galaxias (que confirma las predicciones de Friedmann en tanto corrige la teoría de la relatividad de Einstein) y el efecto Dopler por el cual se comprueba que la luz de las estrellas que se alejan de nosotros tienen un corrimiento al rojo en el espectro[16]. También es compatible con la teoría de la relatividad general de Einstein, que aunque cuando la concibió, lo hizo desde de un modelo estático, a partir de 1931 adhiere al modelo expansivo. Es compatible también con los posteriores estudios de Penrose y Hawking de 1970 (aunque este último luego abandona la idea para adherir a un modelo de universo sin inicio absoluto)[17].

[14] Cfr. Juan José Sanguinetti, *El origen del universo,* Buenos Aires, Educa, 1994, pág. 136.

[15] Idem ant., pág.176. En el mismo sentido, Stephen W. Hawking, op.cit. pág. 101 y ss.

[16] Cfr. Stephen W. Hawking, op.cit. pág. 61 y ss.

[17] Idem ant., pág. 78.

La teoría del big bang rivalizó con la *teoría estacionaria del universo* por el cual a través de un método teórico deductivo (sin base empírica) rechaza la hipótesis del instante original y propone lo que llama el *principio cosmológico perfecto* según el cual el universo se presenta siempre igual en el tiempo, a cualquier observador en cualquier época. Esta teoría es formulada por Bondi y Gold en 1948 y adoptada por Hoyle en 1950. En realidad cualquiera de los dos modelos son compatibles con la noción de creación divina[18], aunque en la práctica se asoció la teoría estática a concepciones materialistas, mientras que la del big bang se la consideró más afin a un inicio absoluto del tiempo a partir de la creación divina. De hecho, Pio XII en una alocución ante la Pontificia Academia de Ciencias el 28 de noviembre de 1951[19], señaló la compatibilidad entre el modelo del big bang y la doctrina de la Creación.

Ahora bien, a partir de la década del ochenta del siglo pasado el modelo standard es puesto a prueba por la aparición de nuevas teorías, especialmente las cosmologías cuánticas e inflacionarias (Guth, Linde) que plantea la posibilidad de distintos universos (universos madre y universos bebé) e incluso de un metauniverso; un cosmos sin inicio singular (Hartle-Hawking); el origen espontáneo del cosmos (Tryon); el modelo de auto-creación cuántica del cosmos (Vilenkin); el nacimiento fluctuante del cosmos (Princeton J.R. Gott y Zeldovich)[20] o el tiempo que precede al universo o a nuestro tiempo (Prigogine-Stengers)[21]. En definitiva, corresponde a la ciencia dirimir la cuestión, para lo que quizás tenga que afrontar el desafío de elaborar una teoría unificada de la Física, que una la relatividad general con la mecánica cuántica y permita conocer los fenómenos tanto a gran escala (macrocósmica) como a pequeña escala (microcósmica)[22], aunque nunca alcance la certeza absoluta en virtud al *principio de incertidumbre* de Heisemberg, lo que constituye un límite o frontera respecto al problema metafísico de base que no es de su competencia resolver.

[18] Cfr. Juan José Sanguinetti, op. cit., pág. 147.

[19] *Acta Apostolicae Sedis*, 44, 1952, págs. 31-43.

[20] Cfr. Juan José Sanguinetti, op. cit., pág. 263 y ss.

[21] Cfr. Ilya Prigogine e Isabelle Stengers, *Entre el tiempo y la eternidad*, Buenos Aires, Alianza Editorial, 1992.

[22] Cfr. Stephen W. Hawking, op.cit., pág. 79.

Por su parte en biología parece imponerse el modelo evolucionista, que sostiene que todos los seres corpóreos se han ido transformando a partir de un origen común, y que como principales exponentes tiene a Lamarck (forzada adaptación del organismo al medio, que se trasmite hereditariamente), Darwin (la espontánea selección natural del más apto en la lucha por la supervivencia); Simpson (elabora una teoría sintética en la cual las mutaciones son producidas por el azar junto con la selección natural); Teilhard de Chardin (las mutaciones son resultado de un azar dirigido –¿por Dios?– a través de la ley de la complejificación hasta llegar al espíritu o conciencia en el punto Omega de la evolución natural); Monod (las mutaciones genéticas son producidas por el azar); Gould (las especies surgen de la ramificación de la especie progenitora y sería fruto de un cambio basado en la acumulación de características genéticas potenciales que irrumpen brusca y periódicamente por azar –equilibrio interrumpido–)[23].

Sin embargo, recientemente "un grupo de 67 científicos de diferentes países —Israel, Italia, Alemania y España— dirigidos por miembros del Instituto Nacional de Salud (NIH) y el Instituto de Investigaciones sobre el Genoma Humano (NHGRI) de los Estados Unidos consiguió elaborar el borrador más completo de la secuencia del genoma del chimpancé. La investigación se publica en el último número de la revista británica Nature. Al comparar ambos genomas se identificaron varias regiones en el genoma humano que llevan las marcas de una fuerte selección natural, pero se descubrió que en las secuencias correspondientes al chimpancé no existen. Lo importante es que esta secuencia da una idea de la magnitud de los cambios de los genomas del chimpancé y el humano. Hasta ahora se creía que la diferencia entre los genes de los humanos y los del chimpancé era del 1,2%. Pero en el estudio se notó que los cambios llegan a tener diferencias del 3% en regiones genéticas muy especiales, que conservan ambas especies"[24].

Por tanto, sin perjuicio de su gran aceptación, todavía existen muchos interrogantes y problemas no resueltos, como ser el origen de

[23] Cfr. Florencio José Arnaudo, *Creación y evolucionismo*, Buenos Aires, Educa, 1999.

[24] Diario *Clarín*, 1º de septiembre de 2005.

la vida a partir de la materia inerte, o el origen del pensamiento a partir de la vida irracional, dado que ambos hechos refieren a una discontinuidad metafísica que configura más que un paso cuantitativo en una escala ascendente, un verdadero salto cualitativo en el orden metafísico.

La aparición del evolucionismo dió origen a una gran polémica. Especialmente por la influencia de sus versiones materialistas, se lo consideró como el enemigo numero uno del creacionismo. En realidad, no puede oponerse *per se* creación y evolución. La verdadera oposición no es entre creacionismo y evolucionimo, pues se trata de niveles epistemológicos distintos (teológico y metafísico el primero, científico el segundo) y por tanto responden a preguntas distintas[25]. La verdadera oposición es entre creación y eternidad del mundo por un lado y entre evolucionismo y fijismo (que sostiene que los seres naturales siempre han sido como son hoy, p. ej. Linneo) por el otro. Respecto a la primera disyuntiva ya la tratamos. Por su parte sobre la segunda podemos decir que ambas (evolucionismo y fijismo) pueden ser compatibles con la doctrina de la creación en tanto y en cuanto no contradigan lo esencial de la misma. Por lo tanto la inclinación por una u otra es una cuestión científica sujeta a la comprobación empírica.

Por eso respecto de la evolución, ya San Agustín hablaba de las razones seminales puestas por Dios en el acto creador, Pío XII en Humani Generis la consideró una hipótesis seria que exigía ser investigada y Juan Pablo II en un mensaje a los miembros de la Academia Pontificia de Ciencias del 22 de octubre de 1996, manifestó que "hoy, casi medio siglo después de la publicación de la encíclica, nuevos conocimientos llevan a pensar que la teoría de la evolución es más que una hipótesis ... Existen también lecturas materialistas y reduccionistas al igual que lecturas espiritualistas. Aquí el juicio compete

[25] Joseph Ratzinger, *Creación y pecado*, Pamplona, Eunsa, 1992, pág. 75: "No podemos decir: Creación o Evolución; la manera correcta de plantear el problema debe ser: Creación y Evolución, pues ambas responden a preguntas distintas. La historia del barro y del aliento de Dios, que hemos oído antes, no nos cuenta cómo se origina el hombre. Nos relata que es él, su origen más íntimo, nos clarifica el proyecto que hay detrás de él. Y a la inversa, la teoría de la evolución trata de conocer y describir períodos biológicos. Pero con ello no puede aclarar el origen del 'proyecto' hombre, su origen íntimo ni su propia esencia. Nos encontramos, pues ante dos preguntas que en la misma medida se complementan y que no se excluyen mutuamente" .

propiamente a la filosofía y luego a la Teología (...) las teorías de la evolución que en función de las filosofías en las que se inspiran, consideran que el espíritu surge de las fuerzas de la materia viva o que se trata de un simple epifenómeno de esta materia, son incompatibles con la verdad sobre el hombre".

En consecuencia, en el caso del evolucionismo que hoy parece imponerse, sí corresponde discernir entre aquellas teorías reduccionistas y materialistas para las cuales el alma humana es solo un epifenómeno culminante de la evolución de la materia y no creada directamente por Dios en cada hombre, de aquellas teorías espiritualistas que sí resguardan el origen divino del proceso evolutivo, la intervención directa de Dios en la creación del alma humana[26] y que la diversidad de especies proviene de la diversidad de formas conforme al plan de Dios[27], sin perjuicio que sea necesaria una preparación o disposición de la materia como condición (o como causa material) para recibir la forma.

En efecto, mucho se discute sobre la compatibilidad o no del darwinismo con la doctrina de la creación[28], sobre todo a partir de la interpretación del párrafo final del Origen de las especies que dice: "Hay grandeza en esta opinión de que la vida con sus diversas facultades, fue infundida en su origen por el Creador en unas pocas formas o en una sola quizás y que innumerables formas bellísimas y llenas de maravillas se han desenvuelto de un origen tan simple para seguir desenvolviéndose en la sucesión de los siglos"[29]. En realidad, este párrafo no estaba en la versión original y recién aparece en la

[26] Pío XII, *Humani Generis*, 29.

[27] Santo Tomás de Aquino, C.G. libro II, 39 a 45.

[28] En un artículo publicado en el diario *New York Times*, el Arzobispo de Viena, Cardenal Christoph Schonborn, señaló que la teoría neo darwinista, que afirma que en la evolución no existe "designio inteligente" detrás de la creación, es incompatible con la fe de la Iglesia Católica y entra en conflicto con la naturaleza misma. El Arzobispo de Viena recordó que, si bien el Papa Juan Pablo II aceptaba la teoría de la evolución "como algo más que una hipótesis", precisó que "la Iglesia Católica, al dejarle a la ciencia muchos detalles sobre la historia de la vida en la tierra, afirma que a la luz de la razón el hombre puede discernir el propósito de la creación, incluido el mundo de las cosas vivientes. Nueva York, 9 de julio de 2005 (ACI).

[29] Charles Darwin, "*El origen de las especies*", Barcelona, Bruguera, 1982, pág. 671.

segunda edición como resultado de las numerosas críticas, como el mismo Darwin reconoce en una carta a J.D.Hoover del 29 de marzo de 1862 donde manifiesta "Haber tenido que ceder ante la opinión pública"[30]. En cambio, un neodarwinista como Gould (acepta la selección natural pero no el gradualismo de Darwin) ya no se plantea este problema y señala que la evolución "es un mecanismo impredecible que no responde a una intención única, externa. La imagen de un Dios –no importa qué Dios– sentado allá arriba, entre las nubes, diseñando las especies una tras una, ya no es una alternativa posible a la evolución"[31].

Pero el evolucionismo no se reduce, ni se agota en el darwinismo o el neodarwinismo. Por ejemplo, también encontramos otras concepciones evolutivas espiritualistas entre las que podemos citar a Corte (el evolucionismo requiere un principio, que sería Dios); Menvielle (si bien no afirma la evolución, la admite como posibilidad siempre que se salve el principio de causalidad creadora de todo lo que existe en general y del alma humana en cada hombre en particular); Ayala (aceptar la idea de que las personas son creadas por Dios es del todo compatible con la de que se desarrollan en los procesos naturales desde su concepción hasta la edad adulta); Overhage (Si la evolución es posible en la naturaleza es probable que haya sido incluida y no excluida de la creación concebida como un plan divino que se va desarrollando en el tiempo); Artigas (la teoría de la evolución no se opone a la necesidad de un Creador, pues solo estudian el origen de unos vivientes a partir de otros, pero siempre dependiente de la causa última de todo lo que existe –Dios–); Eccles (una Providencia divina que opera sobre y por encima de los sucesos materiales de la evolución biológica).

Ahora bien, no nos corresponde desde una perspectiva estrictamente filosófica, inclinarnos por un modelo cosmológico o por otro, ni por el evolucionismo o el fijismo en el plano biológico. Son las respectivas ciencias en sus ámbitos y competencias las que tendrán que buscar y tratar de encontrar las respuestas a los interrogantes referidos a los procesos de producción de los fenómenos, siempre y cuando se mantenga la debida compatibilidad con las verdades fundamentales de la filosofía y la teología.

[30] Cfr. Florencio José Arnaudo, *Creación y evolucionismo*, ob. cit.
[31] *La Nación Revista,* 18 de febrero de 1989.

Muchas veces, son los filósofos y los teólogos los que extralimitándose pretenden definir cuestiones científicas, pero también, otras veces son los científicos los que se sin entender se meten en cuestiones metafísicas, como por ejemplo relata el propio Hawking, al referirse a una reunión en la Pontificia Academia para las Ciencias, en 1981, donde dice que el Papa "nos dijo que estaba bien estudiar la evolución del universo después del Big Bang, pero que no debíamos indagar el Big Bang mismo porque se trataba del momento de la creación y por lo tanto de la obra de Dios. Me alegré entonces de que no conociese el tema de la charla que yo acababa de dar en la conferencia: la posibilidad de que el espacio-tiempo fuese finito pero no tuviese ninguna frontera, lo que significaría que no hubo ningún principio, ningún momento de Creación"[32]. En realidad, aquí el que confunde los ámbitos es el científico, pues el Papa al hablar del acto creador no se estaba refiriendo al inicio cronológico del proceso evolutivo, sino más bien al principio ontológico de todo lo que existe.

II. La ley natural

Luego de haber analizado la noción de orden natural especialmente en sus dimensiones física y biológica regido por las leyes naturales, tenemos que abordar ahora el orden moral, político y jurídico cuya primera regla es la ley natural (por participación de la ley eterna). Para considerar este tema tenemos que partir de dos distinciones fundamentales: 1) la distinción entre ley natural y leyes naturales; 2) La distinción entre conocimiento y reconocimiento de la ley natural.

II.1. La distinción entre ley natural y leyes naturales

Dice Juan Pablo II en *Veritatis Splendor* n° 47: "Han surgido las objeciones de fiscismo y naturalismo contra la concepción tradicional de la ley natural. Esta presentaría como leyes morales las que en sí mismas serían solo leyes biológicas. Así, muy superficialmente, se atribuiría a algunos comportamientos humanos un carácter perma-

[32] Stephen W. Hawkings, *Historia del Tiempo,* Buenos Aires, Crítica, 1988, pág. 156.

nente e inmutable, y, en base al mismo, se pretendería formular normas morales universalmente válidas"[33].

La manera de superar esta objeción, en la que de ninguna manera cae la doctrina tradicional de la ley natural, es distinguiendo entre las leyes naturales (físicas y biológicas) y la ley natural (moral). Santo Tomás de Aquino, el principal exponente de la doctrina tradicional de la Ley natural y en quien se inspira el Magisterio de la Iglesia sobre este tema, justamente se cuida bien de realizar esta distinción. En efecto, luego de definir la ley como *ordinatio rationis* al bien común en la celebre cuestión 90 de la 1-2[34], o sea, como una ordenación racional de medios a fines; en la cuestión siguiente distingue "La ley puede considerarse de dos maneras, ya que es regla y medida: como está en quien mide y regula y como está en lo medido y regulado; porque lo medido y regulado lo está en cuanto participa de la regla y medida. Por tanto, dado que todas las cosas gobernadas por la providencia están sujetas a la regla y medida de la ley, como antes dijimos, es claro que todas las cosas participan de la ley eterna, en cuanto la llevan impresa en sus inclinaciones a los propios actos y fines. Y entre las demás creaturas el hombre está dirigido de un modo más excelente por la divina providencia en cuanto el mismo cae bajo la dirección de la providencia, y a la vez dirige las cosas para su propio bien y el de los demás. De ahí que el hombre participa de la razón eterna, por la cual se inclina naturalmente al debido orden de sus actos y de su fin. Y tal participación de la ley eterna en la creatura racional es lo que llamamos ley natural".[35]

Como vemos el *aquinate* señala una doble "*existencia*" de la ley: una primera que podemos llamar ley en sentido *estricto, propio o formal*, en tanto la consideramos como regla y medida de las cosas, y como reglar y medir es propio de la razón, de esto se sigue que en este primer sentido la ley reside o existe en la razón, en conformidad con la tradicional definición de ley dada en la cuestión 90 (aquí podemos ubicar a *la ley natural* como participación de la ley eterna en la razón del hombre); sin embargo, agrega un segundo modo o existencia, que es la que tiene la ley en lo reglado y medido por ella, lo que nos permi-

[33] Juan Pablo II, *Veritatis Splendor*, n° 47.
[34] Santo Tomás de Aquino, S.Th. 1-2, Q. 90 artículo 4.
[35] Santo Tomás de Aquino, S. Teol., 2-1, q. 91, artículo 2°, resp.

te llamarla ley, no ya en sentido estricto, sino más bien en sentido *amplio, impropio o material*, en cuanto consiste en la materia regulada por la ley que participa de esta manera de la regla de la razón; en este segundo sentido la ley no reside en la razón, sino en las cosas mismas, que serían "lo legal" (aquí podemos ubicar a *las leyes naturales*).

Por eso, Santo Tomás, si bien distingue estos dos modos de participar de la ley eterna, reserva el término "ley natural" para la ley moral (que incluye lo ontológico por fundarse en él), que se da en el conocimiento que tiene el hombre de sus propias inclinaciones naturales. En consecuencia, sólo en el hombre la ley natural además de ser lo reglado y medido por la ley eterna, se transforma en regla y medida de su propia razón participada que dirige su obrar.[36]

Al respecto dice el Cardenal Ratzinger: "La naturaleza, efectivamente, no es –como lo afirma un cientificismo totalizante– una obra del azar y de las reglas de su juego, sino una creación. En ella se expresa el Creator Spiritus (el 'Espirítu creador'). Por eso, no existen solamente leyes naturales en el sentido de dinamismos psico-físicos: la ley natural verdadera y propiamente dicha es al mismo tiempo (también) ley moral. La creación misma nos enseña como podemos ser hombres de la manera que corresponde"[37].

Ahora bien, teniendo en cuenta que el hombre es una unidad sustancial de cuerpo y alma, o sea, no es solo cuerpo, aunque "es su cuerpo", ni es solo alma, aunque "es su alma", sin embargo, lo es en tanto cuerpo animado y alma incorporada en una única e indivisible unidad (su división o separación es justamente la muerte del ser

[36] Santo Tomás de Aquino, S. Teol., 2-1, Q. 91, artículo 2°, sol. 3°: "Que aún los animales irracionales participan a su modo de la razón eterna, como también la creatura racional. Pero porque la creatura racional participa de ella intelectual y racionalmente, por eso la participación de la ley eterna en la creatura racional se llama propiamente ley, por ser la ley algo de la razón, como se ha dicho (Q. 90, artículo 1°). Más, en las creaturas irracionales dicha participación no se da racionalmente, por lo que no puede hablarse de ley sino por semejanza".

[37] Joseph Ratzinger, *Iglesia y modernidad*, op. cit., pág. 32. En el mismo sentido, Dios y el mundo, Buenos Aires, Sudamericana, 2005, pág. 154 : "La naturaleza, como ya se ha dicho, no solo tiene leyes evolutivas como las que estudian las ciencias naturales, sino que lleva en su seno un mensaje más profundo. Nos proporciona orientación. Y cuando la Iglesia habla de ley natural, no se refiere a leyes en sentido científico, sino a la indicación interna que nos ilumina desde la creación".

humano y su re-unión en la resurrección es la definitiva constitución del hombre para la vida eterna). Dice Veritatis Splendor 50: "Es así como se puede comprender el verdadero significado de la ley natural, la cual se refiere a la naturaleza propia y originaria del hombre, a la 'naturaleza de la persona humana', que es la persona misma en la unidad del alma y del cuerpo, en la unidad de las inclinaciones de orden espiritual y biológico, así como de todas las demás características específicas, necesarias para alcanzar su fin (...) En realidad, solo con referencia a la persona humana en su 'totalidad unificada', es decir, 'alma que se expresa en el cuerpo informado por un espíritu inmortal', se puede entender el significado específicamente humano del cuerpo. En efecto, las inclinaciones naturales tienen una importancia moral solo cuando se refieren a la persona humana y a su realización auténtica, la cual se verifica siempre y solamente en la naturaleza humana. La Iglesia, al rechazar las manipulaciones de la corporeidad que alteran el significado, sirve al hombre y le indica el camino del amor verdadero, único medio para encontrar al verdadero Dios"[38].

En consecuencia, para tener una visión integral del hombre y de su ley es necesario conocer también su dimensión corporal y para eso es imprescindible un auténtico diálogo con las ciencias que estudian el cuerpo humano (la biología, la medicina, la genética, etc), sin perder de vista que no es un simple objeto, que no es solamente materia, sino que el cuerpo es el hombre, en su unión sustancial con el alma que constituye su principio vital y por el cual no es una mera yuxtaposición de células, sino un organismo, cuyo sujeto es la persona humana. Es así que las inclinaciones naturales biológicas y corporales comunes con otros seres naturales, en el hombre adquieren una dimensión nueva, humanizada, al ser regidas por un orden racional, propio y específico de lo humano (aunque participado como vimos), por el cual el hombre puede conocer su naturaleza y regirse conforme a su ley[39], como veremos a continuación.

[38] Juan Pablo II, *Veritatis Splendor*, n° 50.
[39] Cfr. Santo Tomás, S.Th. 1-2, Q. 94, artículo 2, sol. 2.

II.2. La distinción entre conocimiento y reconocimiento de la ley natural

Dice el Aquinate: "Y así como el ser es lo primero que se aprehende absolutamente, así el bien es lo primero que cae bajo la aprehensión de la razón práctica, que se ordena a la operación; porque todo agente obra por un fin que tiene razón de bien. Y por eso el primer principio en la razón práctica es el que se funda sobre la razón del bien, que es: El bien es lo que todos apetecen. Luego, éste es el primer precepto de la ley: que el bien debe hacerse y procurarse y evitarse el mal. Y sobre este se fundan todos los demás preceptos de la ley de la naturaleza; para que todas aquellas cosas a hacer o evitar que la razón práctica naturalmente aprehende que son bienes humanos pertenezcan a los preceptos de la ley. Mas por cuanto el bien tiene razón de fin y el mal razón de contrario, siguese que todo aquello a que tiene el hombre inclinación natural, la razón naturalmente lo aprehende como bueno y por consiguiente como que debe ejecutarlo, y lo contrario como malo y digno de evitarse. Así pues según el orden de las inclinaciones naturales es el orden de los preceptos de la ley de la naturaleza"[40].

Aquí el Angélico aborda el complejo tema del contenido de la ley natural. Así a continuación señala primero aquellas inclinaciones que el hombre tiene en común con todos los seres, como ser la conservación de la propia vida; segundo, aquellas otras que tiene en común con los demás animales como ser la conservación de la propia especie; y por último, aquellas que son específicas de su naturaleza racional, como ser el conocer la verdad y vivir en sociedad. Ahora bien, conforme a esto pertenecen a la ley natural, en primer lugar aquellas cosas por las que se conserva la vida humana y se impide lo contrario; en segundo lugar la unión de ambos sexos y la educación de la prole; y en tercer lugar que el hombre evite la ignorancia, el no dañar a los otros con quien se debe vivir y demás cosas que se refieren a esto. En el mismo sentido retoma el tema Juan Pablo II en *Veritatis Splendor* nº 51[41], o como dice San Pablo: "¡No os engañeis! Ni los impuros, ni los idolatras, ni los adulteros, ni los afeminados, ni los homosexuales,

[40] Santo Tomás de Aquino, S.Th. 1-2, Q. 94, artículo 2.
[41] Juan Pablo II, *Veritatis Splendor*, nº 51.

ni los ladrones, ni los avaros, ni los borrachos, ni los ultrajadores, ni los rapaces heredaran el Reino de Dios"[42].

Sin perjuicio de ello, afirma Graneris: "En el hombre los preceptos de derecho (ley) natural no se confunden con las inclinaciones y ni siquiera nacen de ellas, Santo Tomás quiere instituir un paralelismo, no una equivalencia, ni una filiación. Tampoco es un paralelismo que se resuelva en una transposición pasiva, que permita siempre un pasaje legítimo de la tendencia al precepto o a la licitud (...) Hay quien siente una fuerte tendencia al suicidio; pero la razón le dice también que esta es una tendencia no natural, y el debe obedecer el precepto de la conservación de la vida, que es paralelo a la tendencia contraria a la suya y realmente natural"[43]. De esta manera, dejan de ser naturales y resultan antinaturales, las patologías, los vicios, las perversiones, etc., en tanto y en cuanto alejan al hombre de su fin perfectivo, que se encuentra inscripto en su propia naturaleza, al identificarse la naturaleza misma con el fin, al ser la naturaleza humana la esencia humana misma en cuanto principio de operaciones en orden al fin (operari sequitur esse). Al respecto dice Derisi: "Fin y naturaleza son, por eso correlativos. A la luz de la finalidad es precisamente como se logra la perfecta comprensión del concepto de naturaleza, del orden natural y de las leyes naturales"[44].

"Ahora bien, –como dice Félix Lamas– en materia práctica el fin es el primer principio, pero a su vez está determinado por la propia naturaleza humana, en tanto esta incluye una constitutiva tendencia al fin; tendencia que, en tanto se inscribe en las fuentes del dinamismo animal y espiritual del hombre, recibe el nombre de apetito. Consiguientemente, se tiene esta secuencia: la naturaleza humana determina el fin y éste a su vez, es el criterio supremo del que surge la ley natural"[45].

[42] 1 Cor, 6, 9-10.

[43] Giuseppe Graneris, *Contribución Tomista a la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1977, pág. 93

[44] Octavio N. Derisi, *Los Fundamentos metafísicos del orden moral*, Buenos Aires,Educa, 1980, pág. 32.

[45] Félix Lamas y otros, *Los Principios y el derecho natural*, Buenos Aires, Educa, 2002, pág. 44.

En consecuencia, estos primeros principios prácticos que constituyen el contenido de la ley natural, los podemos conocer en tanto son principios evidentes (per se nota), indemostrables e inderivables, que la inteligencia en su función práctica capta como una patencia del bien. Por tanto no es necesario remontarse a ninguna premisa o principio anterior para fundar el razonamiento práctico (porque en ese caso no serían primeros), sin perjuicio que se apoyen en un conocimiento teórico anterior que le permite captar la evidencia del principio práctico. En suma, todo conocimiento (ya sea teórico o práctico) se funda sobre la noción de Ser, porque lo que primeramente cae bajo la aprehensión es el ente y así mientras la inteligencia o razón teórica contempla el ser bajo la razón de verum (verdad); el intelecto o razón práctica lo considera bajo la razón de bonun (verdad práctica que constituye su bien). En este sentido debe entenderse la conocida tesis de Pieper: "Todo deber ser se funda en el ser. La realidad es el fundamento de lo ético. El bien es lo conforme con la realidad"[46].

