



# PRUDENTIA IURIS

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

ABRIL 1984

*La suscripción para el año 1984 (abril-agosto-diciembre) debe realizarse mediante el envío de cheque o giro postal —a la orden de Universidad Católica Argentina— y datos del interesado, a la sede de la revista: Moreno 371 (1091), Buenos Aires, República Argentina. El costo de la suscripción es de \$a 1.200 y el de cada número atrasado, \$a 400.*

## AUTORIDADES DE LA FACULTAD:

### *Decano:*

Dr. SANTIAGO DE ESTRADA

### CONSEJO DIRECTIVO:

#### *Por los Departamentos y Cursos de Doctorado:*

Mons. JUAN DAN y Dr. ALFREDO DI PIETRO

#### *Suplentes:*

Dr. FEDERICO MIHURA SEEBER y Dr. JUSTO LÓPEZ

#### *Por los profesores titulares:*

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

#### *Suplentes:*

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

#### *Por los Profesores no titulares:*

Dr. ROBERTO PUNTE

#### *Suplente:*

Dr. ERNESTO POLOTTO

#### *Secretario Académico:*

Dr. JUAN MARCOS PUEYRREDÓN

## AUTORIDADES DE LA REVISTA:

### *Director:*

Dr. SANTIAGO DE ESTRADA

### *Subdirector:*

Dr. BERNARDINO MONTEJANO

### *Consejo de Dirección:*

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

### *Secretario de Redacción:*

Dr. JOSÉ LUIS RINALDI

### *Junta Asesora:*

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

Con licencia eclesiástica

## SÍ A LA FAMILIA; NO AL DIVORCIO

*Este difundido estribillo que hoy vemos escrito por las plazas y las calles urbanas y que percibimos reiteradamente pregonado por los medios de comunicación, es una bien lograda y sintética expresión de un imperativo mandato, implícito en la ley natural. Pues la introducción del divorcio vincular —pretendida por algunos— constituye la más grave amenaza que, aquí y ahora, se cierne sobre la estabilidad de la familia. Oponerse, decir “no” al divorcio, significa una rotunda afirmación de algo que Dios ha establecido para los hombres, y cuya existencia y necesidad puede advertirse mediante la simple consideración del orden y la disposición de las cosas creadas; que es como el hombre adquiere el conocimiento de la ley natural y de su autor (Cfr. Hechos de los Apóstoles. 17-24 y ss.; Epístola a los Romanos, 1-20).*

*La familia es fruto espontáneo, inmediato, del matrimonio; es como su expresión social. La unión de los padres, continuada más allá del nacimiento del primogénito, multiplicando la prole y afianzando los vínculos de parentesco, facilita y acrecienta la tarea educadora de aquéllos, robustece la unidad convivencial y enriquece su contenido moral y afectivo, dentro del cual el hombre alcanza la plenitud de su formación individual y social. Contra todo ello conspira el divorcio vincular que destruye el núcleo causal y nutricio de la familia misma.*

*El matrimonio, con sus esenciales notas de unidad e indisolubilidad, es una pieza irremplazable del ordenamiento natural. Pocas instituciones aparecen tan claramente proclamadas como él por el diario acontecer de la vida humana, ni más fundamentalmente vinculadas con las primeras exigencias de la convivencia social. Nada parecería, pues, más indicado, como punto de partida para una reflexión sobre el tema, que el conocidísimo y clásico texto de Ulpiano, inserto en el Digesto (I, 1, 3) y en la Instituta (1, 2), explicado y desenvuelto por Santo Tomás de Aquino en diversos pasajes de la Summa Theologica (v. gr. Ia. IIae, q. 94, art. 2; Ia, IIae, q. 154 art. 2 y Supp. q. 41. art. 1, etc.).*

*En efecto, “derecho natural —según Ulpiano— es aquel que la naturaleza enseña a todos los animales, pues este derecho no es peculiar del género humano, sino común a todos los animales que nacen en la tierra o en el mar, y también a las aves”, y, en seguida agrega: “De aquí procede la conjunción del macho y la hembra, que llamamos matrimonio, de aquí la procreación de los hijos, de aquí la educación; pues vemos que también los demás animales, hasta las fieras, se gobiernan por el conocimiento de este derecho”.*