Por su parte, *Juan Pablo II* reafirma en *Veritatis Splendor* nº 51, la *universalidad* e *inmutabilidad* de la ley natural. *Universalidad* en cuanto inscripta en la naturaleza racional de la persona, se impone a todo ser dotado de razón y que vive en la historia, sin que esto implique negar la singularidad de cada ser humano, ni se opone a la unicidad e irrepetibilidad de cada persona. *Inmutabilidad* ya sea de los preceptos positivos que prescriben cumplir con algunas acciones que giran en torno de sus correspondientes virtudes, como de los preceptos negativos que consiste en prohibiciones de ciertas acciones, sin excepción (*semper et pro semper*). Estas leyes universales y permanentes corresponden a conocimientos de la razón práctica y se aplican a los actos particulares mediante el juicio de la conciencia[47].

En este sentido se debe interpretar el celebre pasaje de San Pablo en Rom 2, 14-15: "Cuando los gentiles que no tienen ley (escrita=torah), cumplen naturalmente las prescripciones de la ley, sin tener ley, para sí mismos son ley; como quienes muestran tener la realidad de esa ley escrita en su corazón, atestiguándolo su conciencia con sus juicios contrapuestos que les acusan y también les defienden"[48].

[46] Josef Pieper, *El descubrimiento de la realidad*, Madrid, Rialp, 1974, pág. 15.
[47] Cfr. Juan Pablo II, *Veritatis Splendor,* n° 51.
[48] Rom, 14-15.

Por lo tanto, a través del juicio (acto) de la conciencia se produce el reconocimiento de la ley natural previamente conocida en su universalidad por el hábito innato de la sindéresis. Juicio que se realiza a efectos de aplicarla a un caso particular aquí y ahora. En esto reside el fundamento de la distinción entre el conocimiento de la ley natural (por el hábito de la sindéresis) y su reconocimiento (por el juicio de la conciencia).

Ahora bien, este juicio de conciencia, que en sentido estricto o propio es individual, o sea, de cada ser humano, analógicamente puede extenderse a la sociedad toda y así hablar en sentido lato o impropio de una "conciencia colectiva" que reconoce o niega las exigencias objetivas de la ley natural como fundamento del orden social y primera regla de la razón práctica por la cual la conocemos. En consecuencia, cuando en la actualidad muchas veces se afirma que no se puede fundar el orden moral, social y político en la ley natural, porque no todos la aceptan, ni hay consenso sobre ella, se confunde el problema de la existencia y conocimiento de la ley natural que ya vimos, con su reconocimiento a través del juicio de la conciencia que a veces puede fallar en cuanto a los preceptos secundarios o en la aplicación del principio a los casos particulares, debido a los malos consejos, a la concupiscencia de la carne, o bien a costumbres depravadas y hábitos corrompidos[49].

Por eso, es un grave error (muy común últimamente) hacer depender la existencia y el conocimiento de la ley natural del consenso que exista sobre ella, poniendo de esta manera, el carro delante de los caballos. Al respecto dice Hans Küng: "Claro está que en el nuevo paradigma la política no se ha vuelto más fácil, sino que sigue siendo –aunque sin violencia– 'el arte de lo posible'. Si queremos que funcione, no puede fundarse en un pluralismo arbitrario 'posmoderno'. Más bien presupone un consenso social con respecto a determinados valores, derechos y deberes fundamentales; consenso social básico que debe ser compartido por todos los grupos sociales, por creyentes y no creyentes, por los miembros de las diferentes naciones, religiones, filosofías y concepciones del mundo. En otras palabras: este consenso social, que un sistema democrático no debe imponer sino presuponer, no consiste en un sistema ético común. Consiste en un núcleo común que incluye valores y normas, derechos y deberes elementales; una ac-

[49] Cfr. Santo Tomás de Aquino, S. Th. 1-2, Q. 94, artículo 6.

titud ética común, es decir, un ethos –manera de comportarse– de la humanidad. Una ética global que no es una nueva ideología o 'superestructura', sino que enlaza entre sí los recursos religioso-filosóficos comunes ya existentes de la humanidad, sin imponerlos por ley desde fuera sino interiorizándolos de manera consciente"[50].

En realidad, no es la ley natural la que se funda o depende del consenso, sino que es el consenso el que debe fundarse y depender de la ley natural, pues solo puede haber consenso entre seres racionales y libres, o sea, que tienen una determinada naturaleza (racional) y por ende una determinada ley. En otras palabras, es bueno que exista consenso que reconozca ciertos bienes o valores básicos, pero estos bienes o valores existen y valen, no por el consenso que podamos tener sobre ellos, sino por naturaleza (per se), y los podemos conocer (como ya vimos) por la ley natural. Por el contrario, el consenso solo, sin fundamento alguno no puede constituirse en la base o sostén de todo el orden social, pues no es, ni puede ser por sí mismo, una justificación objetiva común y firme donde se pueda apelar, sino, que en el mejor de los casos, solo se trata de un punto de referencia intersubjetivo, relativo y variable, que no reúne las condiciones para ser considerado un verdadero fundamento.

Este problema o confusión, es el que en otro contexto, y salvando la distancias, le critica Habermas a Rawls cuando sostiene que en la fundamentación de sus famosos principios de justicia, confunde la cuestión de la justificación racional de los mismos a través de un contrato hipotético, con los de su aceptación efectiva en un consenso real[51]. En efecto, desde el mismo consensualismo, Habermas distingue el aspecto cognitivo de los principios obtenidos por un consenso puramente procedimental y formal por un lado, del aspecto motivacional en donde en la aceptación de cada uno, de hecho aparece el influjo de las distintas tradiciones religiosas, culturales y filosóficas por el otro[52]. Algo parecido sucede en este caso, pues desconocer

[50] Hans Küng, "Por una ética global", Revista *Cias*, Buenos Aires, abril 2004, año LIII, nº 531, pág. 126.

[51] Jürgen Habermas y John Rawls, *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona, Paidós, 2000, pág. 43.

[52] Jürgens Habermas, "Las bases morales prepolíticas del Estado Liberal". Debate con Jürgen Habermas, Academia de Baviera, enero 2004, publicado por *La Nación*, 14 de mayo de 2005.

la ley natural porque no hay consenso sobre ella, es confundir su justificación racional en la evidencia *per se nota* de sus principios (como ya vimos), con la aceptación efectiva de la misma en el juicio de conciencia de todos y cada uno de los hombres, que justamente nos permite distinguir la conciencia recta y verdadera de la conciencia errada.

Al respecto cito las palabras de Juan Pablo II a los participantes en la sesión plenaria de la Congregación para la Doctrina de la Fe del 6 de febrero de 2004: "Otro tema importante y urgente que quisiera presentar a vuestra atención es el de la ley moral natural. Esta ley pertenece al gran patrimonio de la sabiduría humana, que la Revelación, con su luz, ha contribuido a purificar y desarrollar ulteriormente. La ley natural, de por sí accesible a toda criatura racional, indica las normas primeras y esenciales que regulan la vida moral. Sobre la base de esta ley se puede construir una plataforma de valores compartidos, en torno a los cuales es posible mantener un diálogo constructivo con todos los hombres de buena voluntad y, más en general, con la sociedad secular. Hoy, como consecuencia de la crisis de la metafísica, en muchos ambientes ya no se reconoce una verdad inscripta en el corazón de toda persona humana. Así, por una parte, se difunde entre los creyentes una moral de índole fideísta y, por otra, falta una referencia objetiva a las legislaciones, que a menudo se basan sólo en el consenso social, de modo que es cada vez más difícil llegar a un fundamento ético común a toda la humanidad. En las cartas encíclicas *Veritatis Splendor* y *Fides et ratio* quise ofrecer elementos útiles para redescubrir, entre otras cosas, la idea de la ley moral natural. Por desgracia, no parece que estas enseñanzas hayan sido aceptadas hasta ahora en la medida deseada, y la compleja problemática requiere ulteriores profundizaciones. Por tanto, os invito a promover oportunas iniciativas con la finalidad de contribuir a una renovación constructiva de la doctrina sobre la ley moral natural, buscando también convergencias con representantes de las diversas confesiones, religiones y culturas"[53].

Quizás siglos secularismo, de subjetivismo e individualismo nos lleva a un contradictorio relativismo absoluto (donde lo único absolu-

[53] Juan Pablo II, *Discurso ante la sesión plenaria de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe,* 6 de febrero de 2004.

to es que todo es relativo), que niega la existencia misma de la verdad objetiva y absoluta, sustituyéndola por "verdades" subjetivas e individuales relativas, introduciéndonos en la situación de confusión (cual nueva Babel) en la que nos encontramos hoy. Situación que es imputable tanto al fracaso de la razón todopoderosa e instrumental de la modernidad, como a la incapacidad del "*pensamiento débil*" posmoderno, pero igualmente instrumental y funcional, que al decir de Vattimo no reconoce ningún *Grund* fundamento, ninguna verdad última, sino solo aperturas históricas[54], o como afirma Lyotard renuncia a los "metarelatos", como explicación última de la realidad[55].

Frente a este panorama es pertinente recordar el llamado realizado por Juan Pablo II en *Fides et ratio* n° 83: "Solo deseo afirmar que la realidad y la verdad trascienden lo fáctico y lo empírico y reivindicar la capacidad que tiene el hombre de conocer esta dimensión trascendente y metafísica de manera verdadera y cierta, aunque imperfecta y analógica. En este sentido, la metafísica no se ha de considerar como alternativa a la antropología, ya que la metafísica permite precisamente dar un fundamento al concepto de dignidad de la persona por su condición espiritual. La persona, en particular, es el ámbito privilegiado para el encuentro con el ser y, por lo tanto, con la reflexión metafísica...Un gran reto que tenemos al final de este milenio es el de saber realizar el paso, tan necesario, como urgente, del fenómeno al fundamento"[56].

Y justamente desde esta reivindicación y reafirmación metafísica hay que buscar –como dice Juan Pablo II en el discurso a la Sagrada Congregación recientemente citado– un dialogo auténtico y fecundo, tanto *intercultural* (pues todas las culturas que se precien de ser autenticas se apoyan en la naturaleza humana y en esta dimensión metafísica), como *interreligioso* (pues también, las grandes religiones reconocen en los aspectos esenciales –los primeros principios– esta verdad fundamental de la ley natural). Ahora bien, ¿esto quiere decir que todas las culturas y todas las respuestas son iguales en verdad? ¿en el

[54] Cfr. Gianni Vattimo, *El fin de la modernidad*, Barcelona, Gedisa, 1986, pág. 154.

[55] Cfr. Jean Francois Lyotard, *La posmodernidad*, Barcelona, Gedisa, 1999, pág. 31.

[56] Juan Pablo II, *Fides et Ratio,* nº 83.

orden religioso significa que todas las religiones son caminos alternativos para la salvación?' La respuesta a estos interrogantes es no.

Al respecto dice el Cardenal Ratzinger: "Antes de tratar de llegar a alguna conclusión, quisiera transitar brevemente por la senda en la que acabo de adentrarme. A mi entender, hoy la interculturalidad es una dimensión imprescindible de la discusión en torno de cuestiones fundamentales de la naturaleza humana, que no puede dirimirse únicamente dentro del cristianismo ni de la tradición racionalista occidental. Es cierto que ambos se consideran, desde su propia perspectiva, fenómenos universales, y lo son quizá también de iure (de derecho); pero de facto (de hecho) tienen que reconocer que sólo son aceptados en partes de la humanidad, y sólo para esas partes de la humanidad resultan comprensibles. Con todo, el número de las culturas en competencia es en realidad mucho más limitado de lo que podría parecer (...) yo hablaría de la necesidad de una relación correlativa entre razón y fe, razón y religión, que están llamadas a depurarse y redimirse recíprocamente, que se necesitan mutuamente y que deben reconocerlo frente al otro. Esta regla básica debe concretarse en la práctica dentro del contexto intercultural de nuestro presente. Sin duda, los dos grandes agentes de esa relación correlativa son la fe cristiana y la racionalidad secular occidental. Esto puede y debe afirmarse sin caer en un equivocado eurocentrismo. Ambos determinan la situación mundial en una medida mayor que las demás fuerzas culturales. Pero eso no significa que las otras culturas puedan dejarse de lado como una especie de quantité négligeable"[57].

En cuanto a la racionalidad secular, podemos decir que lo que tiene de unidad y universalidad le viene de la deformación de una verdad cristiana, de la pretendida sustitución del Logos divino trascendente por la Ratio humana autónoma e inmanente reeditando el pecado del hombre adámico que pretende ser Dios, robando el "fuego sagrado" del "bien" y del "mal", de la "vida" y la "muerte", cuan nuevo Prometeo, desconociendo que solamente nos divinizamos por herencia y no por usurpación (por la redención de Cristo nos hacemos hijos de Dios).

[57] Joseph Ratzinger, "Las bases morales prepolíticas del Estado Liberal". Debate con Jürgen Habermas, Academia de Baviera, enero 2004, publicado por *La Nación*, 14 de mayo de 2005.

Por su parte respecto a la fe cristiana, si bien de hecho, la Iglesia Católica no es universalmente reconocida, pues hay un pluralismo religioso *de facto*; de derecho es universal y es la única Iglesia que *de iure* constituye camino auténtico de salvación[58], porque es la única que descubre el misterio profundo del hombre que solamente se esclarece en el misterio del verbo encarnado[59]. Donde el orden natural como orden creado se extiende en un orden de la gracia que sana (el desorden producido por la "ley" de la concupiscencia o pecado, inscripta en nuestra naturaleza caída y que Santo Tomás llamaba la "ley" de Fomes) y eleva a un orden sobrenatural que es el único y verdadero fundamento, incluso del propio orden natural, pues como dice Chestertón: "Quitad lo sobrenatural y solo quedará lo que no es natural". Por eso la ley moral natural se extiende y plenifica en la ley del Espíritu, por la cual en lenguaje paulino dejamos el hombre viejo somático para transformarnos en un hombre nuevo pneumático. Así el hombre solo se realiza en Cristo, o sea, la antropología se extiende y se entiende en y desde la Cristología.

III. Conclusión

De esta manera se rompe –como dice Mons. Zecca– el falso dilema del iluminismo: o Dios o el hombre[60], pues solo podemos entender el misterio del hombre y de su naturaleza, en tanto lo consideremos como ser creado y redimido por Dios. Sartre por la vía de la negación, sin quererlo lo confirma, al sostener que no hay esencia, ni naturaleza humana, porque no existe Dios para concebirla[61]. En el mismo sentido Dostoiewsky en "los hermanos Karamasov dice : "Todo está permitido si Dios no existe"[62]. Y esto es verdad, pero también es verdad (como dice Santo Tomás), que Dios existe, o más bien ES, luego hay esencia, hay naturaleza, hay verdad y hay ley. En última instan-

[58] Cfr. *Dominus Iesus,* nº 4 y 22.

[59] Cfr. *Gaudium et Spes,* nº 22.

[60] Alfredo Zecca y otros, *Recrear el humanismo cristiano*, Buenos Aires, San Pablo, 2005, pág. 26.

[61] Cfr. *El existencialismo es un humanismo,* Buenos Aires, Ediciones del 80, pág. 16.

[62] F. Dostoiewsky, *Les fréres Karamasov*, Paris, Baudelaire, 1965, p. 279.

cia, el problema que enfrenta el hombre actual (ustedes y yo), es la búsqueda de un fundamento, o en el paradójico absolutismo del relativismo que lleva a la disolución y a la nada o en el único fundamento absoluto de todo lo que existe, de lo que el hombre es y de lo que debe ser: Dios (Creador y Redentor) que por el contrario nos lleva a la vida verdadera.

TIPICIDAD Y LEY NATURAL CON RELACIÓN A LA CONCRECIÓN DEL DERECHO. LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA INTERRUMPIR UN EMBARAZO: ¿SOLUCIÓN JUSTA?

María Inés Montesano

I. El caso

Se intentará realizar un aporte metodológico del derecho a partir del análisis de la resolución judicial de un caso concreto (fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, del 27 de junio de 2005 –causa Ac.95.464 C.P.d.P.A.K. Autorización–), con la pretensión de mostrar que no se ha arribado a una solución justa al autorizarse la interrupción de un embarazo.

Entre uno de los argumentos por los cuales se justifica la autorización del acto abortivo se sentó la siguiente regla: "El aborto solo puede ser realizado como una medida terapéutica ante la necesidad de evitar un grave y eminente peligro para la vida, la salud o la integridad de la madre, siempre que no haya otro medio rápido y eficaz recomendado, contando con el consentimiento informado de ambos progenitores, debiendo ser aprobada la decisión por una junta médica de por lo menos tres miembros..."[1]. El magistrado expresa que funda esta regla en el artículo 86 inciso 1º, código penal, códigos de etica médica y pactos con jerarquía constitucional.

[1] Voto del doctor Lázzari, punto V.

Sin embargo esta "regla" no tiene sustento en el orden jurídico argentino. La constitución nacional protege el derecho a la vida desde la concepción[2]. Del mismo modo lo hacen los tratados con jerarquía constitucional[3] y la ley[4]. La ley penal[5] exime de pena a la madre y médico que realice un "aborto terapéutico" sin perjuicio que la constitucionalidad de esta norma debería analizarse a la luz de la jerarquización constitucional de tratados que protegen el derecho a la vida desde la concepción.

Afirmamos que la solución adoptada no sólo no es correcta[6] ya que se aparta de la consideración que de los bienes jurídicos hace el orden jurídico argentino; sino que tampoco es justa, por conculcar un bien de la persona independientemente de su reconocimiento o no por el derecho, como es el derecho a la vida de la persona por nacer. Éste surge de la existencia de la persona y no de su reconocimiento por el derecho positivo.[7]

Consideramos que dado un caso concreto la solución jurídica debe derivar de alguna o algunas normas jurídicas y no de una regla que defina el juzgador según algún criterio suyo acerca de lo justo. O sea que hay casos que pueden resolverse por la aplicación de alguna norma o por la integración sistemática de todas las que pudieran resultar aplicables. Sin perjuicio que por norma no entendemos sólo el derecho positivo.

En el supuesto que el juzgador considere que el caso sometido a examen no esté regulado por una norma abstracta, puede pensarse que la solución ha de estar dada por una discrecionalidad judicial arbitraria[8], o bien considerar que la solución al caso debe provenir de

[2] Artículo 33 de la constitución nacional, doctrina de la Corte Suprema caso "Saguir Dib", *Fallos,* t. 302, pág. 1284.

[3] Artículo 4.1, Pacto de San José de Costa Rica; artículo 6.1 de la Convención de los Derechos del Niño.

[4] Artículo 70 y 63 del código civil y delitos contra la vida del código penal.

[5] Artículo 86 inciso 1.

[6] En este sentido decimos que no es correcta porque no es la solución acorde con las normas que regulan el derecho a la vida en la República Argentina, conf. C. Beduschi, *Tipicitá e diritto*, Padova, 1987, cap. X, y Félix Lamas, "Lenguaje, Dialéctica y Metodología Jurídica", en *Revista Internacional de Filosofía Práctica*, t.1.

[7] En este sentido y más allá de lo que afirma el ordenamiento jurídico del país se debe reconocer identidad de jerarquía a ambas vidas porque así lo establece la ley, por identidad de dignidad de ambas vidas, porque son idénticas en esencia y por ello, la ley resulta justa al proteger a ambas. Conf. Félix Lamas, "Lenguaje, Dialéctica y Metodología Jurídica", en *Revista Internacional de Filosofía Práctica*, t. 1, pág. 17.

[8] Massini citando a Covel acerca de Dworkin en "Dworkin, Finnis y la única respuesta correcta", ponencia presentada en las Jornadas Internacionales de Filosofía Universidad Austral, 2005.

algún principio que provea el criterio de solución que puede entenderse como única, o posible y compatible con otras soluciones también posibles.[9]

Ahora bien, en este plano es donde debemos detenernos y afirmar que el juez decide conforme a derecho cuando saca a relucir los derechos concretos de las partes, sus bienes jurídicos reales, los cuales en principio debe procurar armonizar. O sea que más allá que haya varias soluciones lógicamente admisibles debe preferirse la que más deja a la luz los derechos de las partes. Entonces el derecho será plenamente la ciencia que estudia lo suyo de cada uno y que en el ámbito prudencial logra dar a cada uno "su derecho".

Y aquí es donde no podemos desentendernos de la doctrina aristotélico tomista, o sea realista, para tomar en consideración a la realidad como base para un correcto razonamiento jurídico. No podemos perder de vista que el razonamiento jurídico tiene como base, o sea como realidad previa, los derechos de cada uno[10]. Y será más justa la respuesta jurídica a un caso concreto y mejor se habrá usado la argumentación cuanto más se haga posible la realización del derecho de cada uno, o sea, cuanto la solución más se acerque a la realidad jurídica que debe tender a proteger. En definitiva, el razonamiento jurídico no puede perder de vista su objeto. No se contenta con ser sólo una técnica para alcanzar respuestas ciertas a problemas de coordinación social sino que no puede perder de vista su carácter de acto moral por ser un acto moral el que en definitiva estará mandado o prohibido[11].

Dicho de otra manera, y siguiendo al profesor Goytisolo: "Si ... se opta por centrar el ser del derecho en su genuino significado de lo que es justo ... la *res iusta* en concreto y en acto, su fuente, en el sentido de su fundamento primero es Dios ... y el orden por Él insto en su obra creadora, que los hombres sólo podemos conocer, limitadamente, a través de las cosas sensibles, ascendiendo a lo inteligible; subiendo de las cosas materiales a las del espíritu, del conocimiento de los efectos a las

[9] Massini acerca de Dworkin, ib.

[10] En este punto, en cuanto a la consideración de lo suyo de cada uno, debemos tener presente que el derecho se da entre sujetos de derecho y cuando este es una persona, deben tenerse en cuenta su existencia y su dignidad.

[11] Massini, ib.

causas, hasta lograr el mayor conocimiento posible de la naturaleza de las cosas, que constituye la fuente material más general mediata para el conocimiento del derecho por los hombres ... Se trata de hallar criterios o pautas objetivas que impidan toda subjetividad en los juicios".[12]

En el caso en examen la regla que se crea no tiene en consideración el bien de la vida que pertenece a la persona por nacer. Entonces el juzgador establece una regla partiendo de una opción mental previa (prevalece el valor de la vida de la madre y prescinde de la consideración del derecho a la vida de la persona por nacer).

El razonamiento jurídico no arriba a su objeto (decir el derecho) si consiste en justificar (aunque sea normativamente) una hipótesis elegida a priori, sino que debe llegar a alcanzar una solución justa a partir de los datos reales de que se trate en el caso concreto y mediante la aplicación de las normas a los datos adquiridos de lo real. El Derecho no puede quedar en el plano lógico prescindiendo de lo real. Su materia es la conducta humana y la regula según una formalidad de justicia. Esta consiste en la voluntad de dar a cada uno lo suyo; y lo suyo de cada uno lo descubrimos a partir del análisis de lo real del caso que se somete a decisión. Así tiene sentido hablar de normas y sistema jurídico. Si se prescinde de la realidad, y se pretende basar la solución "justa" en la norma o principio "a priori" ajenos de lo real, no se puede llamar más jurídico a ese razonamiento –salvo que acuerde llamar jurídico a lo arbitrario-. Pero entonces no construiremos una sociedad cada vez más justa sino que bajo la excusa del derecho construiremos una sociedad cada vez más anárquica cuyo norte no será el bien común sino el criterio con que venga arropado nuestro juzgador[13].

En primer lugar establecemos que una solución jurídica no puede dejar de lado sin más un bien jurídicamente protegido sin perjuicio de que es posible buscar la solución más justa para el caso concreto que será aquella, que en concreto haga brillar de la mejor manera posible los derechos de los sujetos involucrados en el caso. O sea, entre una solución injusta y la más justa posible se dan soluciones que pueden ser justas en mayor o menor medida.

[12] J. B.Vallet de Goytisolo, *¿Fuentes formales del derecho o elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos?,* 2004, pág. 21.

[13] Cardenal Jorge Bergoglio, "La nación por construir", en *El Derecho,* 6 de julio de 2005.

En el caso se ha optado por la decisión más injusta: autorizar la supresión de la vida de la persona por nacer. Si no hubiera una palabra específica para nombrarla (aborto) deberíamos hablar de la autorización para matar. Quizás de este modo se tomaría mayor conciencia del acto aberrante que se ha autorizado.

II. Una propuesta desde el ámbito de la metodología para resolver la cuestión

En el caso se plantea una cuestión con la pretensión de ser decidida jurídicamente. O sea existe un caso concreto que es llevado a los estrados judiciales. La cuestión que se somete es el pedido de autorización judicial para realizar un "aborto terapéutico".

Queremos aportar una solución posible teniendo en cuenta los instrumentos reales, legal y metodológicos de que disponemos.

Llamamos elementos reales a los que surgen del caso real: una mujer que se encuentra embarazada y aporta certificados por los que pretende justificar que su vida o su salud se encuentran en riesgo, intenta obtener la autorización judicial para concretar el acto abortivo.

Llamamos elemento legal a la normativa que resulta aplicable al caso en el territorio y tiempo de planteo de la cuestión.

Y llamamos instrumento metodológico al modo como puede llegarse a resolver la cuestión teniendo en cuenta la complejidad del caso – analizando los bienes jurídicos que se encuentran en juego-, la normativa aplicable: si el caso se encuentra o no regulado en el orden jurídico argentino[14], y en el caso que lo esté cual sería el modo más adecuado de resolución.[15] Adelantamos que el caso encuentra solución en las normas del orden jurídico argentino.

[14] Gentile, "Lenguaje y dialéctica en la experiencia jurídica", *Revista* citada: "... (la dialéctica expresa) el modo en el que, en el ámbito de lo jurídico, se relacionan orden y ordenamiento, imposible éste, el ordenamiento sin el orden en tanto tal, certificado aquél, el orden, por el ordenamiento como su condición, sin que por ello orden y ordenamiento coincidan", pág. 33.

[15] Este punto es crucial para la filosofía del derecho, porque o bien consideramos que dada una "norma" existen varias alternativas posibles de solución, todas válidamente correctas porque adecuadas a la norma; o bien debemos admitir que en el ámbito del conocimiento práctico, en tanto referido al bien (común o del hombre) habrá una solución concreta más conveniente, posible o mejor.

Nos proponemos ver si existe una solución que podamos llamar más justa o, si al menos, existen soluciones que sean más justas que otras; o si algunas puedan ser injustas.

O sea, aún admitiendo que teóricamente pueda haber varias soluciones por no estar en oposición con la norma que se debe aplicar, debemos analizar si existe la posibilidad de que alguna solución aún "subsumible"[16] en la norma, pueda resultar injusta o no conveniente.

En primer lugar debemos analizar la realidad del caso traído a examen. Existen dos bienes jurídicos –la vida de la madre y la vida del feto– que son los que se encuentran en conflicto.

Ahora bien en primer lugar debemos analizar si el conflicto es real o aparente y dado el modo como se ha planteado la cuestión aparece evidente que el conflicto es real: se pide una autorización para realizar un aborto. Por lo que se pretende la supresión directa de la vida de la persona por nacer. O sea, por un lado existe un riesgo en la vida o salud de la madre, tanto de autorizarse como de denegarse la autorización para interrumpir el embarazo; y por otro, la certeza de la muerte del feto de autorizarse la conducta abortiva.

El paso siguiente será buscar una solución jurídica al problema para lo cual debemos establecer cual aparece prima facie como la normativa aplicable, o sea cual es el derecho que se deberá tener en cuenta para arribar a una solución jurídica. Se debe establecer cuáles son los principios o normas aplicables caso concreto teniendo en cuenta los bienes jurídicos expuestos.

Una vez que encontradas las normas aplicables y hasta los principios, se deberá realizar un trabajo de metodología. Entonces se analizará en primer lugar el modo de integración de las normas a aplicar de forma que no resulten gratuitamente conculcados derechos de cualquiera de las partes.

Pero previo a todo ello se deberá sentar una base: el juez ¿debe aplicar el derecho, o puede juzgar un caso concreto conforme su idea de justicia de la solución que proponga? O sea, ¿existe un orden jurídico independiente del criterio previo que el juez puede tener? El juez ¿puede prescindir del sistema normativo para resolver la cuestión? En juez es el encargado de decir el derecho para el caso concreto; pero

[16] Advertimos que más que "subsumible" debemos ver en qué medida una norma es aplicable a un caso.

puede hacerlo libremente o ¿está sujeto a algún tipo de criterio que surge del orden jurídico? O sea, ¿el juez debe conocer el derecho para aplicarlo, o más bien no es preciso ser un jurista para tener el puesto de juez?

En el fondo deberá resolverse la presente cuestión: ¿cuál es la función del derecho en el ámbito de lo social? ¿Podemos afirmar que la controversia puede resolverse ajena a los criterios jurídicos... que son de antigua data en la historia de la humanidad?

Sostenemos que no. Una persona que no conoce la ciencia médica no puede medicar, una persona que no es arquitecta no puede firmar planos para construir una casa, una persona que no conoce el derecho no pude juzgar un caso concreto que le someten los particulares.

El juez no sólo debe conocer el derecho, debe aplicarlo. Y el derecho que aplica lo encuentra en las normas jurídicas, costumbres jurídicas, principios jurídicos, válidos y vigentes en el tiempo y espacio en que debe vivir. Ya adelantamos que las normas jurídicas no coinciden siempre con el derecho positivo. En este sentido: "tampoco será posible entender nada del derecho mientras se tenga los ojos puestos sobre las leyes y los códigos o, ... sobre los comentarios de los juristas"[17] En el mismo sentido: "Si ... el derecho ... gira entono del eje *naturaleza de las cosas – hecho jurídico,* la perspectiva metodológica que debemos contemplar no es la del ordenamiento jurídico ni la de las denominadas fuentes del derecho, sino la de aquel eje"[18].

En el caso concreto existen normas y principios jurídicos que protegen el derecho a la vida de la persona por nacer desde la concepción.

Nos preguntamos cuál ha sido la metodología seguida por los votantes para llegar a la conclusión que podía autorizarse la "supresión" de la vida de la persona por nacer y esto nos proponemos en este trabajo para luego hacer un aporte metodológico de la cuestión.

La metodología usada por los jueces que han autorizado la práctica abortiva ha partido de reglas y criterios definidos a priori: por ejemplo que la vida de la madre tiene mayor valor que la vida del feto[19].

[17] F. Gentile, citando a Benedetto Croce, *Filosofia della pratica,* en revista citada, pág. 33.

[18] J. B. Vallet de Goytisolo , *¿Fuentes formales del derecho?,* pág. 28.

[19] Voto Dr. Lázzari, Dr. Soria, Dr. Sal Llargués..

En primer lugar afirmamos que el caso encuentra solución en las normas jurídicas argentinas. Por otro lado existe una relación entre la conducta jurídica debida y la norma jurídica que la regula. Y esta relación es el fundamento del deber de aplicación de la norma por el juez. Como se ve estas cuestiones responden al problema de la determinación del derecho.

III. El aporte desde la tipología y la ley natural para la determinación del derecho

La norma jurídica manda, prohibe o permite la realización de una conducta a través de descripciones de tipos. La norma jurídica se vale de conceptos o estados de cosas, esquemas potenciales de conductas. La norma jurídica consiste en un juicio práctico en el sentido que dirige la acción humana. La norma jurídica (norma jurídica legal, judicial administrativa, contractual o consuetudinaria), enuncia no ya una decisión irracional de la voluntad del legislador, juez, administrador, etc dirigida a regular conductas sino una ordenación racional de medios a fines y para ello se vale de conceptos o tipos que significan cosas o estados de cosas, ordenándolos en función de la finalidad jurídica.[20]

Los esquemas típicos son esquemas de conductas. Las conductas tienen alguna finalidad. Para admitir que determinado esquema típico o conjunto de esquemas se refieren a una determinada conducta –o sea que determinada norma puede ser aplicable a un caso– la relación entre los elementos de la conducta debe estar en función de una finalidad que coincida con la relación entre los elementos de las descripciones típicas normativas.

Los tipos consisten en descripciones más o menos flexibles de los estados de cosas cuyos elementos están relacionados en función de una finalidad. Y esta es la que confiere unidad al estado de cosas descripto en el tipo.

Y entonces la conducta se subsume en la norma cuando el estado de cosas (tipo) que integra el caso se ordena en función del fin de la norma. O dicho de otra manera: una norma resulta aplicable a un caso

[20] Lamas, "Lenguaje, Dialéctica y Metodología Jurídica", en *Revista Internacional de Filosofía Práctica*, t. 1, págs. 27 y 28.

cuando el esquema típico de la conducta coincide con el orden de los elementos hallados en la conducta concreta. Y esto debe estar referido a un fin, por tratarse de conducta humana.[21]

En el caso analizado, la autorización para interrumpir en embarazo (contra el valor vida) no puede concederse porque el orden jurídico protege el valor vida de la persona[22]. O sea la finalidad de la norma (protección de la vida) que defiende el orden jurídico argentino, no se cumple de autorizarse la interrupción del embarazo. Entonces deberá buscarse otra solución: por ejemplo arbitrar todos los medios necesarios para intentar salvar a ambas[23] o resignarse a la actuación del principio del doble efecto[24].

Tratándose el derecho de un orden normativo que se da en el ámbito de lo social con la formalidad de la justicia, la finalidad de la norma debe estar en función del bien común político. Este se identifica con el fin de la ley natural en el ámbito de lo político y coincide con los principios del derecho natural. En definitiva el orden moral aparece como fundamento del orden jurídico ya que no se entiende la finalidad política sino enmarcada en la finalidad moral.

En realidad los principios del derecho, o contenido del bien común político, informan todo el orden jurídico. Ello, por ejemplo explica los casos de insignificancia jurídica: que aunque la conducta se subsuma formalmente en la norma, materialmente no corresponde la subsunción ya que dada la insignificancia jurídica no se afecta la finalidad buscada por el ordenamiento jurídico.

Se explica así la enseñanza de Aristóteles cuando afirma que la epikeia –que es aquello en lo que consiste lo justo en un caso excepcional– es la rectificación de lo justo legal. Aunque una conducta apa-

[21] Félix Lamas, "Hechos, valor, norma", en *Revista Internacional de Filosofía del Derecho*, t. II.

[22] En un enunciado normativo están implicados enunciados estimativos, Félix Lamas, idem ant., pág. 17. Si se autoriza la interrupción del embarazo (enunciado normativo), implica que el juzgador ha tomado como enuniado estimativo la prescindibilidad de la vida para la persona por nacer. Y ese enunciado estimativo se encuentra opuesto al valor que le concede a la vida el orden jurídico argentino.

[23] Dado que ambas vidas tienen idéntico valor.

[24] Véase D. A. Herrera, "Aborto ¿De que se trata? ¿De que se habla?", *El Derecho,* 31 de diciembre de 2004.

rezca formalmente contenida en una norma: no pueden escalarse los muros de la ciudad a la noche; no se aplica la norma al que lo hace para la defensa y no para el ataque de la ciudad. Lo que hay en el fondo es una referencia a alguna finalidad; tanto de la norma como de la conducta, sin decirlo expresamente se refieren a algún fin y ése es el que le da sentido al orden de los elementos que las constituyen (a las normas y a la conducta). El tipo consiste precisamente en la descripción del estado de cosas conforme a una finalidad.

La validez de una norma en general se identifica con su *verdad práctica*, reducible esta a su vez a la verdad del fin y a la verdad prudencial del medio, en tanto *adecuadamente* ordenado al fin[25]. La validez de una norma depende de su racionalidad práctica, y de la verdad de sus enunciados teóricos – acerca de hechos (entendido como estado de cosas o acontecimientos) y acerca de las cosas que se ordenan y a las cuales se ordena, que le sirven de fundamento[26].

Siguiendo al profesor Lamas: "Si, por ejemplo, se dicta o se reconoce una norma general – que opera como principio de toda otra ordenación normativa (vg. una norma natural o constitucional) que diga proteger la vida humana, necesariamente ha de ser contraria al enunciado que, bajo apariencia normativa, diga que se autoriza el aborto de fetos humanos"[27]. La incompatibilidad deóntica se manifiesta como incompatibilidad lógica. Incompatibilidad que surge de la relación de la "norma" con las demás, incluso principios normativos del ordenamiento.

Entonces sintetizando el aporte acerca de los tipos jurídicos para resolver la cuestión: los tipos jurídicos se refieren al ámbito del conocimiento práctico (están referidos a una finalidad); el tipo ordena estados de cosas en función de una finalidad. Además, los tipos jurídicos conforman un sistema en base a principios jurídicos que son los que le confieren la finalidad.

El fundamento de los principios que informan el ordenamiento jurídico es la naturaleza del hombre. Por ello, el realismo jurídico se

[25] F. Lamas, "Lenguaje, Dialéctica y Metodología Jurídica", en *Revista Internacional de Filosofía Práctica*, t. 2, pág. 28.

[26] Ibídem.

[27] Idem ant., pág. 29.

impone como actitud, en la medida en que responde a la exigencia social según la cual *decir el Derecho es decir lo justo,* lo que a cada uno y a la realidad social le corresponde de verdad[28].

El primer precepto de la ley es que debe hacerse el bien y evitarse el mal. Sobre este se fundan todos los demás preceptos de la ley natural de modo que todas las cosas que deben hacerse o evitarse corresponden con preceptos de la ley natural en cuanto la razón práctica los juzgue naturalmente como bienes humanos. Por otra parte como el bien tiene razón de fin y el mal de lo contrario síguese que todo aquello a lo que el hombre tiene natural inclinación lo aprehende como bueno y, por lo tanto, como algo que debe ser procurado, mientras que lo contrario lo aprehende como mal y como algo que debe ser evitado[29].

Bien, al autorizar la supresión de un embarazo, el órgano encargado de aplicar el derecho ha decidido suprimir la vida de una persona. Y la vida es el primer bien a que la persona aspira, tiene derecho. Por ello también se ha definido al derecho a la vida como fundante y personalísimo[30].

Atento la aberrante solución contenida en el fallo procuremos formar conciencia jurídica acerca de la necesaria referencia hacia la finalidad del hombre por el ordenamiento jurídico; y ella consiste en el bien de cada hombre individual idéntico al de cada uno de los hombres existentes y para cuya virtud debe existir el bien común político.

Teniendo en cuenta lo que enseña Aristóteles: "La justicia ... es cosa de la ciudad, ya que el Derecho es el orden de la comunidad política, y consiste en el juicio discretivo acerca de lo que es justo"[31]. Afirmamos que el sistema jurídico es necesario, debe existir como reglas de juego de determinada comunidad pero es siempre perfectible en función del bien del hombre que está insto en su naturaleza. Entonces las normas se descubren en función del fin del hombre y se describen lingüísticamente para tener vigencia en el ámbito de lo social. Pero la verdad de la locución debe ser adecuada a la ver-

[28] Idem ant., pág. 30.

[29] Santo Tomás, *S. Theol.* I-II, q 94, a2, respondeo.

[30] N. P. Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional,* t. II, Buenos Aires, Astrea, pág. 38.

[31] F. Lamas, "Lenguaje...", art. cit., págs. 37-38.

dad ontológica. Y este es uno de los cometidos de la dialéctica y la hermenéutica.[32]

La solución al caso referido al principio conculca el derecho a la vida de una persona. Derecho que surge de la misma naturaleza de la persona por nacer (que tiene idéntica esencia a la persona nacida), y que además se encuentra protegido por el sistema jurídico argentino.

La solución que autoriza interrumpir el embarazo no sólo es injusta (porque se le quita lo suyo al otro (su derecho a la vida) sino que además no es correcta (en el sentido de ser adecuada a la legislación del país). Queda entonces la alternativa de ser arbitraria, y antijurídica –la vida de un argentino a quedado a merced de algunas personas– lo que prohibe expresamente el artículo 29 de la constitución nacional.

Procuremos formar conciencia jurídica, enseñando la verdad del hombre, y en consecuencia su derecho natural a la existencia, a una vida digna y a un fin trascendente a él mismo.

Es claro que partimos de la base de que existe una naturaleza humana específica, que por ello el hombre tiene tendencias perfectivas hacia fines inmanentes y que está llamado a un fin trascendente.[33]

En el caso no se ha arribado a una posible solución justa; se ha optado por la vía de la destrucción. Con la destrucción de la vida de la persona por nacer se ha hecho menos bueno el bien común (el bien del que deberíamos haber podido participar todos, incluso la persona que espera nacer en el seno de su madre).

[32] Idem ant., pág 12. Debe tenerse en cuenta que la norma aplicable debe ser veraz, o sea, correponderse con la verdad práctico moral... (no se debe perder de vista que el aborto implica la supresión de la vida del feto).

[33] F. Lamas, "Hecho, valor y norma", art. cit., pág. 21.

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SECRETO RELIGIOSO DEL MINISTRO DE CULTO CATÓLICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO

María Bibiana Nieto

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar el amparo jurídico del secreto religioso del sacerdote católico, en nuestro ordenamiento jurídico.

El secreto religioso, originado en el ámbito de la Iglesia Católica y de su Derecho, hizo surgir, por analogía, el secreto religioso en los ordenamientos jurídicos civiles[1].

Los fundamentos "laicos" de la protección del secreto religioso está dado, según los distintos ordenamientos jurídicos, por la libertad religiosa, el derecho a la intimidad del revelante y el respeto de la objeción de conciencia del confidente. La garantía a estos intereses, está establecida en normas constitucionales, penales, procesal penales, civiles y procesal civiles.

La actualidad del tema radica en el hecho de que debido al conocimiento público de que delitos aberrantes, en el pasado no fueron denunciados por quienes los conocieron, basándose en un deber de confidencialidad, en algunos países, existen movimientos de opinión que piden una modificación de la legislación que protege el mencionado secreto. Concretamente, en el debate sobre las reglas de proce-

[1] Cfr. V. Moreno Catena, *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*, Madrid, 1980, pág. 248, citado por Rafael Palomino, *Derecho a la intimidad y religión, la protección jurídica del secreto religioso,* Granada, Comares, 1999, pág. 24.

dimiento y prueba del Tribunal Penal Internacional, se desestimó la propuesta encabezada por Canadá y Francia que pretendía revocar el ancestral derecho que protege a los sacerdotes que reciben en el sacramento de la reconciliación o fuera de él a acusados o reclusos para que nadie pueda obligarlos a revelar el contenido de las confesiones o confidencias[2].

Comenzaremos el trabajo, abocándonos al estudio del secreto religioso en el derecho canónico, en cuanto regula el sigilo sacramental y un ámbito de reserva acerca de lo conocido por el sacerdote en razón de su estado. Para ello, primeramente explicaremos en forma somera el sacramento de la penitencia, que es donde se da de modo propio, esa obligación de secreto, que podemos llamar religioso. Después, pasaremos a estudiar el secreto religioso en el ordenamiento jurídico argentino. Posteriormente, haremos un análisis de las normas jurídicas sobre el secreto religioso en algunos ordenamientos jurídicos del derecho continental europeo: España, Italia, Francia. Por último, elaboraremos las conclusiones.

II. El secreto religioso en el derecho canónico

a) El Sacramento de la Penitencia[3]

Es un dato esencial de fe que Jesucristo instituyó el sacramento de la penitencia para que los fieles caídos en pecado después del bautismo, al acercarse a este sacramento, obtengan de la misericordia de Dios el perdón de las ofensas hechas a El y, al mismo tiempo, se reconcilien con la Iglesia, a la que hirieron al pecar.

Las partes esenciales del signo sacramental del perdón y la reconciliación son cuatro: dos de ellas, la contrición y la confesión, son actos del penitente; la absolución es el acto del ministro o confesor; y la satisfacción o penitencia corresponde imponerla al ministro y al penitente aceptar cumplirla[4].

[2] Rafael Navarro Vals, *Los límites del secreto de confesión,* en diario *El Mundo*, España, 28 de agosto de 1999.

[3] Aquí seguiremos a Tomás Rincón Pérez, "Disciplina canónica del culto divino", en *Manual de Derecho Canónico*, segunda edición, Pamplona, Eunsa, 1991, págs. 517-544.

[4] Cfr. cánones 959 y 981 del código de derecho canónico. En adelante citaremos CDC.

La contrición implica tanto el dolor o rechazo claro y decidido del pecado como el propósito de no volver a cometerlo.

La confesión o acusación de los pecados es un acto del penitente exigido por la necesidad de que el pecador sea conocido por aquel que en el sacramento ejerce el papel de juez, y a la vez hace el papel de médico. Pero tiene también el valor de signo: "signo del encuentro del pecador con la mediación eclesial en la persona del ministro; signo del propio reconocerse ante Dios y ante la Iglesia como pecador, del comprenderse a sí mismo bajo la mirada de Dios"[5].

Una condición indispensable para que tanto la contrición como la confesión sean fructuosas es la transparencia de la conciencia cuyo medio principal es el acto tradicionalmente llamado examen de conciencia.

La absolución que el sacerdote concede al penitente "es el momento en el que, en respuesta al penitente, la Santísima Trinidad se hace presente para borrar su pecado y devolverle la inocencia (...); es el signo eficaz de la intervención del Padre en cada absolución y de la resurrección tras la muerte espiritual, que se renueva cada vez que se celebra el sacramento de la penitencia".[6] Mediante la fórmula sacramental y los gestos que la acompañan (la imposición de la mano y la señal de la Cruz, trazada sobre el penitente) se manifiesta que en aquel momento, por el ministerio de la Iglesia, "el pecador contrito y convertido entra en contacto con el poder y la misericordia de Dios."[7]

La satisfacción –también llamada penitencia, en cuanto que aceptada por el penitente forma parte sustancial del sacramento– "es el acto final, que corona el signo sacramental". Las obras de satisfacción o penitencia, impuestas y aceptadas, no constituyen el precio que se paga por el perdón recibido, ya que éste es fruto de la Redención hecha por Cristo. Pero, "son el signo del compromiso personal que el cristiano ha asumido ante Dios, en el sacramento, de comenzar una existencia nueva (...); incluyen la idea de que el pecador perdonado es capaz de unir su propia mortificación física y espiritual, buscada o al menos aceptada, a la Pasión de Jesús que le ha obtenido el perdón;

[5] Juan Pablo II, Exhortación Apostólica *Reconciliatio et Penitentia*, 31, II, Roma, 2 de XII de 1984.

[6] Ibídem, 31,III.

[7] Ibídem, 31,III.

recuerdan que también después de la absolución queda en el cristiano una zona de sombra (...) que siempre es necesario combatir con la mortificación y la penitencia"[8].

b) El sigilo sacramental

El sigilo sacramental consiste en la prohibición al confesor de dar a conocer la identidad del penitente y los pecados confesados, con el fin de proteger al penitente y al propio sacramento de la penitencia.

Se distingue el sigilo sacramental propiamente dicho que afecta al confesor, y la obligación de secreto que corresponde al posible intérprete y a otras personas que puedan tener noticia de los pecados declarados en confesión. Esta diferencia entre ambos supuestos tiene su reflejo canónico en dos figuras delictivas tipificadas por la ley penal.

c) La inviolabilidad del sigilo sacramental

"El sigilo sacramental es inviolable; por lo cual está terminantemente prohibido al confesor descubrir al penitente, de palabra o de cualquier otro modo, y por ningún motivo" (CDC, c. 983, 1).

La inviolabilidad del sigilo, como lo indica la norma significa que jamás y de ningún modo, directo o indirecto, puede quebrantarse, cualquiera sea el daño privado o público que se pretendiera evitar o el bien que se pudiera promover.

La gravísima obligación del sigilo afecta sólo al confesor y se origina únicamente en la confesión sacramental, es decir, cuando se acusan los pecados en orden a obtener la absolución aunque ésta no se recibiese por cualquier causa. Por ello mismo, es materia de sigilo todo y sólo lo que el penitente declara como pecado para ser absuelto, aunque sobre las otras materias sea preciso guardar la máxima reserva para no hacer odioso el sacramento.

Como medio de defensa de los intereses jurídicos fundamentales de la Iglesia, representados en este caso por el sacramento de la penitencia, la ley establece la máxima pena para quienes violen la gravísima obligación del sigilo. Pero, para determinar esta responsabilidad penal, es preciso distinguir entre violación directa e indirecta

[8] Ibídem, 31,III.

del sigilo, pues a cada uno de estos conceptos corresponde una figura diferente de delito.

Se quebranta directamente el sigilo cuando se manifiesta el pecado oído en confesión y la persona del penitente, por su nombre o por circunstancias que permiten identificarlo. Este tipo de violación está sancionado con excomunión *latae sententiae*[9] reservada a la Sede Apostólica. Hay violación indirecta cuando de las palabras, hechos u omisiones del confesor puede deducirse e identificarse el pecado y el pecador. Este otro tipo de delito, que admite graduaciones, ha de ser castigado en proporción a la gravedad del mismo.

"El confesor que viola directamente el sigilo sacramental, incurre en excomunión latae sententiae reservada a la Sede Apostólica; quien lo viola sólo indirectamente, ha de ser castigado en proporción con la gravedad del delito" (CDC, c. 1388, 1).

d) La obligación del secreto

"El intérprete y aquellos otros, de los que se trata en el can. 983, 2, si violan el secreto, deben ser castigados con una pena justa, sin excluir la excomunión" (CDC, c. 1388,2).

La materia del secreto es idéntica a la del sigilo. Sólo varía el sujeto de la obligación, que en este caso es cualquier persona, distinta del confesor, que por cualquier vía hubiera llegado a conocer los pecados confesados. Por ley canónica no está obligado al secreto el propio penitente, aunque pudiera estarlo por otras razones de índole moral.

La Congregación para la Doctrina de la Fe promulgó un decreto general el 23 de septiembre de 1988, en virtud del cual incurre automáticamente en excomunión "todo aquel que capta, sirviéndose de cualquier instrumento técnico, o divulga en un medio de comunica-

[9] En derecho canónico se distingue entre penas *latae y ferendae sententiae*. Penas *latae sententiae*: la pena va aneja a la ley o precepto de tal manera que se incurre en ella por el mismo hecho de haberse cometido el delito; es decir, automáticamente, sin necesidad de ninguna mediación judicial o ejecutiva. Penas *ferendae sententiae* son aquellas que precisan de aplicación por el juez o Superior. Es decir, cometida la acción presuntamente delictiva, es necesaria la mediación de la función judicial o ejecutiva para su imposición. Cfr. Ángel Marzoa, "Los delitos y las penas canónicas" en *Manual de Derecho Canónico*, segunda edición, Pamplona, Eunsa, 1991, pág. 755.

ción social lo que dice el confesor o el penitente en el Sacramento de la confesión, sea ésta verdadera o fingida, propia o de un tercero"[10].

En definitiva, el derecho canónico obliga al sacerdote a mantener en secreto los pecados que le son confesados dentro del sacramento de la confesión, de manera absoluta y bajo penas graves. Además, es comúnmente aceptado, que el sacerdote debe guardar bajo reserva las confidencias que las personas le hacen en razón de su oficio. En este último caso, la obligación de silencio tiene una gran cercanía con el secreto profesional.

Para que el secreto religioso del ministro católico esté correctamente protegido por el derecho civil, y por tanto, sea efectivo el ejercicio de la libertad de culto, es preciso que se garantice bajo todo concepto el derecho de no declarar como testigo en juicio y se lo exonere del deber de denunciar cualquier tipo de delitos. El fundamento, estaría dado, como se dijo, por el ejercicio de la libertad de culto. Por esa razón, habría que derogar las normas de algunos países que, fundando la prohibición de testificar en el derecho a la intimidad, obligan al ministro a declarar como testigo en juicio, en la situación en que el revelante releva al sacerdote del secreto. En esos casos, el sacerdote puede defender su posición de no declarar, amparándose en la objeción de conciencia.

III. El secreto religioso en el derecho argentino

En el ámbito jurídico argentino se ha respetado pacíficamente el secreto religioso de los sacerdotes católicos, cuyos deberes están bien protegidos por las normas jurídicas de nuestro país.

En la constitución nacional hay algunos artículos relacionados con el secreto religioso. Tales son:

Artículo 14: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos [...]: de profesar libremente su culto".

Artículo 18: "Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo [...]"

Artículo 19: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados".

[10] Acta Apostolicae Sedis, 80 (1988) 1367.

Artículo 33: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Artículo 72, inciso 22: “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

Pensamos que la libertad de culto, garantizada por nuestra ley suprema, fundamenta el derecho al secreto religioso, en cuanto su efectivo ejercicio, al menos para la religión católica, exige el respeto absoluto del sigilo sacramental y, para el normal desenvolvimiento de la relación del sacerdote con sus fieles, el llamado silencio de oficio. El derecho a la intimidad protege también al fiel, en cuanto hizo sus confidencias con la tácita condición de que no fueran reveladas a terceros. Consideramos que también se puede tomar en cuenta el artículo 33, para contemplar entre los derechos no enumerados a la objeción de conciencia, cuyo respeto es inherente a todo Estado republicano y democrático. La objeción de conciencia es una vía por la que puede reforzarse la protección del derecho del sacerdote a no declarar sobre algo que conoce en razón del ejercicio de su ministerio.

Los artículos que interesan del acuerdo suscripto por el gobierno argentino y la Iglesia Católica el 10 de octubre de 1966, durante el gobierno del Teniente General Juan Carlos Onganía,[11] son los siguientes:

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

Artículo IV: “Se reconoce el derecho de la Santa Sede de publicar en la República Argentina las disposiciones relativas al gobierno de

[11] La República Argentina ratificó el acuerdo por ley n° 17032 de 23 de noviembre de 1966 y la Santa Sede el 8 de diciembre del mismo año. El canje de los instrumentos de ratificación se produjo en Roma entre el Secretario de Estado, Cardenal Amleto Cicignani, y el Embajador Pedro J. Frías, el 28 de enero de 1967, fecha en que entró en vigencia el convenio. Cfr. Pedro J. Frías, *El acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, separata del tomo XXV de *Anales*, Córdoba, 1986, pág. 238.

la Iglesia y el de comunicar y mantener correspondencia libremente con los obispos, el clero y los fieles relacionada con su noble ministerio, de la misma manera que éstos podrán hacerlo con la Santa Sede Apostólica.

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

Si bien en el Acuerdo no hay una norma que explícitamente prevea la protección del secreto religioso, la interpretación de los artículos transcriptos, nos lleva a concluir que el mismo está protegido, indirectamente, al reconocer y garantizar el gobierno argentino a la Iglesia Católica, su potestad espiritual, el culto y la jurisdicción para la realización de sus fines específicos.