Concordantemente con el gran jurisconsulto romano, Santo Tomás explica las características del matrimonio fundándose en esa ley natural que rige a todos los animales en cuanto atañe a la conjunción de los sexos, la procreación de la prole, la Educación de los hijos, etc. (cfr. Ia, IIaè, q. 94, art. 2). Pero, no conformándose con esta equiparación genérica, aclara que se realiza en cada una de las especies de acuerdo con sus propias y peculiares exigencias: "en todos los animales, en que para la educación de la prole se requieren los cuidados del macho y de la hembra, observamos —recalca— que no se juntaban indistintamente, sino el macho con una o varias hembras determinadas, como se ve en las aves, al contrario de aquellos en que sola la hembra basta para la educación del nacido y la unión procreadora es vaga, como ocurre entre los perros y otros semejantes". Y, prosiguiendo su razonamiento, agrega enseguida: "para la educación del hombre no sólo se requiere el cuidado de la madre que lo nutre, sino también más todavía el del padre, por quien debe ser instruido y defendido, procurándole un progresivo desarrollo en los bienes, tanto internos como externos. Contradicen por ello la naturaleza del hombre las relaciones sexuales indeterminadas, y debe, por lo contrario, unirse el varón a determinada mujer y vivir con ella, no por corto tiempo, sino por mucho o aun por toda la vida" (IIa, IIae, q. 154, a. 2).

Insiste en esta idea el santo doctor, cuando trata explícitamente el tema del matrimonio, al responder a la posible objeción de quienes le negarían el carácter de institución de derecho natural por no ser requerida para la reproducción de los animales: "La procreación de los hijos —dice— es común a todos los animales. Sin embargo, la naturaleza no los inclina para ello a todos del mismo modo, pues hay algunos cuyos hijos al instante de nacer pueden procurarse de un modo suficiente el alimento o cuya madre basta para este fin; y en ellos no hay determinación alguna del macho hacia la hembra; mas en aquellos cuyos hijos necesitan de ambos para su sustento, aunque sea por poco tiempo, como sucede en ciertas aves, hállase alguna determinación en cuanto a dicho tiempo. Pero en el hombre, puesto que el hijo necesita del cuidado de sus padres hasta un largo tiempo, existe la mayor determinación del varón a la mujer, hacia la cual lo inclina la naturaleza genérica" (Supp. q. 41, a. 1).

De aquí proviene la solicitud, connatural a los varones, sobre la certidumbre de su prole, cuya educación les incumbe; certidumbre incompatible con la cohabitación indeterminada, y cuya determinación de mujer fija llámase matrimonio, el cual por lo mismo se dice ser de derecho natural (IIa, IIae. 94, a. 2), "puesto que la razón natural nos inclina a él en primer lugar por su fin principal, que no tiende únicamente a la generación de la prole sino también a su educación y formación hasta el estado perfecto del hombre en cuanto hombre, que es el estado de virtud. Por lo cual según el filósofo (Ethic. I, 8, a. 11 y 12), tres cosas recibimos de nuestros padres: el ser, el alimento y la educación. El hijo, empero, no podría ser educado e instruido por sus padres si éstos no fueran determinados y ciertos; lo que no tendría lugar si no hubiese obligación del varón a una mujer determinada que produce el matrimonio" (Supp. q. 41, a. 1).

Pero hay también otro motivo por el cual la naturaleza inclina al matrimonio: es la búsqueda del mutuo socorro para la vida doméstica, cotidiana,

que constituye el clásico fin secundario del matrimonio "porque así como la razón natural dicta que los hombres vivan en sociedad, puesto que uno solo no se basta a sí mismo, en todo lo que pertenece a la vida, por cuya razón se dice el hombre naturalmente político, así también entre las cosas de que tiene necesidad para la vida humana, hay ciertas obras que competen a los varones y otras a las mujeres. Por consiguiente la naturaleza conduce al hombre a unirse a la mujer, en cuya unión consiste el matrimonio" (Supp, loc. cit.).

El bien de la prole y el de la mutua ayuda no son dos bienes separados e independientes, sino que se conjugan y entrambos robustecen la unidad y permanencia de la unión, exigida por la generación y educación de la prole, y por la plena participación cotidiana de la existencia en el hogar común, donde se desarrolla una recíproca interacción de marido y mujer, de padres e hijos, de hermanos entre sí y demás participantes de ese ámbito que los congrega a todos, es decir de la familia, en cuyo seno el hombre adquiere su plena formación y las nociones más elementales de convivencia ordenada y pacífica, el sentido de respeto a la autoridad y al prójimo, la aptitud para el mando y la obediencia y, en suma, las virtudes morales y sociales, que lo perfeccionan como ser racional y libre, como animal social y político, como persona destinada a la vida eterna. Todo lo cual deriva y se nutre de un matrimonio fundador, rector, y que debe ser arquetipo ejemplar de sujeción al orden querido por Dios.