Además, el derecho de publicar las disposiciones relativas al gobierno de la Iglesia es una manera indirecta de declarar la libre ejecución de esas disposiciones, entre las que se encuentra el código de derecho canónico, que como todo derecho extranjero, habrá que alegarlo y probarlo, según la doctrina y jurisprudencia corriente.[12] En el derecho canónico, como ya se dijo al tratar el tema del sacramento de la penitencia, obliga al sacerdote a mantener absoluto sigilo acerca de los pecados confesados por los penitentes que a él acuden, bajo amenaza de penas graves.

El artículo del código penal argentino que se relaciona con el secreto religioso es el 156 que define la revelación de secretos. La ley tutela aquí el secreto propiamente dicho, en cuanto su revelación lesiona la libertad, en el aspecto de derecho a un ámbito de reserva y de privacidad, libre de injerencias de extraños. Cuando una persona necesita auxilio de otra que se encuentra particularmente capacitada para ayudarla, por ejemplo, alguien está enfermo y acude a un médico, se advierte que quien reclama dicha intervención está pasando por una situación crítica y necesita auxilio. La relación que se establece entre ambas, es muy específica y tiene como base la confianza en la capacitación técnica, en la responsabilidad, en la honestidad y en la reserva. En este último punto aparece el secreto profesional, operando como una garantía ética y legal que le permite al necesitado de auxilio depositar su confianza sin reservas y sin correr riesgo alguno. Por eso, este tema se vincula con el derecho a la intimidad del

[12] Cfr. Pedro J. Frías, ob. cit., pág. 255.

asistido, que se encuentra reconocido y tutelado por nuestra constitución, tratados internacionales de rango constitucional y leyes entre las que se encuentra el código penal y el código civil.

Cuando aparece el secreto profesional, la intimidad del cliente se extiende y abarca al profesional, que queda encerrado en ella. Esto implica que lo que conoce el profesional con motivo de prestar su servicio debe tener el mismo tratamiento que la intimidad del cliente, porque en definitiva es lo mismo[13].

La figura penal está concebida en estos términos:

"Será reprimido con multa de mil a cien mil pesos argentinos e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa".

La acción consiste en revelar un secreto. Si la revelación del secreto no ofrece peligro de que su divulgación pueda causar daño (cierto o potencial), el hecho no es típico. El perjuicio puede ser de cualquier naturaleza, material o moral. El daño puede alcanzar a terceros y no únicamente al titular del secreto. El perjuicio a tercero será frecuente cuando el contenido del secreto los involucre.

El objeto de la revelación es un secreto. Pero, la ley no protege el secreto común porque nada obliga a una persona a revelar cuestiones íntimas a otro particular y, por lo tanto, nadie más que él debe soportar las consecuencias de su error en la elección, si el confidente viola la reserva impuesta o convenida como una obligación de honor. Se aplica aquí el aforismo según el cual nadie puede alegar su propia torpeza (argumento artículo 1111 del código civil)[14].

El carácter legal del secreto protegido lo dan aquí las siguientes circunstancias: el hecho mismo, en cuanto a su naturaleza y conocimiento por terceros; la situación en que el titular comunica el secreto y el depositario lo recibe; la condición del destinatario.

Desde un punto de vista objetivo, el hecho es secreto cuando no es del dominio de un número indeterminado de personas, ni está al

[13] Cfr. Hector C. Superti, *Derecho Procesal Penal*, Juris, Rosario, 1998, págs. 297-299.

[14] Cfr. Marcos Edgardo Azerrad, Guillermo Alberto Florio y Marta Susana Azerrad, *El secreto profesional y el deber de confidencialidad,* Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002, págs. 26.

alcance del conocimiento de ellas. El hecho en sí mismo no deja de ser secreto solamente porque es conocido, sino porque por su naturaleza y por las circunstancias, puede serlo. Hechos cuyo conocimiento es accesible a cualquiera, no pueden ser secretos.

El carácter de secreto de un conocimiento no depende solamente de su naturaleza, sino de la calidad de la persona a la que se hace depositaria y de las circunstancias o la forma en que se lo hace.

El sujeto activo de este delito pueden ser las personas que tengan determinado estado, oficio, empleo, profesión o arte y que por razón de él hayan tenido noticia del secreto.

a)estado: es una condición personal y social que coloca a quien la ostenta en una situación adecuada para llegar a la esfera de secretos. Es el caso del estado de sacerdote, que toma conocimiento de secretos en el momento de la confesión o con ocasión del ejercicio de su ministerio.

b)oficio: ocupaciones que no tienen carácter profesional. Por ejemplo, los cerrajeros, las institutrices, etc.

c)empleado: es quien trabaja a las órdenes de otro. La ley se refiere tanto a empleados públicos como los que dependen de particulares. Cumplen esta categoría las personas que desempeñan tareas accesorias para los profesionales que pueden ser receptores de secretos, como por ejemplo, la secretaria privada de un empresario, el empleado de un sanatorio. Estas personas por lo común no son depositarias del secreto por parte del interesado, pero tienen acceso a él. También los empleados bancarios, pueden ser sujetos del delito, si dan a conocer un hecho que ha sido confiado a la institución con voluntad de que sea mantenido en reserva.

d)profesión o arte: por profesión ha de entenderse la actividad basada en el conocimiento de determinada ciencia o arte, que requiera título o autorización especial, y que constituye por lo general, el medio de vida de quien la ejerce[15].

El autor ha de haber tenido noticia del secreto por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte. Es decir que se debe tratar de hechos o noticias vinculadas directamente a la actividad del autor, de

[15] Cfr. Carlos Fontán Balestra, *Derecho Penal. Parte especial*, actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, 15° edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, págs. 366-368.

las que ha tenido conocimiento por razón de su estado, profesión, etc. Y que se trate de un secreto. Estas exigencias tienen su fundamento en el hecho de que el titular del secreto recurre a esas personas obligado por las circunstancias, a veces muy a su pesar, y lo así reconocido es lo que debe mantenerse en reserva. En efecto, el revelante se ve obligado a confiar un secreto por la necesidad imperiosa de recurrir a los servicios de terceros para la realización de sus fines individuales y sociales, que encuentra su fundamento antropológico en la limitación de las fuerzas y de las capacidades del hombre y su necesidad de los demás. Así el creyente recurrirá a su confesor, el enfermo a su médico, el litigante a su abogado, etc. Por eso la ley ha creado un ámbito de protección, incriminando la violación del secreto cuya noticia se recibe en razón de un estado, oficio, profesión o arte[16].

La ilegitimidad del hecho resulta de que el secreto sea revelado sin justa causa. Esta es una exigencia de la figura cuya ausencia quita tipicidad al hecho, y que debe ser abarcada por el dolo del autor.

Las circunstancias que pueden constituir justa causa son las siguientes:

a) La ley: existencia de causas de justificación legal. En estos casos, la regla es la facultad de revelar, pero no el deber jurídico de hacerlo. Quien es objeto de una agresión ilegítima, por ejemplo, puede defenderse legítimamente, pero no está obligado a hacerlo.

b) El consentimiento del interesado: resta la tipicidad al hecho. Interesado es a quien el secreto pertenece o afecta directamente el hecho que lo constituye.

El código procesal penal de la nación determina para el ámbito federal, que las personas que están obligadas al secreto profesional, salvo los ministros de un culto admitido, no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas del deber de guardar secreto por el interesado (artículo 244, segundo párrafo).

c) Normas que imponen el deber jurídico de poner el hecho en conocimiento de la autoridad. Por ejemplo, los funcionarios o empleados públicos (artículo 177, código procesal penal de la nación) En estos supuestos el silencio configura el delito de encubrimiento (artículo 277, código penal).

[16] Marcos Azerrad, ob. cit., págs. 26-27.

d) Relevamiento por parte del juez competente: El profesional que hallándose en posesión de un secreto, es citado para deponer como testigo puede ser relevado por el juez del secreto profesional para ese acto.

El artículo 243 del código penal sanciona con prisión de quince días a un mes al que siendo legalmente citado como testigo, se abstuviera de comparecer o de prestar declaración. El testigo debe declarar. Por otra parte, el artículo 275 del código penal castiga al testigo que afirmare una falsedad o negare o callare una verdad, en todo o en parte.

La decisión del juez de relevarlo del deber de guardar secreto, autoriza, no obliga. El testigo puede entonces declarar sobre el hecho o conocimiento en cuestión si él cree que existe la justa causa requerida por la ley. Pero la justa causa no crea siempre un deber jurídico, su efecto es tornar atípica la conducta. Es decir, que el profesional podrá negarse a declarar en todos los casos en que crea que el secreto debe ser guardado.

En cuanto a la culpabilidad, se trata de un delito doloso. El dolo consiste en el conocimiento del que obra de estar revelando un secreto y la conciencia de estar haciéndolo sin justa causa. El error sobre esta circunstancia excluye el dolo. Están excluidas las formas culposas[17].

El código procesal penal de la nación adjudica un alcance distinto respecto de los profesionales involucrados, cuando reglamenta tanto la denuncia como la testimonial.

Al establecer la obligación de denunciar menciona exclusivamente a los profesionales del arte de curar (médicos, parteras, etc.) mientras que al prohibir el testimonio incluye, en el deber de abstención, a los ministros de culto admitido, abogados, procuradores, escribanos y los que ejercieren cualquier rama del arte de curar.

Artículo 177: "Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio:

1) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones.

2) Los médicos, las parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios

[17] Cfr. Fontán Balestra, ob. cit., págs. 369-373.

de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional."

Artículo 244: "Deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento en razón de su propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad: los ministros de un culto admitido; los abogados, los procuradores y escribanos; los médicos, los farmacéuticos, parteros, y demás auxiliares del arte de curar [...] Sin embargo, estas personas no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas del deber de guardar secreto por el interesado salvo los mencionados en primer término".

En síntesis, nuestro código penal protege la intimidad del revelante imponiendo al ministro de culto la obligación de mantener el silencio acerca de lo conocido a través del ejercicio de su ministerio, estableciendo una pena para el caso de que descubriere un secreto sin justa causa. El consentimiento del interesado en que el sacerdote dé a conocer lo sabido por su confidencia o confesión no obliga al ministro, que sigue estando protegido por el artículo 244, segundo párrafo del código procesal penal de la nación que exonera del deber de testimoniar a los ministros de un culto admitido. Por otra parte, el relevamiento del secreto profesional, religioso, por parte del juez competente no obliga sino que autoriza. De este modo, el secreto religioso del ministro de culto sigue estando protegido.

Cuando el código procesal penal de la nación establece el deber de denunciar delitos sólo menciona a los profesionales de la salud, quedando excluidos los sacerdotes. En cuanto al deber de testimoniar, el mencionado código prohíbe la declaración de los ministros de culto sobre hechos secretos conocidos por el ejercicio de su ministerio, bajo pena de nulidad; situación que refuerza la protección del secreto religioso.

IV. El secreto religioso en el derecho comparado

a) Derecho español

Los artículos de la constitución española que guardan relación con el secreto religioso son los siguientes:

Artículo 16.1. "Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley [...].

2.Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas dela sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones."

Artículo 18.1. "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen [...].

2.Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial".

Artículo 24.2. "Asimismo, todos tienen derecho [...] a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

Artículo 53.1. "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso, deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a).

2.Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1era. Del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30".

De los textos transcriptos pueden deducirse los intereses que subyacen en la protección del secreto religioso y que se encuentran protegidos por la Constitución española. Uno es la libertad religiosa. El sentido de proteger el secreto religioso se basa en la existencia de comunicaciones con motivaciones religiosas que conllevan la nota de confidencialidad. La libertad religiosa, que implica una esfera autónoma de creencia y actuación, queda íntimamente unida al secreto religioso.

Conviene hacer notar que desde la perspectiva de la libertad religiosa, el reconocimiento del secreto religioso sólo es imperativo en el caso de que el grupo religioso contemple de alguna forma la necesidad de confidencialidad de determinadas comunicaciones de carácter religioso. La libertad religiosa atiende a la especificidad de las exigencias que creencias y manifestaciones establecen.

Un punto de vista distinto lo ofrece el derecho a la intimidad, que complementa en forma sustancial el aspecto de la cuestión aportado por la libertad religiosa. El derecho a la intimidad tutela específicamente al fiel o penitente, en la medida en que la nota intrínseca y socialmente admitida de la comunicación es la confidencialidad. Es decir que el derecho a la intimidad aporta un respeto a todo grupo religioso, por cuanto las comunicaciones entre ministro, pastor o sacerdote y fiel llevan consigo, normalmente, una reserva, casi siempre implícita, que de no existir, no se realizarían o se harían en otros términos.

El derecho a la intimidad vincula el secreto religioso a los demás secretos profesionales, puesto que la raíz del reconocimiento normativo es la misma. La fundamentación moderna más convincente de la protección jurídica del secreto profesional está en el derecho a la intimidad[18].

El Estado español establece en el acuerdo con la Iglesia Católica sobre renuncia a la presentación de obispos y al privilegio del fuero de 28 de julio de 1976 (instrumento de ratificación de 19 de agosto de 1976) lo siguiente:

Artículo II.3. " En ningún caso los clérigos y los religiosos podrán ser requeridos por los jueces u otras autoridades para dar información sobre personas o materias de que hayan tenido conocimiento por razón de su ministerio".

Esto no impide que sean citados como testigos. Si el clérigo o religioso no comparece sin justa causa, el juez o tribunal podrá realizar, a instancia de parte legítima, "los apremios que estime conducentes para obligarle a comparecer, incluso el ser conducido por la fuerza pública", según prescribe el artículo 643 de la ley de enjuiciamiento civil.

El texto del artículo II.3 pone de manifiesto que se otorga una exención, no una prohibición de declarar o testificar. Se permite una libre actuación frente al deber general de colaborar con el derecho en la búsqueda de la verdad. Esto aproxima el secreto religioso al tratamiento legal de la objeción de conciencia.

[18] Cfr. Rafael Palomino, *Derecho a la intimidad y religión. La protección jurídica del secreto religioso*, Granada, Comares, 1999, págs. 166-168.

El precepto abarca el secreto de confesión y otros que exceden la administración del sacramento de la penitencia. Los sujetos comprendidos son tanto clérigos como religiosos. Para definirlos se remite a la normativa canónica.

Los acuerdos del estado con las confesiones minoritarias, de 10 de noviembre de 1992 también incluyen provisiones especiales en materia de secreto religioso[19].

La regulación procesal penal está contenida en los siguientes artículos de la ley de enjuiciamiento criminal:

Artículo 262. "Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante.

Los que no cumplieren esta obligación incurrirán en la multa señalada en el artículo 259 [25 a 250 pts], que se impondrá disciplinariamente.

Si la omisión en dar parte fuere de un Profesor en Medicina, Cirugía o Farmacia y tuviesen relación con el ejercicio de sus actividades profesionales, la multa no podrá ser inferior a 125 pesetas ni superior a 250".

Artículo 263. "La obligación impuesta en el párrafo primero del artículo anterior no comprenderá a los Abogados ni a los Procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes. Tampoco comprenderá a los eclesiásticos y ministros de culto disidente respecto de las noticias que se les hubieren revelado en el ejercicio de las funciones de su ministerio".

Artículo 707. "Todos los testigos que no se hallen privados del uso de su razón están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos".

Artículo 417. "No podrán ser obligados a declarar como testigos:

1°. Los eclesiásticos y ministros de culto disidentes, sobre los hechos que les fuere revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio [...]".

[19] Cfr. Palomino, ob. cit., págs. 172-177.

Los eclesiásticos y ministros de culto disidentes no tienen el deber de denuncia respecto de las noticias que se les hubieren revelado en el ejercicio de sus funciones ministeriales. Así, se les exime de un deber legal, pero, si el ministro religioso lleva a cabo la denuncia de un delito, ésta es perfectamente válida.

Comprobamos que se protege el secreto religioso como si se tratara de una objeción de conciencia.

En cuanto al secreto religioso en la prueba de testigos, se configura también como una exención, pero sin obligación de silencio. Se reconoce al sacerdote un derecho a no declarar como manifestación de respeto a la libertad de conciencia, del ministro religioso –sus creencias le imponen un deber de actuar de conformidad con los deberes de su ministerio, que el Estado debe respetar en cuanto deberes de conciencia– como de la persona que confió su secreto en ejercicio de la misma libertad religiosa[20].

En relación con la extensión subjetiva del precepto, se menciona a los eclesiásticos, que serían los ministros de la religión católica y cuyo concepto remite a lo determinado por el derecho canónico; los ministros de culto disidentes, serían los de religiones distintas a la católica, no sólo las cristianas. Según los Acuerdos con las tres religiones minoritarias, para éstas, se supedita el concepto de ministro religioso a la determinación legal.

En el derecho procesal civil, la regulación del secreto religioso en la prueba de testigos resulta de la combinación de las normas civiles con las procesales.

Dice el artículo 1247 del código civil:

"Son inhábiles por disposición de la ley: [...]

5° Los que están obligados a guardar secreto, por su estado o profesión, en los asuntos relativos a su profesión o estado [...]".

Por este artículo queda claro que el ministro religioso no puede prestar declaración sobre hechos de los que tiene conocimiento en razón de su oficio.

En la regulación procesal española no existen disposiciones en relación con un posible control del secreto religioso por parte del fiel o penitente. Este sólo tiene un cierto control indirecto en el proceso pe-

[20] Cfr. J. M. Tamarit Sumalla, *La libertad ideológica en el Derecho Penal*, Barcelona, 1989, pág. 259.

nal, en el caso de que el penitente o fiel llame a testificar al ministro religioso. Pero, si éste considera que no debe declarar, no puede ser forzado por el fiel. Aquí se pone de manifiesto que en la protección del secreto religioso, no está contemplada la intimidad como interés disponible por parte del fiel.[21]

En el código penal existen artículos referidos al secreto religioso.

Artículo 199. 1: "El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años".

En el artículo se distinguen tres situaciones subjetivas diferentes: quien conoce por razón de su oficio, por su relación laboral y el secreto profesional.

La conducta de revelación de secreto realizada por el ministro religioso podría estar comprendida en el inciso 1: quien conoce por razón de su oficio. El interés de fondo es la protección del derecho a la intimidad.

Pero, en la doctrina penal, algunos sostienen que el ministro religioso se halla comprendido en lo que se denomina "estado" y no es un profesional en sentido estricto por lo que no estaría alcanzado por esa norma.

La norma no prevé la causa justa como causa de atipicidad, lo que hubiera sido conveniente que incluyera. Por otra parte, para proceder contra este delito es preciso la denuncia de la persona agraviada, salvo, según el artículo 201. 2 "cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas".

En cuanto a la conducta de revelación de secreto por parte de un tercero, el código establece:

Artículo 197. 1: "El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles,

[21] Cfr. Palomino, ob. cit., págs. 177-182.

cartas, mensajes de correo electrónico o cuales quiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción de sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses [...].

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores. [...] Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

4. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrá las penas previstas en su mitad superior.

6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años".

Resulta evidente la fuerte protección del derecho a la intimidad y que la conducta de captación y/o revelación de la confesión o del secreto religioso por parte de un tercero queda abarcada por la norma penal. También se aplica para proceder contra estos delitos el artículo 201 del código penal[22].

[22] Idem ant., págs. 184-188.

b) Derecho italiano

El derecho italiano protege en su legislación procesal el secreto religioso.

El artículo 200 del codice di procedura penale de 1897 dice:

"Segreto professionale. 1. Non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ministerio, ufficcio o professione (...) a) i ministri di confessioni religiose, i cui statuti non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano (...) 2. Il giudice, se ha motivo di dubitare che la dechiarazione resa da tali persone per esimersi dal deporre sia infondata, provvede agli accertamento necessari. Si resulta infondata, ordina che il testimone deponga".

La protección penal vale también para el proceso civil, ya que el artículo 249 del codice di procedura civile se remite a aquél. Conforme a la regulación procesal italiana, la introducción de prueba de testigo afectado por el secreto religioso deviene inutilizable pudiendo ser denunciada tanto a instancia de parte como de oficio.

Por su parte, el código penal italiano tipifica la conducta de revelación de secretos en su artículo 622 que dice:

"Rivelazione di segreto professionale. Chiunque, avendo noticia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte, di un segreto, lo rivela, senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto, e punito se dal fatto puo derivare nocumento, con la reclusione fino a un anno o con la multa da lire sessantamila a un milione. I delito e punibile a querela della persona offesa".

La norma exige la conformidad de los estatutos de la confesión cuyo ministro pretende acogerse al secreto religioso, con el ordenamiento jurídico italiano, algo complejo de comprobar en caso de grupos religiosos minoritarios con los que el Estado italiano no tiene acuerdos jurídicos[23].

Es pacífica la afirmación de que la tutela del secreto religioso, en el ordenamiento jurídico italiano, se extiende además de al sigilo de la confesión o práctica de culto semejante, a aquello de lo que se tiene conocimiento por razón de oficio.

El precepto legal que tipifica el delito de revelación de secreto abarca a profesionales, oficios o estados. Por lo tanto, incluye al sa-

[23] Palomino, ob. cit., pág. 106.

cerdote de la Iglesia Católica, ya que 'estado' se refiere en este caso, a un modo global de vida, que implica ciertas reglas de conducta características, que pueden ser jurídicas o no. Esta definición de estado, abarcaría también a ministros de culto no católicos.

El delito exige la existencia de un verdadero secreto: información que no se puede revelar. Y la razón por la que se accede al secreto debe ser profesional o de estado. El elemento material consiste en 'revelar sin justa causa', o bien emplear la información para beneficio propio o de otro, a condición de que se produzca daño injusto. El proceso judicial no constituye causa suficiente para excluir la tipicidad de la revelación del secreto, que sólo podría venir del consentimiento a la revelación dado por el fiel o penitente[24].

La armonización de la legislación procesal con la legislación penal arroja diversas interpretaciones. Para un sector de la doctrina la facultad de abstención del ministro religioso se convierte en estricta obligación de no deponer (salvo que el fiel hubiera suspendido la obligación de guardar secreto) respecto de hechos que de por sí conoce a título de secreto.

Para otro sector, no hay estricta obligación, sino facultad, dado el tenor literal del precepto. Si desaparece la prohibición penal (por solicitarla el revelante al confidente, por consentir fehacientemente a la deposición testifical, o por desaparecer incluso la justa causa que delimita la conducta) entonces, no podría invocarse la facultad de abstención, una vez que el autor de la revelación ha consentido a la deposición, ya que el criterio técnico de ambas normas (la procesal y la penal) es el mismo: la existencia de un secreto. También desaparecería la prohibición penal en caso de que deje de subsistir la justa causa que el precepto penal establece. Tal sería el caso de quien revelara por medio de deposición testifical, con el fin de salvar de la condena penal a un inocente.

Por tanto, la protección integrada por la legislación penal y procesal no parece completamente incondicionada. De algún modo esto se explica por el hecho de que la *ratio* de estos preceptos legales no hunde sus raíces en la protección del ministro religioso, o del profe-

[24] A. Licastro, "Tutela del segreto professionale e ministri di culto: il caso dei testimoni di Geova", en *Il Diritto de Famiglia e delle Persone*, vol. 1 (1997) 214, 260-261, citado por Palomino, ob. cit., pág. 107.

sional, sino más bien en la protección de la intimidad del revelante o en el interés del normal desarrollo de las relaciones profesionales. Ahí encuentra fundamento la necesidad de acudir a fórmulas acordadas con las confesiones religiosas para la protección global del secreto religioso, y de ese modo, garantizar la libertad religiosa. Por ejemplo, el Estado Italiano ha firmado el Acuerdo de 18 de febrero de 1984 con la Iglesia Católica, por la que establece, en su artículo 4.4:

"Los eclesiásticos no están obligados a comunicar a los magistrados o a otras autoridades informaciones sobre personas o materias de las que hubieren tenido conocimiento por razón de su ministerio".[25]

Se han firmado acuerdos con disposiciones semejantes con otras confesiones religiosas, como las comunidades hebraicas en Italia[26] y la Iglesia Evangélica Luterana de Italia[27].

También el código penal italiano, en su artículo 615-bis tipifica la conducta de revelación de secreto por un tercero ajeno a la comunicación confidencial, por medio de aparatos de reproducción. Esta conducta ilícita es perseguible de oficio o a instancia de parte.

La jurisprudencia italiana sobre el secreto religioso es escasa ya que los operadores jurídicos y la misma sociedad asumen pacíficamente su protección.

Un caso en el que se puso en juego la protección jurídica del secreto religioso fue el que a continuación relatamos. A consecuencia de una denuncia (tal vez falsa) una persona comete un doble asesinato (el del denunciante y su esposa) como venganza. Estando en la prisión judicial de Roma por otro motivo (robo de ciclomotor) el homicida, Angelo Zonta, solicita la atención espiritual del capellán, Don Moncada. Después de la confesión Zonta declaró con detalle a los *carabinieri* sobre los hechos que rodearon el homicidio. Al poco tiempo, se lleva a cabo el juicio penal en el que Zonta es condenado por el doble homicidio. Angelo Zonta recurre la sentencia alegando, entre otras razones, la nulidad del procedimiento por haberse dispensado al sacerdote de testificar, siendo que el procesado había solicitado su testimonio.

[25] Ley de 25 de marzo de 1984. La traducción corresponde al texto aparecido en el *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. I (1985), págs. 567-568, citado por Palomino, ob. cit., pág. 109.

[26] Ley de 8 de marzo de 1989, n. 101, artículo 3.1.

[27] Ley de 29 de noviembre de 1995, n. 520, artículo 4.3.

La Corte de Casación afirmó que el sacerdote tenía la facultad de abstenerse más allá de la revocación de la obligación por parte del revelante. Los argumentos de la Corte fueron en síntesis los siguientes:

1. El ejercicio de la facultad de testificar está remitido incondicionalmente por la ley a la conciencia del confidente; en consecuencia, la voluntad del confidente o depositario debe ser respetada;

2. El respeto a la voluntad del confidente viene, además, avalada por las sanciones penales que en situaciones regulares castigan la revelación de secretos;

3. Así como el depositante no puede impedir la revelación del secreto ante el interés superior de la justicia, dicho depositante no puede obligar, por su solo consentimiento, a la deposición testifical;

4. El interés que subyace a la facultad de abstención no es sólo la protección del depositante o revelante, sino la propia conciencia del confidente, sus intereses (profesionales, deontológico, etc.) o la evaluación del daño que podría producirse a terceros, a juicio del mismo confidente;

5. El reconocimiento legislativo de la facultad de abstención, y su no disponibilidad por parte del revelante, asegura la coordinación entre las exigencias del derecho estatal y las del derecho confesional.[28]

c) Derecho francés

En la ley de procedimiento criminal francesa se establece el deber general de comparecencia del testigo, de prestar juramento y deponer, pero sin perjuicio de lo establecido en el artículo 370 del código penal. En el código penal vigente, el artículo al que hace referencia la ley procesal es el 378. Dicho artículo establece la sanción penal de la revelación de secretos profesionales, señalando expresamente que los sujetos pasivos obligados son los profesionales relacionados con la sanidad. Es una cláusula abierta la que permite la extensión –confirmada por la jurisprudencia– a otras profesiones (abogados, notarios, jurados, ministros de culto). El establecimiento indirecto del secreto profesional a partir de un delito lo conforma como una obligación absoluta[29].

[28] La sentencia es recogida por *Archivo Penale: Rivista trimestrale di diritto, procedura e legislazione penale* (1954), vol. II, págs. 254-262, citado por Palomino, ob. cit., págs. 110-111.

[29] Cfr. Palomino, ob. cit., pág. 114.