S. E.

## PARA UNA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO PENAL

### 1. ENCUADRE DEL TEMA

#### 1.1. *Sociología y Sociología del Derecho*

La sociología, como condición para ser disciplina sistemática, requiere la aceptación de que su objeto, la realidad presente, coetánea al investigador, tiene una conexión de sentido.

Esto quiere decir que la totalidad de los obrares humanos, individuales, familiares, políticos, estéticos, etc. no son expresiones aisladas, sin relación entre sí, sino que están motivados por una especie de causa central, que los enhebra en una coherencia lógica. Esta coherencia toma estado público a través de leyes, usos y costumbres.

El derecho positivo y el derecho penal, en consecuencia, son expresión de una realidad, representación del obrar vigente en un tiempo y espacio determinados.

Por cierto que este obrar humano general, circunscripto a lo cultural y no a lo necesario-natural, está referido a una escala de valores.

Esta escala de valores, que establece lo que es malo y lo que es bueno, indica lo que hay que evitar y lo que hay que perseguir para lograr la felicidad que es el fin del ser humano.

Pero, ¿cual es la "causa central" que establece los valores y que impulsa el obrar total de los hombres en todos los ámbitos?

#### 1.2. *Marx y el sistema*

Carlos Marx es uno de los primeros en que en tiempos del individualismo liberal se da cuenta, en contra de la opinión de su época, de que hay una causa central, un primer motor.

En efecto, la posición de los individualistas era, por el contrario, sostener que el hombre, ser libre por naturaleza, jamás podía ser impulsado por una sola causa. Por eso aseguraba que no había ninguna relación entre su comportamiento a nivel individual, con el familiar, el religioso o el político. Para ellos se trataba de esferas distintas sin conexión entre sí, recorridas por un ser imprevisible.

El autor alemán, en cambio, le encuentra un único sentido a *toda* la realidad, a la presente, a la histórica, y a la del futuro. Acepta, por supuesto, en el devenir histórico, distintos tipos de realidades sucesivas, contradictorias entre sí, determinadas por *diferentes* causas centrales.

Cada una de estas realidades sucesivas, que importan expresiones humanas distintas y opuestas, dan lugar a lo que convencionalmente se denominan "edades".

Ahora bien, cuando Marx debe pronunciarse acerca de lo que imprime lógica a todo el obrar del hombre en cada "edad" diferente, se decide como causa por la forma en que se producen materialmente los bienes.

Y a esto le llama infraestructura, que *determina* la superestructura.

O sea, según se produzcan los bienes materiales, con propiedad privada o no de los medios, con trabajo esclavo, etc. (infraestructura) será el amor humano y su organización, las expresiones estéticas, filosóficas y religiosas, las formulaciones políticas, económicas, etc. (superestructura).

Los autores postmarxistas, refiriéndose a la "edad" actual, han llamado a esta conexión de sentido, el "sistema", lo que quiere decir que éste nace a partir de la decisión de una minoría explotadora, que basa su poder en la propiedad privada de los medios de producción.

Por cierto que el obrar consecuente se adhiere a una escala de valores que da prioridad y recompensa a todos aquellos que actúan congruentemente con esta axiología fijada como marco y regla de juego por el sistema.

La educación, a su vez, se encarga de instalar en la conciencia de los educandos esta tabla de bien y mal intentando crear una especie de segunda naturaleza que asegure el funcionamiento del diseño.

El derecho positivo y el derecho penal receptan estos valores y se encargan de castigar todo obrar no coincidente con lo antedicho.

Finalmente Marx anuncia que progresando la historia merced a contradicciones, la actual, entre proletariado -burguesía, va a desembocar en el triunfo del primero.

Lenin, años después, ratifica la previsión marxista cuando afirma que el imperialismo es la última fase del capitalismo. La dictadura del proletariado está al llegar.

Agreguemos que siguiendo el razonamiento marxista, a esta etapa sucederá el período de "dar a cada uno según su trabajo" que culminará con la instancia óptima de "dar a cada uno según sus necesidades".

En este último estadio se producirá la total desaparición del Estado y de todo aparato coactivo. El derecho en general y el derecho penal, en especial, carecerán de razón de ser.

El hombre entonces recuperará su estado angelical y obrará naturalmente con rectitud, sin dañar a nadie, razón por la cual resultará absurdo pensar en regulaciones y sanciones (¿un nuevo tipo de derecho natural?!).

El obrar perverso si existiese, se atribuiría a una deficiencia orgánica, patológica, del sujeto. En ese caso se lo trataría de curar en establecimientos asistenciales, jamás en prisiones que habrían desaparecido por ser mecanismos

represivos del sistema. Esto es algo de lo que se aprecia hoy en la URSS con la utilización de métodos psiquiátricos de "recuperación".

### 1.3. *Dilthey y la cosmovisión*

La filosofía y la sociología de Marx adolecen de un simplismo grosero que, no obstante, se nutre de algunas apreciaciones de la realidad muchas veces certera. Sobre todo, de la realidad de su tiempo.

En nuestros días toda la doctrina marxista entra en una manifiesta decadencia impulsada por distintas disidencias internas teórico-ideológicas y fácticas.

Por eso es mucho más notable, valioso y permanente, el trabajo de W. Dilthey con su explicación cosmovisional (*weltanschauung*) enriquecido modernamente con los aportes, desde distintos ángulos, de K. Mannheim, Sorokin, Romano Guardini, La Pira, etc.

Se comienza por aceptar que el obrar del hombre aunque hecho con libertad, es decir, cultural, responde a una causalidad y que ésta da lugar a un giro histórico calificado como "edad".

La "edad", a su vez, dura hasta tanto se comience a cuestionar su causalidad, y cuando esto ocurre, se inaugura un tiempo de transición doloroso hasta que se acuerda vivir, plenamente, a partir de una nueva causalidad.

Desde ya que no se discute que el derecho es un simple epifenómeno que premia y castiga sin dudar lo bueno y lo malo en lo que todos están de acuerdo, pero, retengámoslo, que entra en crisis con el colapso de la "edad".

La discrepancia con Marx, en cambio, se refiere al contenido de la "infraestructura", porque no se acepta por su evidente falsedad que la forma en que se encare la producción material de bienes puede dar lugar a una pintura, a una poesía o a un amor humano.

Lo que se descubre, por el contrario, es que la *imago mundi* se agota no en el proceso productivo sino en cuatro elementos esenciales: hombre, naturaleza, sociedad y elemento coordinador, y que estos cuatro elementos relacionados constituyen una cosmovisión o *weltanschauung*.

Ahora bien, según se resuelvan los problemas fundamentales que plantea cada elemento y su relación con los demás, y se encuentre acuerdo en las respuestas, se dará comienzo a una "edad".

Además, al lograrse el acuerdo, el mismo se extenderá automáticamente a otros planos culturales determinando una filosofía, teología, ciencia, arte, política, derecho, etc. (Acuerdos generales que no excluyen distintas aproximaciones).

La gama de los problemas que presenta cada uno de estos elementos, en forma simplificada, son los siguientes: *Hombre*: esencia dual o monística; eticidad; origen, sentido de la vida, del dolor, de la vejez; sentido de la muerte. *Naturaleza*: autonomía o sujeción. Medio o fin. Legalidad natural. *Sociedad*: necesidad o libertad, Medio o fin. *Elemento coordinador*: inmanente o trascendente. Contenido: ideal, material, sustancial. Amplitud de la trascendencia.

## 2. LA SITUACIÓN HOY

### 2.1. *La cosmovisión burguesa*

Una síntesis sumaria de esta cosmovisión, haciendo resaltar lo que nos interesa podría reducirse a lo siguiente: el *hombre* se agota en materia; es ético todo aquello que favorezca su perfeccionamiento material, aquí y ahora, porque la trascendencia no existe. Es un ser angelical que, si a veces contradice su esencia, lo hace motivado por una estructura social injusta. La *sociedad*, en efecto, es una condición indeseable, pero insoslayable, que hay que aceptar, tratando de reducir a su mínima expresión el aparato coactivo en desmedro de la libertad individual. La *naturaleza* está al servicio del hombre que podrá desquiciarla para satisfacer sus exigencias de felicidad inmanente. El *elemento coordinador*, o bien no existe, porque el centro de lo dado está ocupado por el hombre, o si existe, es incapaz de exigir nada (deísmo).

### 2.2. *El derecho burgués*

Desde el primer momento la burguesía se encarga de suplantar los tribunales de conciencia con miembros eclesiásticos, por un tribunal laico que está obligado a fundar sus decisiones en el derecho escrito, y nada más que en él.

Desde ya que este derecho positivo, el único válido, por así convenir a los reclamos de calculabilidad de la nueva clase, según W. Sombart, no hace más que reflejar la cosmovisión en ascenso.

En consecuencia, refiriéndonos concretamente al derecho penal, se advierte claramente que los bienes protegidos son los que corresponden a la antropología individualista.

En concordancia se arguye que, si el hombre es ángel, su obrar "natural" ha de ser bondadoso, razón por la cual hay que garantizar, a cualquier precio, el ámbito de su libertad para que así ocurra.

Por ello toda restricción a ella es objeto de la sanción. Ahora bien, este hombre, angelical y libre, busca su felicidad, que consiste en el desarrollo de lo que considera su esencia.