El fundamento del secreto religioso en Francia es establecido a partir de una sentencia de 1841. Los hechos ocurrieron en la diócesis de Angers, donde un sacerdote había provocado un escándalo. El obispo procedió a una investigación canónica; llamado el obispo por los tribunales civiles para testimoniar, rehusó la declaración y fue sancionado. En segunda instancia, fue absuelto. El obispo de Angers utilizó un argumento que fue acogido por la doctrina moderna: si un obispo no puede faltar a la promesa hecha para obtener determinados testimonios, es precisamente para llegar al conocimiento de hechos de cierta naturaleza reservada, que debe conocer y castigar, tanto por el buen nombre de los clérigos como por el bien de la religión; pues los obispos no pueden adquirir el conocimiento necesario de determinados hechos para el ejercicio de su jurisdicción si no es por la confianza y por la fidelidad a la palabra dada[30].

En 1891 la sala penal del Tribunal de Casación francés entendió en otro caso relacionado con el secreto religioso. El abad Fay se negó a testimoniar acerca de hechos de los que tenía conocimiento en el ejercicio de su ministerio, pero fuera de la confesión. Condenado por su negativa, la sentencia es casada sin reenvío y se indica: "considerando que los ministros de los cultos legalmente reconocidos están obligados a guardar secreto de las revelaciones que se les hacen en razón de sus funciones, que para los sacerdotes católicos no se puede distinguir si son secretos recibidos dentro o fuera de la confesión, que dichas circunstancias no hacen cambiar la naturaleza del secreto del que son depositarios, si los hechos les son confiados en el ejercicio exclusivo de su ministerio, que dicha obligación es absoluta y de orden público". Como se puede apreciar, desde antiguo, para el derecho francés el secreto religioso aparece como condición para el ejercicio de una profesión y garantía de la independencia de los ministros de culto. La materia del secreto se extiende a la información y los hechos y circunstancias que la rodean. El límite está establecido, según la jurisprudencia, por la misma profesión. Esto significa que podría admitirse el testimonio en juicio de un sacerdote que conoce hechos en calidad de pariente o amigo[31].

[30] Cfr. Palomino, ob. cit., pág. 115.
[31] Cfr. idem ant., págs. 115-116.

Las sentencias del siglo XIX entendieron que están obligados al secreto religioso los ministros de los cultos legalmente admitidos: sacerdotes, pastores y rabinos. Después de la ley de separación de la Iglesia y el estado del 9 de diciembre de 1905 la protección del secreto religioso se extiende a todos los ministros de culto. Aunque en la práctica no se han producido violaciones directas del secreto religioso, la doctrina considera que la revelación de hechos realizada por un ministro de culto es, aparte de ilícito penal, también un ilícito civil, susceptible de indemnización por daños conforme a los artículos 1382 y 1383 del código civil francés.[32]

Un caso que ha causado sorpresa, por el cambio de orientación en la jurisprudencia ha sido el del obispo de Bayeux-Lisieux, Pierre Pican. Los hechos son los siguientes: en octubre de 2000 el sacerdote René Bissey fue condenado a 18 años de cárcel por haber abusado sexualmente de varios menores de quince años. Según parece, el obispo Pican sabía del comportamiento delictivo de Bissey y nunca lo denunció. Se limitó a apartarlo de la enseñanza y a cambiarlo de lugar. El 4 de septiembre de 2001 el Tribunal Correccional de Caen condenó a Pierre Pican a tres meses de cárcel con suspensión de pena, más el pago de un franco simbólico por los daños causados a los niños por los abusos del sacerdote Bissey.

El obispo decidió no apelar la sentencia e hizo una declaración en la que explica que el juicio comporta una restricción del secreto profesional y de la objeción de conciencia del ministro de culto, que no puede dejar de inquietar; que va contra toda la jurisprudencia admitida y constantemente reafirmada. Esto haría viable la apelación a la Corte de Caen. Pero, a fin de contribuir al retorno de la paz de las conciencias y de los espíritus ha decidido no hacerlo[33].

V. Conclusiones

El estudio de los ordenamientos jurídicos argentino y de algunos países del derecho continental europeo, manifiestan que, en forma pacífica y, con algunas variaciones, en todos se contempla la protec-

[32] Cfr. Idem ant., ob. cit., pág. 116.

[33] Declaración de Mgr Pierre Pican, obispo de Bayeux-Lisieux, en la página web de la Conferencia Episcopal Francesa: http//www.cef.fr/catho/actus/comuniques/2001/commu20010907pican.php4.

ción del secreto religioso del ministro de culto católico, además, del de otras religiones. Dicha protección, no mira sólo el interés del revelante, sino también el del sacerdote católico que está sujeto a una normativa jurídica, el derecho canónico, que exige absoluto silencio acerca de lo conocido en confesión, y reserva también de lo sabido por confidencias recibidas en el ejercicio de su ministerio. Por esa razón, se ampara además de la intimidad del confidente, el respeto de la disciplina canónica, en cuanto que su cumplimiento por parte de los fieles católicos, integra el ejercicio de la libertad de culto. Por tanto, es acertado que nuestro ordenamiento jurídico no contemple la posibilidad de que la decisión del revelante de exonerar del secreto al ministro de culto, obligue al sacerdote a revelar lo conocido por medio del sacramento de la confesión, o por una confidencia hecha por el fiel al ministro, en cuanto tal.

Para finalizar, consideramos que a través de las normas constitucionales, concordatarias, penales y procesales, el derecho positivo argentino ampara en forma completa y acertada el secreto religioso del ministro de culto católico.

LO SUYO DEL OTRO EN EL MATRIMONIO: UN ANÁLISIS IUS FILOSÓFICO DE LA JURIDICIDAD DEL MATRIMONIO Y LOS FINES ESTRATÉGICOS DE LA FAMILIA HETEROSEXUAL

ANA ORTELLI

I. Introducción

Decía Juan Vázquez de Mella que "no puede existir una sociedad sin un orden de principios morales y jurídicos inmutables e inviolables que sirva de frontera a la libertad humana, individual o colectiva. La inviolabilidad de los principios o de las instituciones que los representan tiene que estar en alguna parte; porque si todo es variable y violable, no existe más que el imperio de la fuerza y el derecho es un proscripto. Y una sociedad que no esté unida por el derecho será una congregación de fieras, pero no será una sociedad de personas"[1].

Ese orden de principios morales y jurídicos está dado en la naturaleza misma de las cosas.

Por ello, para acceder a la raíz de las instituciones y estructuras jurídicas resulta necesario estudiar sus causas, partiendo de la propia naturaleza de las cosas y en el tema que nos ocupa; específicamente del estudio de la naturaleza humana. En este sentido sostenía Cicerón que "la naturaleza del derecho hay que buscarla en la naturaleza del hombre"[2]

[1] Juan Vázquez de Mella, *Obras Completas. Discurso pronunciado en el teatro de Santiago el 29 de julio de 1902*, t. V, pág. 162. Citado por Bernardino Montejano, *Curso de Derecho Natural*, segunda edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, pág. 13.

[2] Marco Tulio Cicerón, *Tratado de las leyes*, libro I. Citado por Rodolfo L. Vigo (h), *Las causas del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.

Dado que el tema en análisis –el matrimonio– es una institución que responde a la naturaleza misma del ser humano –inclinación natural al otro sexo– la estructura jurídica ha de estar determinada por la propia naturaleza humana.

Por tal motivo el presente trabajo analiza el vínculo matrimonial y sus características esenciales, partiendo de la realidad óntica del hombre a fin de establecer la juridicidad de la relación conyugal a la luz de la escuela clásica del derecho natural y su esencial necesidad para el cumplimiento de los fines estratégicos de la sociedad.

La concepción antropológica que fundamenta al presente trabajo considera al hombre como un ser creado con una estructura óntica determinada. Un ser dotado de inteligencia y voluntad, capaz de descubrir la verdad a través de la realidad de las cosas, un ser libre, y por ende, responsable.

Una de las características de la estructura del ser humano es su dimensión sexual y su ordenación a la integración del varón y la mujer en una unión que logra su grado máximo de comunicación e intimidad en el matrimonio. El matrimonio responde pues a la propia naturaleza del hombre. De ahí el interés en analizar la estructura del ser humano para poder luego estudiar las características del vínculo matrimonial, su juridicidad y su función social.

II. Antropología de la sexualidad humana-varón-mujer-unidad dual[3]

La naturaleza humana se manifiesta en una doble realidad existencial, como varón o mujer; este es un dato de la realidad sensible que no necesita demostración.

Esta dualidad varón-mujer hace que ambos, aún teniendo características semejantes por poseer una misma naturaleza, esto es, una misma esencia, tengan modalidades diferentes, es decir, características accidentales que los distinguen. Son pues, semejantes pero no iguales. Esas estructuras accidentales se llaman virilidad (características peculiares del varón) y feminidad (características peculiares de la mujer).

[3] Se deja constancia que el presente trabajo es producto de los estudios realizados entre la suscripta y el doctor Cristian Conen, Profesor de Derecho de Familia.

Podría sostenerse entonces que el concepto de "hombre"[4] es un concepto bipolar[5], varón-mujer, ambos ordenados el uno al otro. Las diferencias entre ambos polos no se reducen únicamente a diversidad física, sino que comprenden toda la dimensión personal (dinamismo físico; dinamismo psíquico-afectivo; dinamismo racional - espiritual).

La antropología actual sostiene que la distinción entre los sexos es real, pero no tan diferenciada como se creía antes. Lo femenino y lo masculino no son dimensiones exclusivas de la mujer o del varón. Ambas están presentes de alguna manera en cada persona. Así lo afirma el filósofo J. Guitton[6], quien sostiene: "Creemos que existe un halo femenino en todo ser masculino, como una presencia, una virtualidad viril en toda mujer".

De acuerdo a lo señalado precedentemente se puede sostener que entre varón y mujer no hay pues diferencias de calidad, sino de estructura. Esta diferencia estructural, encerradas en sí mismas, proyecta a ambos a una apertura y mutua acogida, una interrogación y respuesta que les permite realizarse en sus respectivas propiedades a lo largo de la historia.

En este planteo de reciprocidad[7] ambos descubren y alimentan la dimensión latente del otro, lo femenino en el varón y lo masculino en la mujer, para crecer plenamente como seres humanos.

El hombre además de caracterizarse por su estructura bipolar, es un ser viviente, activo, consciente de sí mismo y del mundo que lo ro-

[4] En este trabajo se reserva el término "hombre" para indicar lo que es común a varones y mujeres. Se emplea el término mujer para indicar el femenino de hombre y el término varón para indicar el masculino.

[5] Al hablar de polaridad no se hace referencia a complementariedad sino a orientación de uno hacia el otro para alcanzar la plenificación del ser en cuanto humano.

[6] J. Guitton, *Ensayo sobre el amor humano*, Buenos Aires, Sudamericana, 1963, pág. 98.

[7] En igual sentido sostiene Hervada que "son complementarios porque virilidad y feminidad no son estructuras y valores absolutos y cerrados en sí mismo. La virilidad dice relación a la feminidad y la feminidad dice relación con la virilidad. Lo cual no significa que tengan necesariamente que unirse, y esto por una razón fundamental; varón y mujer son individuaciones completas de la naturaleza humana; lo que conlleva que la plena realización como personas humanas, individualmente consideradas, no exige la unión mutua". El autor utiliza la palabra complementarios haciendo una muy interesante distinción ente completarse y complementarse. Javier Hervada, *Escritos de Derecho Natural*, Pamplona, EUNSA, 1986, pág. 119.

dea, inteligente y libre con una actitud relacional frente a los otros y a las cosas que lo rodean. Es un ser que a diferencia del resto de los seres creados, va tomando conciencia y disponiendo de sí mismo para irse desarrollando y autoconfigurando a lo largo de su existencia.[8] Esta capacidad de autodeterminación del hombre es una de las características que lo distingue del resto de los animales. El hombre puede autodeterminarse porque es libre y esta libertad es consecuencia de la propia naturaleza humana: "El hombre es libre porque es inteligente"[9].

En esta peculiar tendencia a relacionarse con el mundo que lo rodea el hombre va creando vínculos con las cosas y con otros hombres. Esta forma de abrirse a lo otro se da por un movimiento del ser que en términos clásicos se denomina amor.

Como bien señala Pieper en su ensayo sobre el amor "hay razones más que suficientes que le sugieren a uno no ocuparse del tema amor"[10], pues no cabe duda que esta palabra ha sido desvirtuada y vaciada de contenido por la literatura moderna, el periodismo, la televisión, etc.

Sin embargo es importante revalorar la palabra amor, colocarla en el contexto del realismo clásico para poder comprender qué relación existe entre amor y exigencia de justicia, entre amor y derecho.

Los clásicos, entre ellos Santo Tomás, definen al amor de un modo concreto y sumamente desconcertante para los hombres de nuestra época, acostumbrados a vivir en un mundo cargado de emotividad. Sostiene Santo Tomás que el amor es la prim inmutatio appetitus[11]

Cuando Santo Tomás habla de prima hace referencia al más profundo movimiento del ser en virtud del cual el hombre pasa a estar orientado, más aún, a estar inclinado a eso que se le presenta como bueno, al bien[12].

[8] Señala Bernhard Welte: "la existencia humana muestra en todos los ejemplos observados un más allá de sí, una vida que, se expande constantemente como un círculo luminoso hacia lo otro; un incesante y multiforma relacionarse y saberse relacionado". Es un viviente y claro relacionarse con lo otro, que se realiza a sí mismo, de tal manera, que este múltiple otro determina la propia vida del hombre. Bernhad Welte, *El hombre entre lo finito e infinito,* Buenos Aires, Guadalupe, 1973, pág. 14.

[9] Antonio Royo Marin, O.P, *Teología moral para seglares*, 5º edición, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1973, pág. 6.

[10] Josef Pieper, *Las virtudes findamentales*, Madrid, Rialp, 1976.

[11] Tomás de Aquino, *Tratado sobre el amor,* I q 20 a 1 y I-II, q 27 a 2.

[12] Idem ant. I-II q 26, a 2 ad 3.

Otros autores han señalado que el amor es la "primera impresión que produce en el alma un bien, despertando el impulso vital".

El amor es entonces la primera reacción del ser humano frente a algo que se le presenta como bueno que lo inclina en forma radical a la obtención de ese bien.

Así el objeto impacta en el sujeto como bueno y pone en movimiento las potencias del hombre y a través de ellas procura la obtención del bien apetecido. Por eso se puede afirmar que todo amor verdadero se engendra en medio de una tarea inteligente ya que no es impulso intuitivo sino un acto humano y como tal debe ser asumido por la inteligencia y voluntad[13].

Ahora bien, si el amor es el primer movimiento de la voluntad, el acto más profundo o primario de orientación al bien; es necesario que el ser que ama tenga de por si la capacidad –potencia de amar–; por lo tanto es necesario que esté ordenado al bien. Debe pues, existir en el amante una disposición, una inclinación al objeto amado que se le presenta como bueno. Luego, si un varón y una mujer se aman es porque el ser varón está orientado por su propia naturaleza al ser de la mujer y el ser de la mujer está orientado al ser del varón.

Generalmente el amor varón-mujer, se produce inicialmente por un impacto en la afectividad provocado por las cualidades físicas y espirituales de una persona del sexo opuesto. Las causas de ese impacto, tiene un alo de misterio que en muchos casos resulta difícil de explicar.

Es así que la inclinación –atracción– que existe entre varones y mujeres en general, se concreta en una persona determinada, y se suspende cuando eso ocurre la tendencia a la conquista que existe entre ambos sexos[14].

En la dimensión instintiva, el amor varón-mujer se manifiesta como una atracción de manera indeterminada. En el "eros" el amor varón-mujer abarca los aspectos sensibles que captan los sentidos, de

[13] Un mayor desarrollo de esta cuestión puede encontrarse en Roger Vernauc, *Filosofía del hombre*, 10 edición,Barcelona, Herder, 1988, cap. XIV, pág. 151.

[14] "El enamoramiento se produce con el encuentro personal de dos predispuestos entre los que existe una sintonía física y espiritual. Si bien lo primero que atrae son cualidades o propiedades de la persona, el verdadero encuentro se produce cuando amamos esas cualidades presentes en esta persona". Cristian Conen, *Como ser feliz en familia*, Buenos Aires, Colección Ánimo, Areté Editora, 2000.

la virilidad o feminidad del amado, generando los sentimientos. En el ágape, se captan los aspectos suprasensibles, los aspectos personales de ese varón y esa mujer. Puede sostenerse pues, que la realidad integral del amor varón-mujer debe comprender de manera integrada los tres grados o dimensiones de ese amor: el físico, el sensitivo y el espiritual.

Ahora bien, lo propio del amor conyugal, lo que distingue el amor conyugal de cualquier otro amor entre personas, es su específico carácter de orientación sexual[15]. A la persona del otro se la ama a través de su virilidad o su feminidad, en tanto es del otro sexo y precisamente por serlo; la virilidad y la feminidad es el bien a través del cual se ama a la entera persona del otro. El amor conyugal es pues el amor personal ente varón y mujer, por ser precisamente varón y mujer.

III. Breve aproximación al concepto de matrimonio

Hasta aquí hemos analizado el fundamento antropológico del matrimonio. Esta institución es la forma más íntima y natural de relación interpersonal. La plenitud personal de los cónyuges y el desarrollo de la sociedad están estrechamente ligados a la estabilidad matrimonial y familiar.

Sin embargo, para el hombre de derecho, el matrimonio es una de las instituciones más difíciles de comprender en toda su profundidad, aunque todos los hombres tienen un conocimiento suficiente que les permite contraerlo y vivirlo sin necesidad de preparación científica alguna. Esto es así pues es una institución connatural al hombre - le es debida en virtud de su propia naturaleza humana, por tanto, pertenece al derecho natural[16]. Dado que el derecho natural está fundado en la realidad metafísica de la persona humana, su regulación legal, histórica y cultural, no puede afectar al matrimonio más que en aspectos accidentales y secundarios. Los requisitos esenciales y

[15] Algunos autores prefieren hablar de complementariedad sexual. Ver Pedro Juan Viladrich, *Agonía del matrimonio legal*, Pamplona, EUNSA, 1989, pág. 80.

[16] Cfr. Javier Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Pamplona, EUNSA, 1994, pág. 98 y ss.

nucleares del mismo, están dados por la propia naturaleza del hombre y por lo tanto son inmutables.[17]

La palabra matrimonio alude a dos realidades jurídicas distintas relacionadas entre sí como causa-efecto una de otra; ellas son el acto jurídico (casamiento o boda) y el vínculo jurídico que existencializa ese acto (el matrimonio).

En derecho positivo, se llama matrimonio al acto por el cual varón y mujer se entregan mutuamente como esposos - en sentido estricto debería denominarse pacto matrimonial o nupcias - es el acto jurídico constitutivo del estado de familia de cónyuges. Se denomina también matrimonio a la sociedad o comunidad formada por ambos esposos. Esta sociedad o comunidad es el matrimonio propiamente dicho[18].

Ya en el derecho romano, Modestino sostenía que las nupcias son la unión del hombre y la mujer en un consorcio de toda la vida, comunión del derecho divino y humano (nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio); y en las *Instituciones de Justiniano*, se expresa que las nupcias o matrimonio son la unión del hombre y de la mujer, que lleva consigo la obligación de vivir en una sociedad indivisible (viri el mulieris coniunctio, individuam vitae consuetudinem contines)[19].

En igual sentido, en la exposición de motivos del *Código de Napoleón*, Portalis definía al matrimonio como "una sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino (societé de l´omme et de la demmequi s´unissente pour perpétuer leur espéce, pour s´aider par des securs mutuels, á porter le poids de la vie et pour partager leur commune destunée)[20].

[17] Sobre naturaleza humana y condición histórica en relación a lo justo puede verse: Javier Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Pamplona, EUNSA, 1994, págs. 98 y ss. También los teólogos y canonistas han sostenido en forma común y constante que el matrimonio tiene como núcleo normas de Derecho Natural que residen en la propia ontología de la persona humana. Véase A. Knetch, *Derecho matrimonial católico*, Madrid, Castellana, 1932, pág. 7.

[18] Pedro Juan Villadrich, *Agonía del matrimonio legal*, Pamplona, EUNSA, 1984, pág. 140.

[19] Citado por Louis Josserand, *Derecho Civil*, t. I, Bosch, Buenos Aires, 1950, pág. 14.

[20] Citado por Augusto César Belluscio, *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Depalma, 1988, t. I, pág. 142.

En la doctrina argentina, se han elaborado varias definiciones; ente ellas se pueden citar las siguientes: el matrimonio es la "unión del hombre y la mujer para el establecimiento de una plena comunidad de vida"[21]; y "el matrimonio es el vínculo jurídico que nace de la voluntad de los contrayentes expresada con las formalidades que la ley establezca, y que origina, imperativamente entre ellos el conjunto de derechos y obligaciones recíprocas, ordenadas al establecimiento de una plena comunidad de vida y al cumplimiento de los fines propios de ella, según el orden natural"[22].

De todo lo expuesto cabe sostener con Hervada, que "el matrimonio comporta necesariamente la unión de dos destinos, de dos vidas, de dos historias personales, tan fuertemente entrelazadas, que en muchos aspectos se hacen una sola"[23] .

El artículo 172 del código civil argentino, establece que "es indispensable para la existencia del matrimonio, el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por el hombre y la mujer, ante la autoridad competente para celebrarlo". La nueva disposición legal incorporada al código civil tras la sanción de la ley 23.515 (*El Derecho Legislación Argentina*, t. 1987-A, pág. 330) derogó la ley 2.393 que en su artículo 14 establecía: "es indispensable para la existencia del matrimonio el consentimiento de los contrayentes, expreso ante oficial público encargo del Registro Civil". Del análisis de ambos textos legales podrá sostenerse que no se han efectuado modificaciones sustanciales sino más bien formales, sin considerar el contenido real que ha de tener el consentimiento matrimonial, pero aclarando que los contrayentes han de ser varón y mujer.

IV. Breve aproximación a la juridicidad del matrimonio

La doctrina argentina es unánime al considerar al consentimiento matrimonial como causa eficiente del matrimonio. Sin embargo son pocos los autores que al definir el consentimiento matrimonial, hacen referencia al contenido y a la naturaleza jurídica del mismo.

[21] Guillermo A. Borda, *Tratado de Derecho Civil*, Familia, t. V., Buenos Aires, Perrot, 1962, pág. 47.

[22] Jorge A. Mazzinghi, *Derecho de familia*, 3º edición, Buenos Aires, Ábaco, 1995 t. I , pág. 99.

[23] Javier Hervada, *Diálogo sobre el amor y el matrimonio*, 3º edición, Pamplona, EUNSA, 1987, pág. 201.

Mazzinghi sostiene que "el consentimiento es la coincidencia de dos voluntades en un punto predeterminado, que es el contenido del matrimonio"[24]. Sambrizzi por su parte, opina que el consentimiento matrimonial "consiste en el acto de la voluntad expresado por hombre y mujer, por el cual ambos se unen en matrimonio de conformidad a las normas legales"[25], en tanto Belluscio lo define como "la voluntad de cada uno de los contrayentes de unirse al otro con sujeción a las reglas legales a que está sometido el vínculo conyugal"[26].

De las definiciones transcriptas se advierte que los autores coinciden en establecer como requisito para la celebración del matrimonio la necesidad de un acuerdo de voluntades entre un hombre y una mujer, para la constitución del mismo. Ninguno de ellos hace referencia a la entrega personal de los contrayentes en tanto varón y mujer, que es la causa material del matrimonio.

Entre los autores que se aproximan a un análisis más profundo del contenido del consentimiento matrimonial - en tanto incluyen la entrega personal y no meramente un acuerdo de voluntades - podemos citar a María Josefa Méndez Costa quien afirma que "el consentimiento matrimonial es la convergencia de dos voluntades internas y manifestadas, en la entrega y aceptación mutua de hombre y mujer para generar el consorcio vital que es el matrimonio"[27]; y a César Astigueta quien sostiene que "el consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad por el cual varón y mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio"[28]. Cabe resaltar, sin embargo, que estos autores tampoco analizan suficientemente la causa material del matrimonio, es decir la especificidad sexuada de la entrega personal.

[24] Jorge Mazzinghi, *Derecho de Familia*, t. I, 2º edición, Buenos Aires, Ábaco, 1983, pág. 181.

[25] Eduardo A. Sambrizzi, *El consentimiento matrimonial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 10.

[26] Augusto César Belluscio, *Manual de Derecho de Familia*, t. I, 5º edición. Buenos Aires, 1991, pág. 187.

[27] María Josefa Méndez Costa, y Daniel H. D'Antonio, *Derecho de Familia,* t. I, Santa Fe, 1990, pág, 137.

[28] César Astigueta, "Consentimiento matrimonial. Modalidades. Análisis de la nueva ley que regula el matrimonio civil", en *Nuevo Régimen de Matrimonio civil*, *Ley 23.515*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1989, pág. 69.

Si se analizan las consideraciones efectuadas al estudiar los fundamentos antropológicos del matrimonio y las definiciones del mismo, parecería que el mutuo entregarse y aceptarse totalmente en tanto varón o mujer hacen a la esencia del consentimiento matrimonial.

El matrimonio es pues el resultado de una elección a través de la cual la voluntad asume la inclinación natural hacia el otro sexo mediante la entrega dirigida a una persona determinada en tanto varón y mujer. Así la opción (e-lectio) de otra persona como esposa - esposo se convierte en "dilectio" esto es en elección comprometida.

Es importante destacar una vez más que el amor en su esencia es un movimiento de la voluntad más que - de los sentimientos o de la efectividad –los que actúan como motivación de la voluntad–. Más aún, "amor coningalis" no es un sentimiento, sino más bien una entrega a otra persona. En eso se distingue de cualquier otra forma de amor que puede llevar consigo un ansia o deseo, pero no comporta compromiso alguno (amor amicitiae, amor sensualis). Una vez que, a través del consentimiento, se hace y acepta el compromiso, el amor se convierte en debido a otro.

Mario F. Pompedda ofrece una clara síntesis del tema al sostener que "el amor en el matrimonio puede considerarse esencial en la medida en que es donación y aceptación de dos personas, que ha de entenderse por tanto en sentido no afectivo sino efectivo"[29].

Siguiendo esta línea de pensamiento, la juridicidad del matrimonio no debe confundirse con la legalidad matrimonial, es decir, con el régimen legal positivo del matrimonio que se encuentra regulado en el código civil o en las leyes especiales. Esta legalidad no constituye ni crea el matrimonio sólo es el reconocimiento y regulación por parte de la norma positiva de una juridicidad preexistente originada por los contrayentes.

La juridicidad del matrimonio tampoco es efecto de la inscripción del trámite administrativo celebrado ante oficial público encargado del Registro Civil. El bien jurídico protegido por este trámite es la

[29] "Eaternus amor in matrimonio essentialis dicitu, quatemus est traditio – acceptatio duarum peronarum, ataque ideo non affectivus sed affectivus intellegi debet". Mario F. Pompedda, "Incapacitas resumendi obligationes matrimondi essentiales", *Periódicas 75*, 1986, pág. 144.

seguridad jurídica al otorgar publicidad y certeza al acto jurídico realizado por los contrayentes esto hace a la legalidad del vínculo, no a la juridicidad.

Cabe preguntarse entonces de donde surge la juridicidad matrimonial. Para ello debemos analizar primero qué es lo jurídico.

El derecho para el realismo clásico es un término análogo donde el primero y principal analogado es la misma cosa justa adecuada a otro según una cierta relación de igualdad. La juridicidad de otras realidades es adquirida por su vinculación con aquel analogado principal[30].

Para Santo Tomás el Derecho es lo justo, lo igual. Ahora bien, para hablar de igualdad se requieren por lo menos dos realidades, por lo tanto lo justo será un término medio e igual relativo a alguno o algunos. En este punto es importante destacar la interpretación que hace Kalinowski de los textos clásicos: "importa subrayar que tanto para Aristóteles como para Tomás de Aquino, lo justo es obra (opus) en el sentido de una acción... hablando de lo justo, Aristóteles y Santo Tomás piensan no en una cosa, en un objeto considerado en sí mismo sin referencia a un agente y a su comportamiento respecto de otro, sino en la acción por la cual el hombre que la realiza entra en una relación determinada con otro hombre. Es esta acción –concluye el filósofo polaco– la que iguala una cierta medida y es por eso justa o injusta"[31].

Kalinowski sostiene que "el derecho no es un reglar (...) el derecho es lo que fue para Aristóteles to dikaión y para Santo Tomás ius sirve iustum". Ahora bien, Santo Tomás veía en el derecho el objeto de la justicia, porque lo consideraba como "una cierta obra adecuada a otro según cierto modo de igualdad (II-II, q 57, a 1 y 2). El derecho es una obra "recta", "adecuada"; es un acto no en el sentido de un actio sino más bien de un actum"[32].

[30] Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, II, II, q 57

[31] G. Kalinowski, "Sur l'emploi métonymique du terme "ius" ut sur la muabilité du droit natural selon Aristotele", *Archives de Philosofphie du Droit*, Paris, 1973, nº 18, págs. 334 y 335. Citado por Carlos Massini Correas, *El Derecho Natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999, pág. 51.

[32] G. Kalinowski, "Lex y ius", en *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, traducción de Carlos I. Massini Correas, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982, pág. 19. Citado por Carlos I. Massini Correas, Ídem nota 46, pág. 52.

Ahora bien, si el acto de justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, esto es, darle su derecho, es menester que las cosas - entendiendo por cosas tanto los bienes materiales como los inmateriales - estén atribuidas a un sujeto de donde surge su cualidad de debidas. La justicia no atribuye las cosas, sino que sigue al hecho de que éstas ya están atribuidas por un acto que la precede[33].

La causa de esa atribución puede ser de origen muy variado, la naturaleza humana, un acto jurídico privado (contrato) o público (sentencia).

En el tema específico que nos ocupa podemos reconocer una doble atribución, por un lado varón y mujer están atribuidos el uno al otro por su propia naturaleza pues ambos están orientados recíprocamente. Y además esa atribución natural, se específica en un ser concreto a través del amor esponsal que se hace debido por el consentimiento matrimonial.

Al entregarse al otro a través del consentimiento matrimonial, la persona se atribuye a ese otro y por tanto es "debido a otro". El amor conyugal adquiere pues, juridicidad en ese acto de entrega.

La estructura jurídica del matrimonio no es pues otra que la del amor conyugal comprometido, esto es, atribuido a otro. Es esta atribución comprometida en tanto varón y mujer la que genera la juridicidad del matrimonio.

Por tanto la entrega personal que se concreta a través del consentimiento matrimonial, es al mismo tiempo un acto de amor –darse al otro– y un acto jurídico, la juridicidad surge de atribuirse comprometiéndose a otro, esto es deberse a otro.

En otras palabras, casarse es dar respuesta y concretar en un solo instante –el que dura las palabras del consentimiento– la propuesta de la naturaleza humana de la sexualidad y la afectividad, a una unión exclusiva y permanente, abierta a la vida y al bien del otro.

Obsérvese con especial atención, que sólo existe un acto humano voluntario capaz de producir ese efecto, esa "medida" de atribución o

[33] Santo Tomás: Suma contra gentiles, libro II, cap. 28: "siendo el acto de justicia dar a cada uno lo suyo, al acto de la justicia precede otro acto por el cual alguien hace lo suyo a algo, según consta por las cosas humanas, pues uno trabajando merece que se convierta en suyo lo que le retribuyente se le da por acto de justicia. Por tanto, aquel acto por el cual primariamente alguien hace suyo algo, no puede ser un acto de justicia".

entrega esencial y existencialmente total como varón y mujer, en un solo instante: ese acto humano es el compromiso (el sentido de la palabra alude a meterse en el futuro con el otro: con pro (preposición de futuro) – meter.

Al comprometerse, esto es, al darse o atribuirse al otro en una "medida" de entrega total en tanto varón y mujer, surge en los contrayentes un estado nuevo y distinto al que vivían de solteros: el estado de personas entregadas o atribuidas a otra –personas debidas a otro.

V. Las uniones de hecho y civiles y el principio de no discriminación del matrimonio

En el derecho civil de familia actual advertimos una tendencia a igualar los derechos y deberes de las distintas uniones sexuales que desde su libertad deciden constituir los ciudadanos.

A título de ejemplo pueden mencionarse los distintos sistemas jurídicos que asignan los efectos jurídicos propios del matrimonio a relaciones concubinarias en las que sus protagonistas no han querido originalmente asumir ningún compromiso; o aquellas legislaciones que han regulado civilmente las uniones homosexual con igual nombre y derechos - deberes que el matrimonio.

Una sociedad democrática es una sociedad pluralista, no una sociedad uniforme. Por esta razón, el principio de igualdad y no discriminación de los ciudadanos ante la ley, lejos de conllevar la imposición coactiva de una uniformidad igualitarista en materia de uniones sexuadas, debe armonizarse con el principio democrático de justicia, que significa tratar lo igual como igual y lo desigual como desigual, dando a cada uno lo suyo, esto es su derecho.

La pluralidad de formas de relación sexuada que los ciudadanos elijan constituir desde su libertad personal: matrimonio, uniones de hecho o uniones civiles, exige un planteo fundamental básico en el derecho de familia, planteo que requiere una actitud independiente de cualquier posición ideológica o creencia religiosa.

Ese planteo es el siguiente: ¿corresponde al legislador civil una actitud de neutralidad respecto de dicha pluralidad a la manera de un simple "registrador" de uniones, o por el contrario, es clave para el orden social que el derecho civil identifique la unión que tiene un interés público y la diferencie claramente en nombre y derechos de otros

tipos de unión que no revisten interés público aunque sean parte de la realidad social?

El derecho civil debe fundamentarse en la racionalidad del reconocimiento de las diferencias reales entre el matrimonio: unión de un hombre y una mujer con compromiso solemne hacia las funciones sociales estratégicas propias del matrimonio que son la procreación de las nuevas generaciones y la crianza, educación e integración social de esas nuevas generaciones; y otras formas de relación sexuada basadas en el mero "hecho afectivo" mientras dure, sean heterosexuales u homosexuales. Es esta diferencia real la que hace que el matrimonio sea una institución de interés público y no lo sean en cambio las uniones de hecho o las uniones civiles.

El fundamento del carácter de orden público del matrimonio, en el derecho argentino, no radica en la consideración de los aspectos afectivos de la relación de los cónyuges como no es de interés público las relaciones afectivas de amistad que puedan entablar los ciudadanos en su vida privada. El matrimonio es una institución personalísima pero también de interés público por el compromiso jurídico de los contrayentes al desarrollo de las funciones sociales estratégicas antes citadas sin las cuales una sociedad no es viable.

En modo alguno se trata de discriminar las convivencias de hecho o las uniones civiles. De lo que se trata es de no discriminar al matrimonio, reconociendo sus concretas o reales contribuciones a cumplir aquellas funciones sociales estratégicas, y sus aportaciones estables, permanentes y responsables en derecho.

Si el matrimonio, las convivencias de hecho y las uniones meramente civiles sean heterosexuales u homosexuales no son iguales en sus compromisos, funciones y servicios estratégicos al bien común de la sociedad, no pueden ser iguales en nombre, ni en derechos. Es injusto y discriminatorio tratar lo desigual como igual o lo igual como desigual.

Sería un signo de dictadura ideológica, el hecho de que el derecho de familia, bajo el pretexto de pluralismo democrático otorgue un tratamiento jurídico indiferenciado, que discrimine a la familia matrimonial en relación con las convivencias de hecho y las uniones civiles heterosexuales y homosexuales, al margen de sus contribuciones reales al cumplimiento de las funciones sociales estratégicas que hacen al bien común de la sociedad y a la naturaleza misma del hombre.

HOMENAJES

LINIERS DE ESTRADA
25 DE ABRIL DE 1920, 27 DE JUNIO DE 2005

La muerte de doctor Liniers Estrada ocurrida en su ciudad natal el 27 de junio de 2005, nos ha conmovido a quienes fuimos sus colegas, amigos y discípulos, tanto por los vínculos intelectuales como afectivos anudados a través de muchos años.

Su laboriosidad, su erudición, su paciencia y sobre todo su profunda y sencilla vocación de servicio, fueron algunas de las cualidades que perfilaron su rica personalidad.

Descendiente de añejos linajes argentinos, nació en Buenos Aires el 25 de abril de 1920. Hizo sus estudios secundarios en el colegio Champagnat y se graduó de abogado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en 1943.

Desde muy joven se aplicó al estudio de la historia de la patria –a la que amó entrañablemente- alimentado por una rica tradición familiar que afloraba abundante de su palabra y de su prosa, salvando así del olvido viejos recuerdos conocidos de oídas.

Apenas obtenido su título se dedicó a enseñar, pretendiendo sobre todo hacer estimar por sus discípulos la disciplina, que formaría su nacionalidad y que a su entender abarcaba: religión, cultura, lengua, raza y tradición.

Se inició en la docencia como profesor de Historia de la Argentina y de Historia de las Artes en las escuelas nacionales de Bellas Artes "Manuel Belgrano" y "Fernando Fader", respectivamente, cargos que ejerció desde 1944 hasta 1966. Fue también profesor en el Centro de Altos Estudios del Ejército, dictó Teoría del Estado en la Escuela Nacional de Guerra, y en el Instituto de Servicio Exterior de la Nación: Historia Argentina. Designado coordinador general del Primer Simposio de Defensa Nacional (Buenos Aires 1966) fue asimismo asesor de gabinete del Ministerio de Defensa Nacional (1962-1964) y vocal y presidente interino del Consejo Nacional del Educación Técnica.

Participó de congresos y dictó conferencias en instituciones especializadas que luego volcó para información de sus discípulos en amenos artículos publicados en medios de nuestro país. Además de estas publicaciones que superan la veintena escribió varios libros. El inicial *Santiago de Liniers, el último Virrey del imperio* que data de 1947, nos muestra a un Estrada muy joven, ya interesado por nuestra historia y eximio conocedor de la vida y la obra de su ilustre antepasado, con acopio de datos inéditos, posiblemente transmitidos verbalmente en el correr de las generaciones.

Frescas y originales son la nota y el prólogo al libro que él edita de Mariquita Sánchez, *Buenos Aires Virreinal* y cuyo manuscrito original heredara de su antepasado Don Santiago Estrada, amigo entrañable de la destacada patricia. Esta obra fue fuente inexorable de los que luego bucearían en la memoria de la legendaria Mariquita.

Sus inclinaciones profesionales y sobre todo la solicitud por sus alumnos lo condujeron hacia los temas de historia jurídica. Son pruebas de ella sus obras *El proceso histórico del Estado Argentino*, editado en 1971 por la universidad de Mar del Plata, y la *Historia de las Instituciones Argentinas*, publicada por sus alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina y que fuera la base –corregida y aumentada– de su *Manual de Historia del Derecho es-*

pañol indiano-argentino, de uso indispensable en nuestra facultad desde hace mas de cuarenta años.

Mención especial merece su actuación en nuestra casa de estudios. Comenzó carrera como profesor ayudante de la cátedra de Historia del Derecho a cargo del Doctor Samuel W. Medrano en 1958. Obtuvo categoría de adjunto en 1964, de protitular en 1971, fue titular Ordinario de 1972 hasta 1997 y titular emérito –con medalla y emocionado reconocimiento- hasta 2001, año en que se retiró. Tenía entonces 81 años y había formado en Historia del Derecho Argentino a cuarenta y tres camadas de estudiantes. Su dedicación a esta Facultad no se ciñó exclusivamente a la cátedra, ya que fue Consejero de la Facultad y Vice-Decano de la misma desde el año 1972 hasta 1977 por nombramiento del entonces Gran Canciller Monseñor Antonio Caggiano.

Su actuación mereció diversos reconocimientos. En 1970 recibió la Orden Bernardo O´Higgins en grado de comendador, en 1969 el Diploma de Honor del Centro de Altos Estudios del Ejército Argentino y fue invitado a fundar el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho en 1973. En 1982 obtuvo el reconocimiento del Instituto de Servicio Exterior de la Nación, el de la Legión de Patricios en 1985; y el de la Escuela Superior de Guerra Aérea en 1997. Ese mismo año la Universidad Católica Argentina le otorgó el Título de Profesor Fundador.

El estudio y la enseñanza del pasado fueron para Liniers Agustín Alberto José Manuel Estrada, una vocación insoslayable. Sin embargo, el principal objeto de sus afectos fue sin dudas la familia que constituyó el 25 de julio de 1946 con Martha Gancedo de cuyo matrimonio ha dejado de fecundo linaje que se perpetúa en más de veinte descendientes. Tal fue el cariño a su familia, que la muerte de su niña menor Delfina Estrada, instituyó un premio con ese nombre en Fundaleu, a los alumnos destacados por la Academia de Medicina.

Estamos seguros de que con su desaparición, la Universidad Católica Argentina pierde uno de sus más leales artífices, a la par de un hombre de gran bondad y de una generosidad incomparable. Así lo vimos sus colegas, sus discípulos en la cátedra y sus alumnos, concepto que podríamos sintetizar en la frase que estampara la Escuela Superior de Guerra al otorgarle el Diploma de Honor "en reconocimiento a su desempeño como verdadero formador de hombres y modelo de maestros".

GUILLERMINA MARTÍNEZ CASADO DE FUSCHINI MEJÍA

UN REY PARA LA REPÚBLICA ARGENTINA
(La historia de un proyecto)[1]

Liniers de Estrada

"¡Viva el Rey¡", vociferaban los revoltosos del 1º de enero de 1809 en la Plaza Mayor de Buenos Aires. "Juramos fidelidad al rey", sostenían los miembros de la Junta de 1810. "Las armas del Rey no se rinden en mis manos", respondía arrogante Belgrano al frente del ejército patriota, cuando el enemigo le intimaba rendición en el Paraguay.

Siempre el Rey se hallaba presente como bandera insustituible en los movimientos de esos primeros años del siglo pasado, tan revuelto y tan propenso a los cambios políticos, aunque no lo suficiente para olvidar la importancia y prestigio de la institución monárquica.

Que nuestros antepasados fueron en su mayor parte partidarios de la monarquía, es cosa sabida. Que difícilmente podrían ser otra cosa, es harto explicable, pues no en vano los siglos habían sedimentado muy hondamente la institución real. La legitimidad del principio monárquico era entonces muy difícil de poner en duda. Tanto es así, que a pesar del vendaval levantado por la Revolución Francesa, el mismo Napoleón se apresuró a buscar un remedo de legitimidad, retomando el camino tradicional de la monarquía. Solo los Estados Unidos de América ostentaban una forma política que podía conciliar el orden con la República; pero no había alcanzado aún este país toda la importancia que el tiempo le daría, y por lo tanto, su influencia se hallaba muy limitada, debido, también , el escaso territorio en que comenzaba a practicarse tal ensayo.

[1] Publicado originariamente en la *Revista de la Escuela Superior de Guerra Aérea,* n° 81 (1975).

¿Qué extraño, entonces, que hubieran planeado nuestros próceres coronar un rey en Buenos Aires? Por el contrario, cabe preguntarse si no hubiera sido una sana medida política mantener unido al Virreinato del Río de la Plata con un monarca a su cabeza; por lo menos, en la primera etapa de su vida independiente. Quizá así podría haberse evitado la división territorial de gran parte de la América española y el nacimiento de tantos países pequeños, con su secuela de luchas internas e inestabilidad política. No fue al azar lo que conservó unida a la América portuguesa después de su independencia, sino precisamente el haber conservado una autoridad legitimada por largos años de aceptación general. Cuando el príncipe Pedro de Braganza proclama con el grito de Ipiranga la independencia de Brasil respecto a Portugal, donde reinaba su padre Juan VI, conserva en el Nuevo Continente el orden institucional fundado en la monarquía, con lo que evita posibles aspirantes al gobierno, y asegura la continuidad de toda una estructura política, integrada con sus equipos dirigentes, cuya larga actuación en la función pública había sido un verdadero aprendizaje en el ejercicio del poder. Con el Imperio se salvó la unidad del territorio, y el Brasil conservó para sí la larga experiencia de los estadistas y diplomáticos lusitanos.

Sin duda, ésa fue la idea de muchos próceres argentinos, y el principio monárquico tuvo firmes sostenedores en el Río de la Plata. No debemos olvidar que nuestro territorio, como integrante del Imperio español, había visto suceder los distintos reyes, sin que nunca se dudara de la legitimidad de su poder, y en su aceptación se habían educado y madurado quienes tuvieron a su cargo el proceso de la revolución de Mayo. Cabe destacar, también, que por entonces la idea monárquica se encontraba estrechamente unida con la dinástica, y se pensaba que la única forma posible de establecer la monarquía era coronando a algún príncipe de las casas reinantes Borbón, que, por hallarse casada con el rey de Juan VI de Portugal, residía a la sazón en el Brasil, adonde llegaron los reyes juntamente con gran parte de su Corte, a causa del ataque de Napoleón a su país. La circunstancia de ser la Princesa hermana del rey de España, Fernando VII, que estaba prisionero del emperador de los franceses, le otorgaba presuntos títulos para gobernar en estos países.

El proyecto entusiasmó a muchos de los que poco después actuaron en la lucha de la independencia. Debieron de pensar ellos ante la prisión de Fernando VII, nadie mejor que su hermana para asumir

los derechos de la corona; sobre todo, cuando se daba la circunstancia de encontrarse en territorio americano, donde no corría el riego de ser dominada o prisionera por Napoleón.

Durante varios años se movieron personajes e intereses en torno a la negociación. Además de la propia princesa Carlota, desempeñaron un papel de primera importancia aventureros como Felipe Contucci y José Presas, que trataban de obtener ventajas por su intervención, y también Lord Strangford y el contralmirante Sydney Smith, que desde Río de Janeiro desarrollaron una intensa actividad diplomática en torno al proyecto, con el propósito de obtener ventajas para Gran Bretaña. Pero lo interesante a señalar es el entusiasmo con que algunos de nuestros próceres impulsaron el plan. Quizá fue Belgrano el más animoso en ese sentido; pero también cumplieron una importante función personajes como Juan Martín de Pueyrredón, Rodríguez Peña y otros que pensaron seriamente en la posibilidad de que la Princesa ocupara la regencia del Virreinato del Río de la Plata, y para lo cual se contaba, también, con el apoyo necesario en diversos lugares del Interior. Las gestiones se efectuaron a través de comisionados generalmente secretos, no obstante lo cual tomaron suficiente estado público como para despertar la resistencia de quienes no participaban del proyecto, especialmente en la corte de Río de Janeiro. Por último, y ante la demora producida y al no concretarse la gestión, la Princesa renunció a la idea, que quedó solo como un plan inconcluso, pero que abrió una posibilidad que sería más tarde reiterada, aunque con otros candidatos y en diferente circunstancia.

Una vez producida la Revolución de Mayo, no faltó tampoco quien sugiriese que hasta el mismo Saavedra pudiera iniciar una nueva dinastía, y quizá el famoso brindis de Duarte, ofreciendo una corona al Presidente de la Junta, no haya sido tanto producto de la ebriedad –como tan fogosamente lo sostuvo Moreno en su célebre decreto de los honores-, sino, más bien, idea premeditada de algunos revolucionarios que tenían el propósito de independizar el país, cuando ello sólo estaba en la mente de unos pocos, y menos eran, todavía, los que se animaban a proclamarlo. A éstos no debió de parecerles tan descabellado el proyecto, cuando Bonaparte –que era el personaje de la época- se había hecho coronar nada menos que emperador de Francia. Cierto es que el ejemplo del Corso no era bien mirado en esta parte de América, donde los principios revolucionarios por él infundidos no despertaban simpatía, como lo revelan crónicas de entonces.

Pero estos planes y otros de similar o menor importancia no alcanzaron la madurez del que se debía llevar a cabo poco después, y que estuvo próximo a instaurar la monarquía en nuestro país.

Durante los primeros años de la Revolución de Mayo, las Provincias unidas no habían logrado aún estabilizar su vida política. En consecuencia, muchos de los hombres que tenían la responsabilidad del mando, decidieron revivir el anterior proyecto de coronar un rey en el Río de la Plata, pensando, quizá, que con ello podría evitarse la digresión política del antiguo Virreinato. Por otra parte, ya se había producido la separación de territorios que hasta entonces habían permanecido unidos, como el Alto Perú, el Paraguay, la Banda Oriental y las actuales provincias argentinas, y en éstas se vislumbraba amenazante la anarquía, con su escuela de luchas y posibles divisiones.

Se decidió enviar a Europa una misión especial, integrada por Manuel Belgrano y Bernardino Rivadavia, a quienes se debía agregar Manuel de Sarratea, que ya se encontraba en Londres.

Una vez en esa ciudad, los tres comisionados se pusieron de acuerdo, y decidieron continuar las conversaciones iniciadas por Sarratea con el conde de Cabarrús, antiguo amigo de Godoy, quien fuera ministro de Carlos IV, ex rey de España, y con quien compartía el exilio en Roma. Las negociaciones se desarrollaron durante el año 1815, y Cabarrús logró interesar a los tres argentinos sobre la posibilidad de que reinase en Buenos Aires un príncipe español, que sería el infante Francisco de Paula, hijo de Carlos IV, y por lo tanto, hermano de Fernando VIII. Con ello se procuraba entusiasmar al rey destronado, a quien el intermediario de los comisionados argentinos debería llevarle, justamente con un proyecto de constitución para reglar jurídicamente el nuevo reino, un manifiesto en el que se anunciaba públicamente el deseo de establecer dos monarquías independientes en América, colocando en ellas a los infantes don Carlos y Francisco de Paula, y dando a este último jurisdicción sobre el Virreinato del Río de la Plata, la presidencia del Reino de Chile y las provincias de Puno, Arequipa y Cuzco, con todas sus costas e islas adyacentes. Al mismo tiempo, Cabarrús era portador de un compromiso firmado por Sarratea, Rivadavia y Belgrano, según el cual, en caso que la Corte de Madrid retirara las asignaciones acordadas a Carlos IV, se le abonaría una suma igual por parte del gobierno a establecerse en Buenos Aires. En la Constitución proyectada se establecía, juntamente con la autoridad del rey, el funcionamiento de un

parlamento bicameral, integrado por una sala de diputados designados por elecciones, y una especie de Senado, formado por representantes de la nobleza que debería crease, con la jerarquía de duques, condes y marqueses. Evidentemente, ello no era fácil, y resultaba bastante ajeno a la realidad que estaba viviendo el país.

La negociación se encontraba ya lo suficientemente madura cuando se produjo la batalla de Waterloo, y con ella, la caída de Napoleón y el retorno de los reyes destronados a los países que Napoleón había dominado. Se iniciaba así la política de la Santa Alianza, propiciada por el Congreso de Viena y que tendía a la restauración de las antiguas dinastías, por lo que recibió el nombre de *legitimismo.* Carlos IV no quiso enemistarse más con su hijo Fernando VII, y habiendo perdido su amigo, el Emperador de los franceses, que hubiera podido ayudarlo en el proyecto, resolvió abandonar el mismo, suspendiendo toda negociación con los comisionados argentinos.

En esta forma quedó determinado el plan monárquico de 1815. No debería ser el último, Rivadavia decidió quedarse en Europa, para proseguir sus gestiones diplomáticas. Allí desarrolló una intensa actividad. Se dirigió a España, dónde tuvo algunas entrevistas con altos funcionarios; pero a causa de la dudosa validez de su representación, fue obligado a abandonar el territorio. Continuó sus gestiones ante las cortes de París y de Londres, y buscó el apoyo del Congreso de Viena para obtener la coronación de un rey en Buenos Aires, sobre la base de que se garantizara la independencia del país. Ninguna de estas negociaciones obtuvo resultado, ya que las potencias europeas tenían muy ligadas sus políticas, y además, la posición española era muy firme en cuanto al mantenimiento de su autoridad en América, y los demás monarcas no deseaban plantear un conflicto demasiado grave con Fernando VII.

Mientras tanto, Belgrano regresó a la Argentina y concurrió al Congreso reunido en Tucumán, ante el que formuló su original proposición de que se coronase a un descendiente de los Incas. Aparte de configurar – a su juicio- cierta legitimidad territorial, poniéndose a tono con el movimiento de restauración legitimista europeo propiciado por el Congreso de Viena, tendría la ventaja de captarse la simpatía de los indígenas; especialmente, de los altoperuanos, lo que podría facilitar la empresa de los ejércitos patriotas que luchaban en la frontera norte del país. La verdad es que no ocurriría ni una cosa, ni la

otra, pues el legitimismo propiciado en Viena estaba muy lejos de apoyar semejante idea; y en cuanto a la posible simpatía de los indios, ya había quedado probado que no se interesaban por el proceso de independencia, que para ellos era un problema ajeno, y en el cual participaba la población blanca, tanto criolla como española.

El proyecto de Belgrano fue rápidamente combatido, y hasta ridiculizado por medio de caricaturas burlescas. No obstante, en un momento dado, el Congreso consideró la posibilidad de combinar la coronación del descendiente de los Incas con algún miembro de la casa de Braganza, reinante en Portugal y en Brasil. A tal efecto comisionó a Manuel José García, quien se hallaba acreditado ante la Corte de Río de Janeiro.

Al poco tiempo, como consecuencia de las fuertes críticas que se le habían formulado y la falta de aceptación final por parte del Congreso, el plan de Belgrano cayó en el olvido; pero lo mismo el director Pueyrredón que su ministro Tagle y el Congreso, que, como es sabido, en su mayoría era monárquico, continuaron las gestiones para obtener la coronación de algún príncipe vacante que perteneciera a una de las familias reinantes en Europa.

Si bien los primeros planes monárquicos podían haber tenido un fundamento razonable, a medida que el tiempo pasaba y los acontecimientos políticos se iban encadenando, resultaba cada vez más difícil y hasta cierto punto artificial la idea de establecer un rey en Buenos Aires. Pero la amenaza siempre latente de la anarquía contribuía a fortalecer la posición de quienes insistían en la reiteración del plan.

Ya habían pasado ocho años desde la Revolución de Mayo; y si bien la independencia no estaba todavía suficientemente consolidada, puesto que aún seguía la guerra en otras partes de América, la declaración del Congreso de Tucumán había contribuido a afirmar la personalidad internacional de las Provincias Unidad. Y mientras se iba preparando el camino al reconocimiento del nuevo Estado, algunas potencias ponían con interés sus miradas en estos nuevos países en formación, y no fue ajeno a tal interés el apoyo al nuevo proyecto de monarquía de efectuaron otros negociadores argentinos.