Esta esencia es decididamente material, porque lo trascendente y la existencia de un ser ordenador, son consideradas nociones abstractas, "afectivas", no comprobables por la razón.

Lógicamente de esta concepción de lo trascendente no puede desprenderse ningún tipo de exigencia, lo que da más vigor a la versión inmanente-material.

Por eso es que en última instancia lo que prima es la convicción de que esta vida es la única.

Esta conclusión podría llevar a pensar que el *honnête homme*, sabiendo que ésta es su única y breve oportunidad, se dedicaría a gozar, sin freno

de ningún tipo, de su corto lapso vital. Esto supondría una guerra de todos contra todos, sin respeto a ningún tipo de norma.

Sin embargo, no es así. La burguesía desarrolla, para evitar el caos, una nueva ética, según la cual hay imperativos de conciencia (clasista) que "ordenan" el obrar humano para el logro de su modelo de felicidad.

Las relaciones de producción basadas en un especial derecho de propiedad, son mostradas como los carriles imprescindibles para un buen vivir.

La familia se mantiene "formalmente" monogámica e indisoluble, con la autoridad indiscutida del *pater*, tendiente a preservar la pureza sexual de las hijas, aunque de ninguna manera la de los varones.

El arquetipo vigente no es más el del "bueno", sino el del inteligente y el exitoso en lo económico.

El manejo ordenado de la economía, tanto individual como colectiva, se propicia para facilitar, no el mejoramiento social, sino la factibilidad del ahorro y las mejores ganancias.

El mundo del burgués se agota, en el mejor de los casos, en un peculiar ámbito familiar y en el de la empresa, ya que el Estado, cuya representación nítida es la Patria, constituye para él un enemigo en potencia.

Por otra parte, hay que recordar que al igual que el marxismo, la cosmovisión burguesa sostiene las ya referidas angelicalidad del hombre y la maldad del Estado. Lo que la diferencia de aquél es que con tristeza acepta que jamás se podrá prescindir de un mínimo de coacción.

En este sentido, la tesis de que las cárceles son instrumento de recuperación y no de castigo, es expresión de la convicción de que, en última instancia, todo obrar antijurídico es producto de una defectuosa organización social, que ha fallado en el aseguramiento de la libertad individual por una indeseada intromisión del Estado.

El derecho penal, entonces, en épocas de auge del individualismo, se dedica a proteger los bienes enunciados. Todo lo que pueda dañar el espíritu, en cambio, tiene que estar defendido por cada hombre individual que con su solo y poderoso repudio repele esos ataques. Por otro lado, ¿qué son los bienes espirituales, si el hombre se agota en materia?

No obstante, es justo reconocer que cuando estaba realmente virgen la ética burguesa se hacía muy difícil introducir cuñas discrepantes, razón por la cual la falta de imputabilidad positiva no se hacía tan evidente.

Ello porque las reglas del juego no sólo se concretaban en normas jurídicas, sino en usos y costumbres de gran fuerza. La moral burguesa, en un sistema sólido, refirmado por una educación coherente, obtenía generalmente los resultados de conducta esperados.

En definitiva, se protegía al hombre de la agresión física, que podía quitarle *esta* vida o lesionarlo en su integridad material y se sancionaba todo aquello

que podía privarlo de sus bienes materiales o restringir su libertad. Lo que jamás se pensó es en proteger a su espíritu de agresiones.

Pero, repitámoslo, no se necesitaba esta protección en épocas de vigencia plena de la cosmovisión burguesa que, de todas maneras, había impuesto una moralina formal que evitaba, en líneas generales, expresiones disonantes, que afectaran su peculiar concepción espiritual.

### 2.3. *La etapa de transición y su expresión jurídica - penal*

Las edades no terminan un día determinado (14 de julio de 1789) y comienzan al otro, sino que entre uno y otro "evo" se desarrolla un período de transición muy doloroso porque el hombre tarda en seleccionar y admitir las nuevas bases sobre las que asentará su vivir.

En concordancia con lo ya explicado, a esta falta de acuerdo generalizado que conteste los enigmas de la vida y del hombre, corresponde una carencia de valores éticos, o sea, una tabla segura acerca de lo que es malo y lo que es bueno.

El ser humano de la transición, entonces, no ha definido aún su felicidad, razón por la cual no está en condiciones de premiar y propiciar acciones o castigar a otras.

Tiene que admitir, azorado, todas las propuestas que se formulen, porque todas pueden ser verdad, sumergiéndolo en un relativismo ético que lo asfixia.

Es cierto que la ética burguesa declaró su apertura ilimitada a toda expresión de libertad, pero, no nos equivoquemos, esta actitud se formuló en épocas de culminación ideológica, con el monopolio de los medios formales e informales de educación en sus manos.