El país entero bullía después de tantas marchas y contramarchas, además de tantos fracasos de gobiernos que no habían logrado establecer el orden y la unidad, y como secuela, las luchas internas que comenzaban a tomar el carácter de una verdadera guerra civil. Los ejércitos nacionales, los caudillos locales y los grupos directoriales

de Buenos Aires, eran fuerzas independientes que se disputaban el predominio del poder.

En tales circunstancias, el Congreso se abocó a un nuevo proyecto de monarquía, y al mismo tiempo, Rivadavia escribía desde Europa, sugiriendo la conveniencia de enviar otro representante, para que continuase, juntamente con él, las negociaciones. En 1818 se resolvió destacar una misión a cargo de Valentín Gómez –que había tenido una larga militancia en la política independiente a partir de 1810-, quien partió rumbo a Francia con instrucciones precisas de lograr un candidato para coronar en la Argentina.

Previamente se detuvo en Río de Janeiro, donde nuestro representante Manuel José García lo puso al tanto de las gestiones efectuadas, y en las cuales la Corte portuguesa había desempeñado un importante papel. Luego continuó a Londres, y de allí a París, donde mantuvo entrevistas con miembros del gabinete, y como consecuencia de ellas se elaboró el proyecto de coronar en el Río de la Plata al duque de Luca, que se hallaba vinculado a los Borbones de Francia, y que por haber sido destronado de Esturia estaba disponible para ocupar el trono que se le ofrecía. Al mismo tiempo, y conforme a los procedimientos políticos utilizados por las monarquías europeas, se pensó en la posibilidad de unirlo matrimonialmente con una princesa de la casa de Braganza, con lo que podrían quedar solucionados los problemas fronterizos que tantos conflictos habían provocado desde antiguo entre España y Portugal, en el territorio americano.

El proyecto fue comunicado al director Pueyrredón, y desde luego al Congreso, el que en noviembre de 1819 resolvió que la coronación del duque de Luca "no la encuentra inconciliable ni con los principales objetos de la revolución, la libertad e independencia, ni con los grandes intereses de las mismas provincias". En virtud de ello, el proyecto quedó aceptado, con la condición de que Francia lograse el consentimiento de las grandes potencias, y colaborara en el matrimonio del candidato con una princesa de la familia Braganza, para obtener la renuncia de las pretensiones de Portugal a los territorios que habían sido españoles. Asimismo, se mantendría la constitución que el Congreso había sancionado, adaptándola a la monarquía de gobierno.

Enterado el general San Martín, por carta del director Pueyrredón, de tales negociaciones, las aprobó, y sugirió al Gobierno de Chile que las apoyase. Éste instruyó a su comisionado en Europa,

Irisarri, para que siguiera de cerca y colaborase con la misión de Valentín Gómez.

Después de haber aceptado el Congreso argentino el proyecto, y cuando ya Manuel José García andaría buscando pareja al flamante monarca en Río de Janeiro, Francia decidió retirar su apoyo al plan. Un poco por su propia voluntad, y también para evitar un conflicto con Inglaterra, que no veía con agrado que otra potencia, al encontrarse tan vinculada al nuevo rey, obtuviera posibles ventajas económicas en el Río de la Plata, perjudicando los intereses que aquélla trataba de defender, y que había logrado tras años de esfuerzos diplomáticos.

Por otra parte, en las Provincias Unidas se producía la crisis de 1820. Durante ella cayó el directorio y se disolvió el Congreso, desapareciendo así todo gobierno nacional. La realidad tremenda del momento irrumpía violentamente en la vida política del país y se iniciaba un largo período, durante el cual fue necesario ir reconstruyendo paso a paso la unidad nacional.

La política se mueve a veces con hilos muy sutiles, y otras, con líneas gruesas. No solo las ideas y las personas tienen importancia en los procesos de transformación. También los hechos suelen crear circunstancias especiales que influyen en las soluciones políticas y a veces se imponen con su fuerza, obligando a las personas a buscar soluciones que no estaban previstas. Fue así como ante la nueva situación planteada en el país, los planes monárquicos quedaron como el recuerdo de un intento basado en buenos propósitos; pero que al no haberse logrado su instauración en los primeros años de vida independiente, chocó contra la realidad de los hechos y del ambiente social que empezaba a vivir el país. Éste no parecía ya propicio para la forma monárquica dinástica, y la idea republicana se impuso cada vez con mayor fuerza y vigor, hasta lograr finalmente la general aceptación.

PATRICIO SAVAGE: UN CABALLERO CRISTIANO

El día 23 de febrero de 2005 se produjo, en plena madurez, el fallecimiento del Doctor Patricio Nicolás Savage.

Antiguo y querido profesor de la Facultad de Derecho, se había graduado en 1974 de Licenciado en Relaciones Internacionales en la Universidad del Salvador, luego de recibir su primera formación en el Colegio de la misma Compañía de Jesús, completando paralelamente su carrera de Derecho en nuestra Universidad , en donde se recibió de abogado en 1975.

Llamado por una clara vocación docente, comenzó su carrera en la docencia universitaria en 1974 como Ayudante alumno en la cátedra de Historia del Derecho a cargo del Doctor Liniers de Estrada. Allí tuvo oportunidad de desarrollar una intensa labor, traducida en sucesivos ascensos hasta alcanzar la categoría de profesor adjunto en 1980, en la que se desempeñó hasta 1996, trabajando con amor y perseverancia en la formación de muchísimos jóvenes, que hoy son dignos profesionales que evocan con gratitud su magisterio.

También colaboró en 1975 como docente en la cátedra de Historia de la Cultura a cargo del Doctor Florencio Hubeñak correspondiente al ingreso a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires .

Retirado el doctor de Estrada, el Doctor Savage fue nuevamente convocado en 1998 por la cátedra a cargo del Doctor Alberto David Leiva, en la que se desempeñó activamente hasta el momento de su fallecimiento.

Fue un exitoso profesional, de honesta y valiente trayectoria; que cumplió sus deberes de estado con plena conciencia del valor que tenía su ejemplo mas allá de las aulas. Como abogado militante, aten-

dió intereses en puntos tan alejados como Buenos Aires y Salta, donde adhirió a la devoción al Señor del Milagro, que lo confortó en sus últimos días. Testigo y actor de una parte importante de la historia de nuestra Universidad, el Doctor Savage fue un modelo de caballero cristiano, que sólo rindió su bandera delante de Dios.

FRANCISCO MIGUEL BOSCH

Cuando la vida universitaria pierde uno de sus puntales -tal ha significado la muerte del Dr.Francisco Bosch- sufre un doble impacto. Por una parte, disminuye el aporte de sus reflexiones y de su enseñanza, pero por otra acrecienta el Panteón en la que se asienta su prestigio. La grandeza de la institución universitaria se funda en la talla de los que por allí pasaron y pusieron en acto muchas potencialidades de sus miembros.

Afortunadamente el último de los Suplementos de Filosofía del Derecho de nuestro diario *El Derecho* aprovechó sus páginas para dar cabida a una entrevista final que permitió al Doctor Bosch explayarse sobre muchas de sus reflexiones y actividades. Ello nos libera de consignar mal aspectos que él mismo ha señalado y que han hecho de su vida un ejemplo de aquél que enfrentando a una muerte segura, cercana y conocida, revisa, desde la altura de la "gran cercanía", aspectos del buen combate que llevó a cabo hasta el final y sin perder la fe.

Fue el gajo florecido de una vieja estirpe que luchó por mejorar su país –y Dios lo recompensará por su esfuerzo que fue contínuo, levantado y permanente–. A su lado, el apoyo de Agnes Gallardo –su mujer– lo asistió en la adversidad y en la lucha, lo edificó con su misericordia en los malos momentos y lo acompañó ejemplarmente hasta el final. Fue el Doctor Bosch, en su vida, un faro para la forja de sus hijos y un ejemplo para sus nietos, para los amigos de sus hijos y para los hijos de sus amigos, a quienes con generosidad abría las puertas de su casa y de su lucidez.

Pero fue ante todo un hombre valiente, que supo y pudo llevar hasta sus últimas consecuencias sus convicciones y su patriotismo. Con la alegría de quien guarda tesoros de generosidad cívica, con la prudencia de quien conoce la estrechez de posibilidades por la que hay

atravesar la vida, cuando lo que se cultiva no es el pensamiento "políticamente correcto" sino un entretejido de viejas convicciones y sugerentes horizontes, y con la tozudez de quien se sabe portador de una misión nunca traicionada.

La docencia en las aulas de nuestra facultad, fue el punto de partida para una reflexión profunda, que volcó en ella y en los libros que escribiera a partir de *La moneda del César*. Enseñanza de contenidos no convencionales, que permitieron a muchas generaciones repensar su tiempo y su historia. Pero docencia, también, que le posibilitó hacer de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires un ejemplo de recuperación cívica.

Ejemplo de Magistrado y de político, no dejó de encabezar la defensa de la independencia de la Justicia en los momentos que se la quiso bastardear y así siguió, hasta el final, dando ánimo a los amigos que siguieron su senda. Supo renunciar a todos los honores que –de no advertirse– podrían perjudicar la estabilidad de las instituciones, sin falsos compromisos para con esas instituciones corrompidas de manera irrescatable. Conservador de lo bueno y revolucionario de lo torcido, su patriotismo lo llevó a acercarse a todos, a enseñar a todos y alentar a todos los que cultivaran un sueño honrado.

La Patria le pagó con su retiro de Tribunales, de donde se alejó sin resentimientos ni querellas.

Luchó toda su vida por sus ideales –que son los permanentes, de la Patria vieja– y en los últimos tiempos, su acercamiento a la fe –por la que siempre tuvo gran respeto– aunque muchas veces más en clave cultural, le posibilitó, vaya a saber qué horizontes de divinidad, que ratificado por sus sufrimientos nos hace pensar su descanso eterno, cerca de Dios. Con la anonimidad de los que siempre fueron fieles o con la alegría de los que terminaron de ver luego de un largo trayecto de conversión.

Amigo de sus amigos, enemigo de enemigos, maestro de esforzados y valientes: descansa en paz.

RECENSIONES

RUSIA HOY

Como lo venimos señalando hace varios años Rusia se considera destinada –en su carácter de "Tercera Roma"- a cumplir un papel "imperial" en la historia de la cultura euro-asiática y la caída –o más exactamente desintegración de la URSS– no le ha hecho olvidar este destino meta-histórico. Convencidos que la historia del siglo XXI está supeditada, en gran parte, al papel que asuma en el futuro, resulta interesante un panorama de las últimas publicaciones sobre el tema y las cuestiones afines.

FLORENCIO HUBEÑÁK

Vladimir Putin, *Memorie d´oltre cortina*, Roma, Carocci, 2003, 216 págs.

Si existe un hombre enigmático en el mundo político actual es indudablemente el presidente de Rusia y aunque en idioma castellano no se hayan publicado obras sobre su vida, en italiano contamos con varias. La primera de ellas –y obviamente la de mayor interés- es su propia biografía, que, quizás adolezca del comentario tradicional: "la mala memoria del que la escribió". Evidentemente no encontraremos en ella información desfavorable a su autor, pero sí una serie de datos poco conocidos y relatados por el propio autor.

Memorias de la otra cortina –tal su curioso título– ha sido compilado por tres periodistas rusos (Natalia Gevorkian, Natalia Timakova y Andrej Kolesnikov), quienes se entrevistaron con el presidente ruso, su familia, amigos y colaboradores durante varios meses, adquiriendo una visión bastante completa sobre su persona.

Allí nos informan –en un libro escrito a manera de cuestionario dialogado- que Vladimir Vladimirovic Putin –apodado Vovka o Volodja- nació en San Petersbugo –entonces Leningrado– el 7 de octubre de 1952 en la familia formada por un obrero de fábrica –hijo de un custodio de Lenin- y de una joven mujer –"un verdadero ángel" según la maestra de Vovka-, provenientes de Peterhof. Él mismo afirma haber sido bautizado por decisión de sus padres, como también señalan los periodistas que "fue un estudiante inteligente, pero de escaso provecho" (pág. 27), no brillando entre los primeros.

A los diez años –en un ambiente de suma pobreza– descubrió las artes marciales –específicamente el yudo con Anatolij Semenovic Rakhlin, cuya influencia en su vida destaca recalcando que "el deporte tuvo un papel central en su vida" (pág. 33)– e influenciado por el cine y las novelas, resolvió ingresar a la KGB. La obra cuenta las dificultades que tuvo para ser reclutado, aunque ya a los 16 años lo intentó por vez primera, recibiendo el consejo de estudiar previamente Derecho en la Universidad –lo que hizo en Leningrado- y saber guardar secretos, para "ser espía" (idem). Pese a la oposición familiar y de su maestro de yudo, persistió en su propósito. Curiosamente parece no haber ingresado al Komsolol, puerta de entrada al Partido Comunista. Casó con Ludmila (Ljuda) Skrebneva, tras tres años de noviazgo y tuvo dos hijas (Maria [Masha] y Ekaterina [Katia]).

Graduado en Leyes fue convocado por la KGB. –entonces reestructurada por Andropov– e incorporado a la misma y después de realizar algunas tareas menores, le destinaron al Instituto Bandera Roja, en Moscú, para su perfeccionamiento, destinándole al servicio exterior. Su conocimiento del alemán favoreció que en 1985 fuera destinado a Dresde, en la entonces Alemania del Este.

Su amigo y padrino de Masha -el músico Sergej Roldugin- afirma que "Volodja tenía un carácter muy fuerte. Aunque jugara al fútbol mejor que él, lograba triunfar por su tenacidad similar a un buldog" (pág. 61), era "un pragmático" (pág. 103) y el coronel Michail Frolov –su instructor en el Instituto– le catalogó de "cerrado y poco comunicativo. En realidad podían ser considerados aspectos, tanto positivos como negativos. Recuerdo haber citado también cierta tendencia académica entre sus aspectos negativos" (pág. 64).

Un especial interés tiene su relato de la "caída" de la URSS que le sorprende trabajando en Alemania (1990) y la respuesta "anónima" del cuartel central ante el pedido de instrucciones: "Moscú calla" (cit.

p. 73), que le produjo una serie de reflexiones: "Era evidente que la Unión estaba enferma, tenía un mal terminal sin esperanza de cura: la parálisis del poder" (p. 85). Esta situación traumática debe haber influido notablemente ensu posterior actividad política y en la situación de caos, la necesidad de centralizar el poder.

Las memorias continúan con la confesión de Putin que, desilusionado de la KGB, –como tantos otros "hijos del sistema"– y ante la crisis de la Unión Soviética. debe reencontrar un camino y resuelve inclinarse por la carrera académica. Se reincorpora a la Universidad de Leningrado e inicia su doctorado, mientras entra a trabajar junto a Anatolij Sobchak, su ex profesor y flamante presidente de la Asamblea comunal, convirtiéndose en un apparatchik (funcionario) del "nuevo régimen". Allí –sin dejar la KGB, a la que no se renuncia– trabajó duramente por la elección del popular Sobchak –con el cual afirma no haber tenido mayores relaciones previas– como alcalde de San Petersburgo y por la reforma económica y política, experiencia que le fue de gran utilidad para su futuro. Un grave accidente automovilístico de su esposa y la derrota electoral de Sobchak y su "huída"a París, condujeron a su dimisión, agravada por un fuerte incendio –en 1996– de su hogar ubicado a 100 kilómetros de San Petersburgo.

Todas estas circunstancias parecen haber favorecido su mudanza a Moscú y su ingreso –ese mismo año– a la administración pública central –avalado por el segundo Bolsakov, su amigo de San Petersburgo– al equipo de Pavel Borodin, el jefe de gabinete presidencial, donde el premier Kirienko le notificó "sorpresivamente" en 1998 que había sido designado en la dirección de los servicios de seguridad (la ex KGB), convirtiéndose en el primer civil –con grado de general– en tal función.

Desde entonces su carrera fue "increíble", ya que el mismo Boris Eltsin –en plena crisis tras su sorpresivo ascenso al poder en reemplazo de Gorbachov– se inclinó por una "línea dura" y en agosto de 1999 le designó como primer ministro. Su primer objetivo "frustrado" fue pacificar Chechenia. En diciembre de 1999, finalmente, Eltsin –convencido de la necesidad de dimitir– le eligió como su sucesor (presidente interino). La "chismografía moscovita" –ajena a estas memorias– sugiere el importante papel cumplido por la hija de Eltsin en esta elección.

El propio Putin señala que su objetivo esencial fue –y es– evitar "la catástrofe global" que significaría "la desintegración del país" (pág. 139). Por ello defiende una "autoridad no fuerte" pero "eficaz" (pág. 174)

y un estado centralizado (pág. 176). Sus medidas en los ultimos años apuntan en esa dirección.

El libro concluye con un apéndice sobre Rusia a comienzos del milenio, publicado originalmente el 31 de diciembre de 1999, donde el autor expone claramente sus ideas políticas fundamentales. Así escribe: "Todos los países, incluso Rusia, deben encontrar su propio camino hacia la renovación. Hasta ahora no tuvimos mucho éxito desde este punto de vista. Comenzamos hace solo dos años ... El futuro depende de la capacidad de combinar el principio universal de la economía de mercado y de la democracia con la realidad rusa" (pág. 205). Y agrega: "Rusia es y seguirá siendo una gran potencia. Es un hecho determinado por sus características intrínsecas, por su posición geográfica, económica y cultural. Estos aspectos han determinado la mentalidad de los rusos y la política del gobierno por todo el curso de nuestra historia y no podemos más que continuarla hoy ... pero la mentalidad rusa debe abrirse a ideas nuevas. En el mundo actual la potencia de un país se expresa más por la capacidad de desarrollo y utilización de la tecnología avanzada, por asegurar un alto nivel de beneficio, preservar la propia seguridad y sostener los intereses nacionales propios en el campo internacional más que en la simple fuerza militar" (pág. 208). Añade "Para los rusos un estado fuerte no es una anomalía de la que liberarse".

Al contrario es una fuente de orden y la principal fuerza que orienta cualquier cambio" (pág. 208). Y concluye: "Yo pienso que la nueva idea rusas se presentará como una fusión orgánica de valores universales generalmente humanitarios con los valores tradicionales rusos que superaron la prueba del tiempo, incluyendo el turbulento siglo veinte" (pág. 209).

Una excelente selección de fotos completan el interés de estas memorias, indispensables para asomarse a la vida del hombre que hoy gobierna Rusia, aún –y pese a todo– la segunda potencia mundial.

F. H.

Stefano Grazioli, *Vladimir Putin. La Russia e il nuovo ordine mondiale*, Roma, Datanews, 2002, 172 págs.

La biografía de Grazioli está basada fundamentalmente en las *Memorias* anteriormente citadas pero tiene la ventaja que -más allá de sus valiosas apreciaciones personales- le otorga un ordenamiento histórico cronológico que facilita una mejor comprensión y ordena el material documental.

El autor es un periodista italiano que trabajó para el *Deutsche Welle* y luego para el *Kurier* de Viena y medios televisivos suizos, dedicándose asimismo a la docencia en Austria mientras publicaba una obra sobre *La galaxia neonazista. In Germani e Austria* (2002).

Estos aspectos de su biografía permiten comprender su acceso a material informativo germano –país donde trabajó varios años Putin en su "oscuro" período de agente de la KGB– y alguna información novedosa que aporta en el libro, como su enfoque inquisitivo.

Ampliando la información proporcionada en la anterior reseña de sus *Memorias de la otra cortina*, Grazioli afirma que Putin formó parte de la nueva generación que agradaba a Gorbachov para "reordenar" el sistema, aun en el exterior y por ello fue enviado a Dresde. El autor se interroga sobre ¿cuál habrá sido el papel de su protagonista en la caída del inflexible Honecker en la Alemania oriental?

También sugiere que el fracaso de Putin en la operación germana ("Rayo de luz") condujo a que sus superiores –después de diez años de servicio- le ofrecieran una carrera académica. Sobchak le abrió una salida política, trabando a su lado durante seis años. Allí adquirió gran experiencia para el futuro y aportó sus contactos económicos con empresas alemanas, que hiciera durante su estadía allí.

Su amigo Bolsakov acudió en su rescate –tras el accidente de su mujer y el incendio de su hogar- conectándolo, en los noventa, con la entonces dinámica jerarquía moscovita cercana al "nuevo amo del Kremlin": Boris Eltsin. Entonces aprendió los entretelones –y "timbres"- del gobierno central. Sus antecedentes favorecieron su nombramiento al mando del FSB. (la nueva cara de la KGB.) y desde allí fue un firme apoyo para Eltsin –y familia- en su lucha por el poder. Fue premiado con el nombramiento de primer ministro en reemplazo del débil Kirienko. Así se afirmaba lentamente la "conección de San Petersburgo" que pasaría a gobernar Rusia. Finalmente, el 31 de diciembre de 1999 "terminaba la era Eltsin y comenzaba la era Putin" (pág. 51), con una "amnistía encubierta" a Eltsin, su familia y sus múltiples "negocios". El acceso al poder lo justificaba.

La centralización del poder gubernamental –el control de las regiones- implicó además la ruptura –cuidadosa- con el poder económico armado en tiempos de Eltsin (los "nuevos ricos" de las "privatizaciones": Berezovskij, Chubais, Gusinskij). Grazioli analiza el nuevo poder económico en Rusia y como intentó desmantelarlo. Le ayudaron los servicios secretos –que tan bien conocía- y también un ejército "manoseado" por su antecesor y acostumbrado a acercarse al poder político. Instaló la llamada "dictadura de las leyes", que le confirió una acentuada popularidad electoral, tras los desordenes de su predecesor.

Tampoco están ausentes en las paginas del autor el lamentable episodio del submarino Kursk, la guerra de Chechenia y el terrorismo de Bin Laden, como su política exterior euro-asiática en el pacto Shangai Cinco. Grazioli demuestra en esta parte su conocimiento de la política internacional actual y del papel que busca Rusia en el tablero mundial, donde Putin intenta ser –como Iván el temido, Pedro el grande o Stalin- el hombre que saque a Rusia de su nuevos *smutnie vremie* (tiempos tristes) y le reintegre a la política internacional.

Esta útil obra concluye con un importante apéndice (más de cincuenta páginas) de documentos (fundamentalmente discursos difícilmente ubicables), una adecuada y práctica cronología política de Rusia entre 1999 y 2003, una nómina de los colaboradores más cercanos a Putin (¿su gabinete?) y una interesante bibliográfica ítalo-alemana.

F. H.

Giovanni Codevilla, *Stato e Chiesa nella Federazione Russia*, Milano, Casa de Matriona, s/f., 185 págs.

Como bien señala el subtitítulo el autor analiza la nueva normativa de las relaciones Iglesia-Estado en la Rusia postcomunista.

Giovanni Codevilla es docente de derecho eclesiático comparado y de los países socialitas en la Universidad de Trieste y se ha dedicado especialmente a la temática ruso-soviética, publicando varias obras a partir de la década del setenta. Esta circunstancia le convirtió en uno de los mayores entendidos en esta temática en Italia.

La novedad de esta obra –más allá del resurgimiento del interés en las cuestiones religiosas en Rusia– después de la desintegración de la URSS, demostrada en la publicación en castellano de libros como la entrevista al patriarca Pimen de Moscú (*Mil años de fe en Rusia,* Valencia, EDICEP, 1990) efectuada por Alceste Santini, radica en proporcionar al estudioso y al lector interesado material documental –de difícil ubicación– sobre las reformas realizadas en este campo en la última década.

La obra se inicia con un importante artículo de Anatolij Krasikov, director del Centro de Estudios Religiosos y asesor del entonces presidente Eltsin, titulado "La Iglesia en el Rubicón" (págs. 7/29) y continúa con un estudio introductorio de Codevilla sobre "Estado e Iglesia en Rusia: un retorno al pasado" (págs. 31/56), completado con la traducción italiana de la ley del 19/24 de setiembre de 1997.

El ensayo de Krasikov, refiriéndose a la "revolucionaria" ley de 1990, acentúa que establece "el derecho de cualquier ciudadano de elegir libremente, de profesar y de difundir convicciones religiosas o ateas, de profesar cualquier religión o de no profesar ninguna" (artículo 3). En oportunidad de su promulgación algún periodista la comparó con la trascendencia del edicto de Milán.

A su vez –agrega- la ley prohibía establecer "organismo administrativo o ejecutivo del poder estatal o oficinas estatales destinadas de manera especial a la decisión de los problemas relacionados con el ejercicio del derecho de los ciudadanos a la libertad de profesar alguna religión" (artículo 8).

Señala el autor que la legislación, promulgada en tiempos de renovación, hizo resurgir corrientes internas de la Iglesia Ortodoxa Rusa (oficial), especialmente del "ala nacional-ortodoxa" que defiende "las raíces históricas de la Santa Rusia", a diferencia de la llamada "ecuménica"-liderada por el metropolitano Kirill de Smolensk

Krasikov destacada estadísticamente el crecimiento de la feligresía ortodoxa en Rusia –inclusive muchos jóvenes-, fundamentalmente a partir del milenio del bautismo de la Rus.

Concluye su ensayo señalando que la nueva ley ha colocado a la Iglesia Ortodoxa a los pies del Rubicón, ya sea favoreciendo una política tolerante con las demás creencias o tornando a su dependencia "ultra-nacionalista" (?) de los nuevos Césares, un verdadero "fundamentalismo".

Giovanni Codevilla, a su vez, se dedica a analizar jurídicamente –con su experiencia de canonista- la nueva ley de setiembre de 1997, relacionándola con la primitiva legislación del 25 de octubre de 1990, que considera complementarias de la revisión constitucional del 14 de marzo de 1990 que terminó con el monopolio del partido comunista y las disposiciones del 1 de octubre de 1990 sobre "La libertad de conciencia y de asociación religiosa" y su complementaria del 25 de octubre del mismo año, que se agrega en el apéndice documental.

El autor se preocupa fundamentalmente de explicar las incoherencias existentes entre las distintas disposiciones que regulan las relaciones Iglesia-Estado y la "libertad religiosa" en Rusia.

Un análisis pormenorizado merecen las consecuencias de la disposición de la carta constituyente de 1993 que afirma que "ninguna religión puede constituirse en religión del Estado o obligatoria. Las asociaciones religiosas están separadas del Estado y son iguales ante la ley" (artículo 14).

Las disposiciones de 1990 provocaron reacciones de la Santa Sede y de senadores norteamericanos, incluso el presidente Clinton, en nombre de la libertad religiosa. Estas reacciones movilizaron la actitud concreta del presidente Eltsin, pidiendo por carta del 25 de julio –que se agrega al apéndice- modificaciones al presidente de la Duma.

El autor observa cómo fue mucho más débil la actitud del Patriarcado de Moscú.

La ley de setiembre de 1997 sobre libertad de conciencia y asociaciones religiosas vigente ocupa gran parte del texto (págs. 57/129) y permite al lector formarse su propia opinión sobre la cuestión, como al canonista trabajar con las fuentes oficiales.

Un importante apéndice agrega estadísticas sobre las asociaciones religiosas, oficialmente registradas en el Ministerio de Justicia de la Federación Rusa en 1993, el texto de la ley anterior (del 25 de octubre de 1990) -que permite interesantes comparaciones-, la citada carta del presidente Eltsin al presidente de la Duma (Parlamento) G. Seleznev a propósito de la ley sobre libertad de conciencia del 25 de julio de 1997 y el texto de la ley sobre libertad de conciencia del 23 de junio de 1997, con las modificaciones introducidas en agosto; todos documentos de gran interés para el estudioso de esta temática.

F. H.

Neal Ascherson, *El Mar Negro. Cuna de la civilización y la barbarie,* Barcelona, Tusquets, 2001, 356 págs.

La complejidad del tablero geopolítico ruso y el exotismo de la temática del mar Negro otorgan un especial interés a este libro, debido a la pluma de Neal Ascherson, periodista de *The Observer* y del *Independent on Sunday* y autor de varios libros .

El original inglés de la obra que reseñamos –nacida de la lectura temprana de los textos del conocido historiador Mijail Rostovzeff- mereció el premio *Saltire Award* de 1995 y en él Ascherson se sumerge en las revueltas aguas de mar Negro para aportarnos un interesante panorama de la historia política de la región bizantina, aún considerada clave geopolítica mundial.

No es necesario recurrir a este escrito para recordar la trascendencia que el mar Negro (Ponto Euxinos) tuvo en el desarrollo del pueblo escita y otros bárbaros, como de su contacto con los helenos en su proceso migratorio, varios siglos antes de Cristo.

Por otra parte no abunda recordar que el mar Negro baña las costas de Rusia, Ucrania, Georgia, Turquía, Bulgaria y Rumania y tuvo participación activa en la vida, cultura e historia de estos países.

El autor efectúa interesantes consideraciones políticas contemporáneas aunque desordenadas, en un contexto histórico poco conocido y que muestra dominar, a la vez que narra un viaje por la región, acentuando los aspectos más cercanos al mundo ruso.

De alguna manera la obra está pensada como un análisis dialéctico entre civilización y barbarie, dos aspectos que Ascherson encuentra altamente expresados en la región, desde los orígenes de su historia.

El libro concluye con un párrafo atribuido a Jorge Luis Borges y

que el autor aplica a las características civilizatorias del mar Negro: "...En aquel imperio, el arte de la cartografía logró tal perfección que el mapa de una sola provincia ocupaba toda una ciudad, y el mapa del imperio, toda una provincia. Con el tiempo, esos mapas desmesurados no satisficieron y los colegios de cartógrafos levantaron un mapa del imperio que tenía el tamaño del Imperio y coincidía puntualmente con él. Menos adictas al estudio de la cartografía, las generaciones siguientes entendieron que ese dilatado mapa era inútil y no sin impiedad lo entregaron a las inclemencias del sol y de los inviernos. En los desiertos del oeste perduran despedazadas ruinas del mapa, habitadas por animales y por mendigos; en todo el país no hay otra reliquia de las disciplinas geográficas" (pág. 318). Un mapa muy didáctico abre el libro y favorece la comprensión de su contenido y una breve cronología lo cierra.

A manera de conclusión digamos que esta obra nos invita a un viaje, que vale la pena de ser recorrido.

F. H.

Ricardo Martín de la Guardia y Guillermo Pérez Sánchez.
***La Europa del Este. Del Telón de Acero a la integración de la Unión Europea*, Madrid,**
Biblioteca Nueva Universidad de Alicante, 2002, 205 págs.

Recientemente, con motivo del deceso del Santo Padre, un periodista sintetizó acertadamente que los cambios duraron diez años en Polonia, diez meses en Hungría, diez semanas en Alemania oriental y diez días en Checoslovaquia. De este modo acelerado –al estilo "dominó"- concluyó la dominación soviética y los estados centro-europeos recuperaron su libertad política. El análisis de estas modificaciones inesperadas dieron lugar a muchos trabajos –y a la aparición de historiadores de la región casi desconocidos-, entre los que se incluyen unas pocas obras en castellano.

Ricardo Martín de la Guardia y Guillermo Pérez Sánchez forman parte de ese grupo de historiadores españoles –como Carlos Taibo- que desde su cátedra de Historia Contemporánea en la Universidad de Valladolid- se han ocupado de estudiar y difundir la temática del "otro pulmón" de Europa, como lo llamara Juan Pablo II. Resultado de ello son varias publicaciones en lengua hispana, de la que señalamos especialmente, por su conocimiento e importancia, *La Unión Soviética: de la perestroika a la desintegración* (Madrid, 1995).

El libro compilado por los citados historiadores reúne ocho trabajos presentados en las Jornadas de Verano (Forum Europa) organizadas por la Universidad de Alicante en Benissa que completan un importante panorama temático. Angel Duarte –de la Universidad de Girona- comienza analizando"La creación del bloque soviético en la Europa del Este y la Guerra Fría", mientras que Martín de la Guardia se dedica a estudiar "El movimiento europeo frente a la división

del continente: la Conferencia sobre Europa Central y Oriental de Londres en 1952". A Guillermo Pérez Sánchez pertenece el trabajo sobre" El totalitarismo soviético y los derechos humanos: una aproximación al caso de la Europa del Este", mientras que Ruth Ferrero –de la UNED– se ocupa de "La situación de las minorías nacionales en Europa centro-oriental diez años después".

"Viejos y nuevos nacionalismos" es el título del aporte de Xosé Núñez Seixas –de la Universidad de Santiago de Compostela-, seguido por un estudio sobre "La ampliación de la Unión Europea al Este: el caso de Hungría", realizado por István Szilágy de la Universidad de Vesprém.

Finalmente José Girón –de la Universidad de Oviedo- se ocupó de "La década de los 90 en la antigua Yugoslavia", para concluir con una investigación de Santiago de Pablo –de la Universidad del País Vasco- referida a "La vida tras el Telón de Acero".

La sola trascripción del índice refleja la amplitud de la temática estudiada, como también señalan el desarrollo de los estudios sobre la Europa del Este –Mitteleuropa– en el ambiente historiográfico de la España contemporánea.

El libro concluye con una útil cronología de los acontecimientos más importantes de la descomposición del régimen comunista en Europa, abarcando desde 1945 hasta el 2000 (Medio siglo de historia: Apunte cronológico) debido a los coordinadores.

F. H.

María Dolores Ferrero Blanco,
***La revolución húngara de 1956*, Huelva, Universidad de Huelva, 2002, 425 págs.**

La cuestión centroeuropea ha adquirido tal interés actual que una docente de la Universidad de Huelva se dedicó a estudiar detalladamente –con apoyo de las autoridades de Hungría- los acontecimientos que generaron y el desarrollo de la casi legendaria revolución húngara de 1956, que para quienes vivimos esa época y estábamos vinculados a la "Iglesia del silencio" significó un suceso épico inesperado y fundamental, por ser la primera reacción significativa contra el sistema instalado por la URSS.

Muchos recordaran el papel –casi mítico- del entonces primado de Hungría cardenal Mindszenty, cuyas dolorosas *Memorias* (Buenos Aires, Emecé, 1975) se publicaron varias décadas después y motivaron interesantes reflexiones del cardenal Casaroli –operador de la Ost-politik de Paulo VI–, en sus memorias reseñadas en un número anterior. Esa misma historia –vinculada a la vida del patriótico Cardenal fue entonces analizada por el politicólogo George Schuster en *Con mi silencio hablo* (Buenos Aires, Ágora, 1956).

Otro importante actor –y mártir– de los eventos fue el primer ministro Imre Nagy, quien también redactó sus observaciones sobre el régimen comunista en *Contradicciones del comunismo* (Buenos Aires, Losada, 1958). Posteriormente se levantó un manto de silencio sobre el tema, que perduró hasta después de la caída de los regímenes marxistas y esta obra reabrió el análisis con nueva información y desde otra óptica, aspectos que acentúan su relevancia. Estos datos pueden constatarse en la selecta bibliografía que –junto con sugestivas fotografías– completan el libro.

María Dolores Ferrero Blanco –profesora de Historia Contemporánea en la Universidad de Huelva- "analiza minuciosamente las causas de la revolución y las reivindicaciones de los diferentes grupos; expone el desarrollo de los días de las insurrección, las reacciones de los diferentes países ante los hechos y la influencia que tuvo en el pensamiento político europeo", según afirma en el prólogo el embajador húngaro en España.

Cabe añadir que el libro contiene un capítulo sobre el conflictivo tratamiento del tema en las Naciones Unidas y otro sobre la versión oficial española de los hechos ocurridos.

Ferrero Blanco, tras su pormenorizado análisis de los sucesos, concluye afirmando que "la revolución húngara de 1956 fue un estallido popular e interclasista de rebelión contra la miseria económica y la falta de libertades del modelo estalinista soviético impuesto en 1949" (págs. 363). Agrega que "las reivindicaciones más relevantes de los distintos grupos que protagonizaron la insurrección –intelectuales, obreros, campesinos, estudiantes y militares- tuvieron en común la exigencia de la retirada de las tropa soviéticas que se encontraban apostadas en Hungría desde la Segunda Guerra Mundial, la celebración de elecciones libres, la demanda de que se juzgara a todos los responsables de la presente situación húngara (Matias Rakosi?) y que el Estado estableciera nuevas bases económicas" (idem), para terminar señalando que: "La revolución húngara fue aplastada definitivamente como sublevación, pero en el gobierno siguiente de János Kádár se tuvieron que hacer muchas concesiones porque la falta de apoyo al régimen fue unánime. La represión fue tan dura que no se dio otra disidencia en Hungría hasta al década de 1970 y más tarde, ya en etapas cercanas a la caída del comunismo, pese a que siempre permaneció un foco resistente. La revolución húngara de 1956 significó el despertar democrático de Europa del Este y con su represión se cerraron las puertas de un destino diferente para una Europa que se adentraba cada vez más en la estéril tensión de la Guerra Fría" (págs. 365/6).

Llama la atención la escasa importancia que la autora dedica al papel de la Iglesia Católica en la rebelión de 1956, como también parece equivocada su afirmación de que el tema "ha sido poco tratado" (págs. 178), como discutibles algunas de sus opiniones sobre el rol cumplido por ésta (el presunto "fascismo" del cardenal Mindzenty), como sobre la actitud de la Santa Sede en la década de los sesenta, confundible con actitudes posteriores.

En estos días en que lloramos la muerte de S.S. Juan Pablo resulta más fácil distinguir que el nuevo despertar tuvo lugar en la Polonia de *Solidarnost* –y también del Papa viajero–, y estimamos habría que investigar más profundamente en qué medida las raíces deben buscarse en la profunda religiosidad de los habitantes de esos países.

En un amplio apéndice la autora agrega las emisiones de radio Budapest el 23 de octubre de 1956, el comunicado oficial del Ministerio de Justicia de Hungría informando sobre el proceso a Nagy y a los dirigentes de la revolución del 17 de junio de 1958 y la versión del gobierno Kádár sobre la "conspiración", concluyendo con las condenas y las ejecuciones.

F. H.

Elvio Ancona, *All'origine della sovranità*, Torino, Giappichelli Editore, 2004, 229 págs.

Elvio Ancona es investigador de Filosofía del Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Údine, Italia, donde enseña Metodología de la Ciencia Jurídica. Es autor de ensayos sobre problemas filosóficos concernientes al ordenamiento jurídico, considerado ya sea bajo el aspecto institucional, o metodológico.

El autor se propone reencontrar los trazos de lo sagrado en la historia de la comunidad política. En primer lugar considera el sistema jerárquico en su versión prevaleciente en los siglos XIII y XIV, como modelo de un ordenamiento en el que se prouce una rígida subordinación del poder temporal al poder espiritual. Frente a esta postura aparece la teoría de la soberanía. Y culmina el autor analizando la que da en llamar via media en que concibe el entrelazarse entre lo temporal y lo espiritual en todos los ámbitos de la vida y encuentra en Dante a su paradigmático expositor.

El libro retoma críticamente la disputa que lleva en la primera mitad del trescientos a la crisis del sistema jerárquico dionisiano y a la concepción de la idea moderna de soberanía. En primer lugar, el A. expone las argumentaciones filosóficas de los protagonistas de la discusión sobre el poder temporal y el poder espiritual, y hace emerger a través de ella el problema de la relación entre los dos poderes en su dramática complejidad.

En el curso de la disputa sobre los dos poderes aparece la necesidad de elaborar nuevos modelos de ordenamiento, alternativos al sistema jerárquico.

La segunda mitad del siglo XIV encuentra sus salidas doctrinales en Marsilio y Dante, y se detiene en dos paradigmas que analiza como

contrapuestos: el organicismo marsiliano, que culmina en la afirmación del principio de soberanía; y el humanismo dantesco que exalta la capacidad autorregulativa de la persona según una ley que le es dada por su naturaleza y que la eleva a una felicidad temporal pero sobre todo a una felicidad eterna, y muestra que en esta alternativa se debate todo el pensamiento moderno.

La obra abarca los siguientes temas:

1- La disputa de los dos poderes (terrenal y espiritual);
2- El nacimiento de la soberanía;
3- La estructura aporética de la soberanía;
4- La secularización en la base de la soberanía;
5- La crisis de la soberanía nacional y el problema del fundamento del orden del pensamiento político.

La idea de soberanía se encuentra actualmente en crisis, tanto que el autor constata que la Unión Europea se mueve fuera de los principios de la soberanía, entre otros motivos por efecto de la integración europea y la globalización de los mercados e instituciones; y, el estado nacional soberano también se encuentra en crisis tanto de efectividad como de legitimidad.

Y esta crisis concierne directamente al problema del fundamento jurídico del orden político. Es oportuno, entonces, retomar las raíces del mismo, y no perder de vista la relación entre lo humano y lo divino. El libro nos aporta mucho, desde las fuentes del problema a la actualidad.

María Inés Montesano

Benedict Anderson, *Comunidades Imaginadas. Reflexiones sobre el origen y difusión del nacionalismo,* México, Fondo de Cultura Económica, 2005, 315 págs.

Benedict Richard O'Gorman Anderson nació en Kunming (actual territorio de China) en 1936, hijo de un oficial de la aduana marítima imperial británica de ascendencia irlandesa, y de madre inglesa. Luego de un breve período en California (EEUU) recibe su educación superior en la Universidad de Cambridge (Reino Unido) y en la Universidad de Cornell (Reino Unido). Desde el principio de su carrera se vio interesado por los estudios de ciencia política aplicados al continente asiático. Como parte de la investigación llevada adelante en su doctorado viajó a Jakarta (Indonesia) en donde residió varios años, hasta que tuvo serios problemas por sus publicaciones en relación con el golpe de estado comunista de 1965. Se exilió en Tailandia algunos años para luego volver a la Universidad de Cornell como profesor.

La obra en reseña es sin lugar a dudas la más importante del autor, traducida a varios idiomas y varias veces reeditada. Los datos biográficos aludidos se ven claramente reflejados en ella, pues gran parte de sus postulados y ejemplos remiten a los acontecimientos sucedidos en distintos países del sudeste de Asia en la segunda mitad del siglo XX.

La edición del Fondo de Cultura Económica corresponde al número 498 de la "Colección Popular", de tamaño pequeño. La obra consta de una introducción y diez capítulos temáticos, precedidos por reconocimientos y un prólogo. Además tiene una muy completa reseña bibliográfica y un índice analítico. Lamentablemente, adolece de epílogo o conclusiones, lo que deja a la obra un tanto inacabada.

En los capítulos segundo al séptimo se efectúa un estudio histórico del nacionalismo poniendo como punto de partida el fin de las dinastías imperiales en la Europa del siglo XVIII. Esto desde ya ofrece algunas dificultades al propio autor, pues en realidad se trató de un proceso complejo, largo y distinto en cada caso, que comenzó en el siglo XVII y no terminó sino hasta después de la revolución francesa. Anderson sortea esta dificultad no sin otorgar a la obra un marcado punto de vista británico a su estudio. No obstante, se destaca por la profundidad que en esta parte de la obra tiene el estudio del nacimiento de las lenguas vernáculas en Europa, del retroceso del latín, y del papel desempeñado por la masificación de la imprenta. Además en esta primera mitad de la obra queda cabalmente reflejada la tesis del autor: el *invento* de las naciones como un *artefacto cultural*, una comunidad política *imaginada como inherentemente limitada y soberana*. Imaginada en el sentido que sus miembros no se conocen realmente, y pueden llegar a tener muy pocas cosas en común; limitada, pues siempre se encuentra acotada por fronteras y no tiene vocación de universalidad; y soberana, pues se ve a sí misma absolutamente autónoma (aún respecto a Dios).

Esta *imaginación* tiene lugar a través de la identificación de uno o más pueblos con una lengua común administrativa (más o menos impuesta), y la yuxtaposición y "copia" de modelos de emancipación colonial aplicados en circunstancias radicalmente distintas por funcionarios administrativos oriundos de un territorio dado.

Los capítulos quinto al séptimo tienen un marcado interés pues consisten en el análisis de la historia europea de acuerdo a la tesis del autor. La relevancia otorgada al problema de la lengua brinda al lector importantes reflexiones que ayudan a entender el actual problema europeo de desmembración nacional, como el de España, los países de Europa del este, el Reino Unido, entre otros.

A partir del capítulo VIII la obra se vuelve reincidente respecto de algunos conceptos, y abunda en hechos acaecidas en el sudeste asiático. En general, en esta última parte se identifican distintos recursos usados o "copiados" en distintos procesos de emancipación, como propios del proceso de *imaginación*. Así, en el capítulo IX se refiere a los nombres que adoptan las naciones, el reconocimiento de héroes nacionales, la diagramación de la educación primaria. En el capítulo X a la realización de censos, la confección de mapas, el establecimientos de museos. En el último capitulo es explicado el recurso

de la reformulación de hechos históricos de un pasado lejano bajo los estándares de la cosmovisión nacionalista, v.gr. se reformula el combate armado a la herejía albigense en sur de Francia como una lucha fratricida (entre franceses) cuando en realidad los atacantes eran una reunión de distintos pueblos de Europa y los atacados hablaban catalán o provenzal, y estaban mucho más ligados a la corona de Pamplona que a la de París.

La obra ofrece información muy valiosa para la formación cultural del lector además de ofrecer una interesante tesis que –compartida o no- tiene fundamentos de difícil refutación. Por otro lado, el autor ofrece una visión parcial del fenómeno de la "nación" tanto en relación al espacio como al tiempo. En especial, el intento de aplicar su teoría de manera universal le hace perder de vista diferencias relativas fundamentales entre, v. gr., la emancipación latinoamericana y la del África subsahariana, o la importante e inveterada práctica del censo en la antigüedad y su valor religioso.

Carlos Alberto Gabriel Maino

Klaus Tipke, *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*, Madrid, Marcial Pons, 2002, 146 págs.

El derecho tributario, conjuntamente con el derecho penal, suelen presentarse al lego como aquella parte del Derecho *puesta en su contra*, como el vehículo del Estado para imponer cargas, sanciones, impuestos y multas. El Derecho nunca puede estar en contra del hombre, pero el aspecto moral que debe ser fundamento, parámetro y coto de estas ramas del Derecho es –indudablemente– importantísimo.

Lamentablemente este problema es poco estudiado en relación al derecho tributario, y muy pocas veces con la profundidad con que lo hace Klaus Tipke en este breve trabajo. Quizás algunas notas biográficas expliquen en parte la profundidad de este espíritu.

Klaus Tipke nació en 1925 y combatió en el frente ruso durante la Segunda Guerra Mundial. Después de la guerra estudió filosofía y Derecho en Hamburgo. En 1954 se incorporó a la administración pública en el área de hacienda y tres años después fue nombrado juez en el Tribunal Financiero (tributario) de Hamburgo, convirtiéndose en el juez más joven de la República Federal Alemana. En 1966 fue llamado a ocupar la cátedra de derecho tributario de la Universidad de Colonia. Su actividad académica –muy prolífica– se caracterizó siempre por el realismo con el que abordó los problemas de derecho tributario. Su obra es autorizada doctrina no sólo en Alemania sino en el resto de Europa y también en América.

La obra en recensión constituye el discurso de ingreso del Prof. Tipke a la Academia de Ciencias de Renania del Norte-Westfalia. Se trata de un libro ameno solventemente traducido por Pedro Herrera Molina y prologado por Juan José Rubio Guerrero. Consta de una introducción y tres partes.

La primera parte, dividida en cuatro capítulos, versa sobre la moral tributaria del Estado. El tema es estudiado aquí desde la perspectiva del legislador y de la necesidad de legislar de acuerdo a principios de imposición "objetivamente justos". También se explaya sobre la conducta de la administración pública tanto a la hora de efectuar la recaudación impositiva como en la de administrar el gasto público.

La segunda parte se refiere a la moral del contribuyente, consta de tres capítulos. Aquí resulta de interés el estudio de las distintas actitudes con que los contribuyentes responden frente al deber tributario: efectúa así una *tipología del contribuyente* que demuestra su amplio conocimiento de la conducta de las personas frente al pago y cobro de impuestos.

Por último, en la tercera parte, de sólo dos capítulos se explaya las sanciones penales que castigan las faltas al deber tributario.

La lectura de la obra no debe creerse recomendada sólo para quien estudia cuestiones relacionadas al derecho tributario o a la moral social. Se trata de una obra accesible y útil para todo aquél que se interese por las cuestiones relacionadas con el Derecho y el Estado. El Profesor Tipke sorprende a quien lo desconoce aseverando con naturalidad y conocimiento de los problemas tributarios que el verdadero fundamento del Derecho y de la imposición es moral y objetivo. Su abordaje del problema parte de la justicia general hacia las consecuencias económicas, y no desde postulados economicistas a consecuencias jurídicas. Es un *clásico* en su forma de pensar, y por lo tanto, sencillo, sólido y realista.

CARLOS ALBERTO GABRIEL MAINO

Juan Carlos Cassagne y Gaspar Ariño Ortiz, *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005.

Para la mayor parte de los lectores de *Prudentia Iuris*, es ocioso presentar a Juan Carlos Cassagne, incluso para el público que no profesa en los ámbitos jurídicos. Sus libros ya se cuentan con dos dígitos y sus artículos con tres de ellos. Para el público más especializado en el derecho administrativo, es igualmente reconocido el Doctor Gaspar Ariño Ortiz, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid.

La lectura de este libro es importantísima, al menos para dos tipos de lectores: los que se especializan en derecho administrativo y los que siguen los actuales avatares de las renegociaciones de las tarifas de las empresas privatizadas de servicios públicos en Argentina.

La razón de tal importancia es que de la lectura de los trabajos publicados se logra conformar un marco conceptual de referencia para ubicar en su justo lugar lo que está en juego en la discusión de las tarifas, que no es sólo el justiprecio por la prestación del servicio público.

Ese marco conceptual viene dado por los principios que deben iluminar la regulación económica y el servicio público. Tales principios, como sus autores lo destacan, tienen que ver con los de bien común y subsidiariedad, de manera explícita, y de manera implícita, con el respeto al ciudadano, el beneficiario de los servicios (podríamos decir en un plano filosófico, la consideración de la dignidad de la persona humana), el respeto por la propiedad privada, la participación por parte de la ciudadanía, en especial, por medio de un particular tipo de asociación intermedia como es la empresa privada y también el cumplimiento del principio de solidaridad o de amistad civil.

Muy destacado por los autores es el de subsidiariedad, principio

constitutivo de las sociedades, que busca el apoyo, la promoción y el desarrollo de las sociedades intermedias y el de las mismas relaciones que en el plexo de la sociedad política se establecen. Para ir más a lo concreto, tal principio, en sentido positivo, se realizará en materia económica, institucional y legislativa y en sentido negativo, tratará de evitar, todo aquello que coarte o minimice la iniciativa, la libertad y la responsabilidad de los miembros de la sociedad política, sean individuos o comunidades infrapoliticas.

En materia económica, tal principio debe servir como criterio de armonía y desarrollo de tres sujetos: el mercado, el Estado y las ya mencionadas sociedades intermedias. El punto de partida –siempre en materia económica- es el principio de economicidad, que nos indica que los recursos disponibles para satisfacer las necesidades individuales y sociales, públicas y privadas, son siempre escasos. En consecuencia, el ejercicio o entrenamiento que el libre mercado impone a las empresas prestadoras de servicios públicos, es saludable por al menos dos razones: exige que la innovación sea un criterio rector para mantener superavitaria la ecuación económica-financiera y para alcanzar la utilidad social e individual al menor costo. Por otro lado, como la misma inteligencia y la experiencia lo afirman, también es verdad que este sujeto –el mercado y, agrego, la empresa–, no puede por sí mismo de manera continua salvaguardar la libertad económica (las llamadas *fallas de mercado*). El incumplimiento de este principio lleva a una búsqueda egoísta de intereses particulares. La solución estándar a este problema –la intervención estatal sin matices- lleva a problemas igualmente nefastos para la salvaguarda de la solidaridad social: la centralización, la burocratización y el asistencialismo.

Se hace necesario, entonces, la complementación con otras instancias, que no es sino, el efecto del ejercicio de los otros dos sujetos, a saber el Estado y las sociedades intermedias. Ahora bien, para evitar tales fallas de mercado, se hace necesario el respeto por los marcos jurídicos, institucionales y políticos, en donde lo económico encuentra su cauce. La denominación es plural, ex profeso, porque como enseñan los autores, debe hablarse de a) un marco regulatorio básico y general, público y privado, de la vida social y económica; b) la regulación administrativa general de policía y buen gobierno; y c) la regulación económica *stricto sensu* (págs. 16-17). Con estos marcos, se ubica al servicio público como una técnica instrumental, con categoría histórico-constitucional que traduce la relación Sociedad y Estado (pág. 55).

Por último, y siempre con el afán de transmitir fidedignamente los criterios de la regulación económica, Cassagne enseña primero que el servicio público ha adquirido rango constitucional (artículo 42); segundo, la relevancia de la defensa de la competencia como medio para alcanzar un mercado competitivo y evitar sus distorsiones; y, tercero, el deber del Congreso de proveer a la defensa de las libertades económicas y a la preservación del valor de la moneda (artículos 14 y 75, inciso 19, de la Constitución Nacional). En síntesis: la gestión del servicio público es tarea eminentemente privada; se refiere a actividades de naturaleza económica primordial y es necesario la declaración por el Congreso de que tal actividad constituye servicio público. El régimen de tales actividades deberá estar caracterizado por la igualdad, la continuidad y la regularidad (se abre aquí todo el campo de la seguridad jurídica), el establecimiento de las prestaciones obligatorias y lo relativo a la tarifa inicial y el modo de efectuar los reajustes que las mismas circunstancias impongan.

El plan del libro se estructura de la siguiente manera:

El capítulo I, *La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia*, se refiere a los principios y sentido de la regulación económica.

El capítulo II, *El servicio público en el campo de la contratación administrativa*, se ocupa del resurgimiento del servicio público, su adaptación en los sistemas de economía de mercado y las técnicas concesionales.

El III, *Seguridad jurídica en los servicios públicos privatizados. Bases para una renegociación de los contratos*, se centra en las características institucionales estructurables.

Capítulo IV, *Servicio público y control judicial: el caso de las tarifas*, título que evidencia la temática del apartado.

Capítulo V, *La participación pública en el ámbito de los servicios públicos*, con tratamiento de tal principio sobre la legislación argentina

Capítulo VI, *La estabilidad de los derechos patrimoniales emergentes de los contratos de concesión y/o licencia de servicios públicos*, que podría sintetizarse como la aplicación del principio *pacta sunt servanda* a los derechos de los contratistas privados.

Y finalmente, el Capítulo VII, *El proyecto de ley argentina de servicios públicos*, en el que se realiza un análisis crítico del Proyecto de Ley de Servicios Públicos, que aguarda su tratamiento en el Congreso desde agosto de 2004.

ALFREDO G. BARROS