Ello le permitió cohibir sin expresiones aparatosas todas las divergencias. Por otro lado, cuando las discrepancias surgieron, no afectaron de ninguna manera a la tabla de valores aceptada, sino a cuestiones accidentales que no pusieron jamás en tela de juicio los principios.

No obstante el reinado burgués, como todo lo que el hombre hace, entra en su invierno decadente, comenzando a desenvolverse el actual período dramático de la transición

Es decir, el hombre de hoy se cuestiona su origen, el sentido de la vida, su destino final y su relación de fondo con los otros hombres, con la naturaleza y con el elemento coordinador.

Hace *tabula rasa* de sus nociones de bien y mal, con tal profundidad, que examina si no sería conveniente para ser feliz abjurar de la inteligencia y guiar su obrar a través de los instintos.

Más aún, dar cauce a todos los deseos, a todas las "experiencias vitales" cualesquiera ellas sean, con el fin de hacer un descarte empírico, sin "prejuicios".

Con el panorama descripto, bien, mal, y culpa, carecen de objetividad. Es más, la "responsabilidad social" (la masacre de Vietnam o la explotación de

masas) absorbería la supuesta injusticia cometida individualmente, según hipócritas normas de la burguesía dominante.

Esta confusión axiológica provoca transformaciones en la legislación punitiva y en la interpretación de los jueces.

¡Qué lejos está la sanción a Oscar Wilde frente a las hoy admitidas experiencias homo y heterosexuales!

¡Qué lejos la condena a Paul Gauguin por el abandono de su familia, frente a la "liberación" de los esposos y a la renuncia a la educación de los hijos!

¡Qué absurdo resultaría para un hombre de otro tiempo la legalización del crimen a través del aborto!

La procacidad y la prostitución del ambiente, sin respetar ni siquiera a los niños, sumergidos en la inmundicia de la pornografía y la vileza del lenguaje público, se une a la mayor permisividad para el uso de las drogas, sin que se considere la aplicación de sanción de ninguna especie.

Finalmente, la misma identificación del homicidio y las lesiones queda oscurecida por apreciaciones subjetivas basadas en éticas contrapuestas.

Se llega al absurdo de considerar de alto contenido ético, la destrucción o la tortura física de desconocidos, la privación de libertad o la apropiación con violencia de los bienes públicos o privados.

### 3. CONCLUSIONES

1. El sistema burgués de vida con sus coordenadas éticas y su derecho positivo es falso. Ello no implica dejar de admitir que, como todo sistema, puede tener parte de verdad.
2. La liquidación de la axiología burguesa es deseable, y el tiempo de transición no tiene por qué dar un resultado negativo sino que puede implicar una etapa de superación ética.
3. El hombre no construye los valores sino que debe redescubrirlos en su propia conciencia. Esto quiere decir que el relativismo ético, que afirma que cada cosa es bella, justa y verdadera, según las edades, es falso.
4. La confusión jurídica y la estabilidad del derecho positivo sólo se solucionarán una vez que el hombre, saliendo de la transición, haya encontrado las respuestas cosmovisionales.

FRANCISCO ARIAS PELEGRANO

## ROMA, CUNA DE LA JURISPRUDENCIA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. — II. LOS ORÍGENES REMOTOS DE LA JURISPRUDENCIA. — III. LA PÉRDIDA DEL MONOPOLIO PONTIFICAL. — IV. JURISPRUDENTES VETERES. — V. LA ACTIVIDAD JURISPRUDENCIAL. — VI. LA JURISPRUDENCIA, ¿FUENTE DEL DERECHO?

### I. INTRODUCCIÓN

La Filosofía no nació en Grecia; seguramente que ella advino el día en que el primer hombre se detuvo a reflexionar sobre su propia existencia. Pero no hay duda de que fueron los antiguos griegos quienes sistematizaron y desarrollaron el saber filosófico, elevándolo a las mayores alturas, habiendo llegado con Aristóteles a una cumbre de la que no se puede prescindir. Del mismo modo, se debe afirmar que hubo derecho allí donde surgió la primera comunidad civilizada: *videntur barbaros esse eos qui ad aliquibus cuiuslibet legibus non reguntur*.<sup>1</sup> Porque, como explica Lachance, “es una realidad que el derecho, de la manera como es estudiado por las ciencias racionales y experimentales, de la manera como es considerado por las artes liberales y mecánicas, ha vivido mucho tiempo antes —por lo menos rudimentariamente— de ser sometido a la reflexión, antes de ser destacado del conjunto de costumbres que vivificaba, antes de ser estudiado en estado puro y transformado en arquitectura política y en sistema lógico”.<sup>2</sup>

Y al igual que los helenos con la filosofía, fueron los romanos quienes iniciaron el estudio del derecho, los primeros que lo hicieron objeto de reflexión y quienes sistematizaron el saber jurídico, llevándolo a una cima insuperable. El jurisconsulto Celso lo definió como *ars boni et aequi* (D. 1, 1, 1, pr.), en un sintética y feliz expresión que mantiene su lozanía a través de los siglos.<sup>3</sup>

Este estudio sistemático y ordenado del fenómeno jurídico recibió en la propia Roma el nombre de jurisprudencia: *iurisprudentia* = prudencia del derecho. ¿Por qué esta denominación? Porque el perito en derecho opina; da su parecer; dictamina; fundamentalmente, juzga; y se debe evitar el error de pensar que solamente el órgano jurisdiccional del Estado es el que juzga: a éste le compete con exclusividad condenar y absolver, y para llegar a este resultado previamente ha de juzgar. El pronunciamiento del jurisperito o del juez es una *sententia* (de *sentire*), y para pronunciar un juicio tan necesaria es la

<sup>1</sup> S. TOMÁS DE AQUINO, *Com. Pol.*, 1, 1.

<sup>2</sup> LOUIS LACHANCE, O. P., *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, Buenos Aires, 1953, p. 10.

<sup>3</sup> Ver nuestro artículo “Una definición romana del derecho: *ars boni et aequi*”, en *Prudentia Iuris*, IV, pp. 63 y ss.

virtud de la justicia como la de la prudencia. Así lo enseña Santo Tomás: *Sic ergo iudicium est quidam actus iustitiae sicut inclinantis ad recte iudicandum: prudentiae autem sicut iudicium proferentis*.<sup>4</sup> Lo que pone de manifiesto lo acertado del nombre.

Cabe acotar, de pasada, que en algunos medios existe un concepto sumamente restringido de jurisprudencia, el que la limita al conocimiento del derecho que surge de los pronunciamientos judiciales. “Únicamente por una desdichada alteración del sentido se viene utilizando hoy la expresión «jurisprudencia» para significar el conjunto de decisiones de los tribunales, en oposición a la «doctrina» que se expone en las obras científicas”.<sup>5</sup> No es del caso desdeñar la jurisprudencia judicial, por cuanto en la generalidad de los casos suele ser una expresión de prudencia y de justicia. Pero de todos modos se impone reivindicar el concepto genuino de jurisprudencia y no limitarlo al muy estrecho que por regla general se le atribuye.

Los propios jurisprudentes romanos dijeron —en una definición que puede aparecer como ambiciosa en extremo— que *iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* (D. 1, 1, 10), definición que habría sido pronunciada por Ulpiano por cuanto se cita como origen sus *Regulae*. No cabe duda de que el conocimiento de las cosas divinas y humanas excede del marco de la jurisprudencia, pero tampoco la cabe de que el jurisprudente debe tenerlo, desde que el contenido de su ciencia está dado por la propia vida humana y ésta, escindida de lo divino, carece en absoluto de sentido. Ello le ha permitido a Iglesias afirmar que “el jurista romano es un intérprete de lo humano eterno, de la tradición fecunda e inderogable, silenciosa y honda, que es substancia de la historia. Gracias a esta *interpretatio* —tan extraña al estadoidolatrismo de la técnica jurídica moderna— fue posible llevar al derecho romano al *culmen* de un raro y maravilloso perfeccionamiento”.<sup>6</sup>

No deja de admirar que en la definición transcripta se diga que la jurisprudencia es la ciencia de lo justo y de lo injusto. Tal vez ello haga sonreír a muchos contemporáneos, que tienen de ella una visión tan pobre y que la limitan al conocimiento de unos cuantos artículos de algún código. Pero los viejos romanos eran sabios, aunque no tuvieran tantos conocimientos como muchos coetáneos; pero como “es mejor que aprender mucho el aprender cosas buenas”<sup>7</sup> más vale quedarse con el conocimiento de lo justo y de lo injusto, aunque la norma positiva lo ignore.

## II. LOS ORÍGENES REMOTOS DE LA JURISPRUDENCIA

Así como el origen del pensamiento filosófico se pierde en lo que se ha dado en llamar “la noche de los tiempos”, al extremo de que resulta legendaria la existencia de algunos de los primeros pensadores, de igual modo resulta harto dificultoso precisar cuáles hayan sido los comienzos de la jurisprudencia.

<sup>4</sup> *Summa*, 2-2, 60, 1, ad.1.

<sup>5</sup> ARANCIO-RUIZ, *Historia del Derecho Romano*, Madrid, Reus, 1974, p. 151, n. 1.

<sup>6</sup> JUAN IGLESIAS, *Derecho Romano*, Barcelona, Ariel, 1972, p. 95, § 23.

<sup>7</sup> JOSÉ HERNÁNDEZ, *La vuelta de Martín Fierro*, vv. 4611/2.

El dato cierto, a partir del cual se debe encaminar toda investigación, está dado por el hecho de haber sido uno de los colegios sacerdotales existentes en la antigua Roma —el de los pontífices— el guardián de los arcanos jurídicos y de su interpretación. Los testimonios al respecto son abundantes; así, Tito Livio dice *ius civile reconditum in penetralibus pontificum* (9, 46, 5); Valerio Máximo: *solis pontificibus notum* (*Mem.*, 2, 5, 2) y Pomponio: *Omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant* (D. 1, 2, 6, 6).

Este colegio no estuvo destinado al culto de ninguna divinidad determinada, sino que parece que sus funciones fueron la de hacer observar el *ius sacrum* y tal vez la abolición del poder regio haya aumentado sus atribuciones. Hacia fines de la república, bajo la dirección del pontífice máximo, se integraba con quince pontífices, formando también parte de él, el *rex sacrorum* y los tres flámenes mayores: *Dialis*, *Martialis* y *Quirinalis*. Dependían de este colegio las vírgenes vestales.

Los pontífices fueron los custodios de los formularios de las acciones judiciales, los que tenían una enorme importancia en razón del rígido formalismo del derecho romano arcaico, desde que un ligero error en la recitación de la fórmula podía conducir a la pérdida del pleito. Y dado el escaso número de negocios jurídicos del primitivo derecho quirritario, la labor de los pontífices se extendió también a la adaptación de los formularios al caso concreto que se les presentaba.

Igualmente, los pontífices —como cuerpo o individualmente— evacuaban las consultas jurídicas que les planteaban. Las *responsa* de estos sacerdotes no eran vinculantes, pero en atención al prestigio del colegio, contar con una opinión favorable equivalía en la práctica a obtener un pronunciamiento judicial en igual sentido. Todos los años se designaba a uno de los pontífices para responder a las consultas que formularan los particulares (*qui quoquo anno praesset privatis*), estando a cargo del colegio en pleno la satisfacción de los requerimientos de los magistrados. Las *responsa* de los pontífices no indagaban sobre los hechos, sino que tenían por ciertos los que el consultante exponía, limitándose a resolver la cuestión de derecho.

Una de las principales razones que explican el monopolio pontifical sobre la jurisprudencia descansa en el hecho de ser este colegio el custodio del calendario, por lo que había que acudir necesariamente a ellos para saber qué días estaba permitido actuar en justicia: *dies fasti per quos praetoribus omnia verba sine piaculo licet fari*, dice Varrón (*De ling. lat.*, 6, 29) y agrega: *contrari horum vocantur dies nefasti, per quos dies nefas fari praetorem; do, dico, addico; itaque non potest agi* (id., 30). Y al respecto enseña Di Pietro: “*dies fastus* = ‘día en el cual resulta lícito conforme a las prescripciones religiosas —es decir, permitido religiosamente— pronunciar fórmulas procesales’ mientras que *dies nefasti* = ‘días en los cuales está prohibido religiosamente pronunciar dichas fórmulas y en consecuencia actuar procesalmente’”.<sup>8</sup> Los días fastos no eran muchos y la mayor parte de los del año eran *quid medium* entre fastos y nefastos; pero había muchos días en que se podía ejercer la jurisdicción sola-

<sup>8</sup> “*Ius fasque est*”, en *Prudentia Iuris*, I, pp. 77 y ss.

mente por la tarde o al mediodía (*dies intercasti*). Por último, los había que por estar dedicados a sacrificios o comicios (*dies comitiales*), tampoco se podía actuar en justicia. Precisamente fueron los pontífices quienes conocían estos secretos por lo que fueron los únicos que pudieron asesorar acerca de cuándo se podía presentar ante el magistrado jurisdiccional: esta sola circunstancia revela la gran importancia de los secretos celosamente custodiados por el colegio pontifical.

Muchos autores pretenden explicar el monopolio pontifical de la jurisprudencia sosteniendo que en aquellos tiempos primitivos no se encontraba suficientemente diferenciado el derecho de lo sagrado, como resabio de una época anterior en que todo lo jurídico estaba impregnado de elementos religiosos. Esta explicación resulta un tanto simplista en cuanto pretende escindir lo sagrado de lo profano, como si se tratara de dos realidades que deben permanecer en compartimentos estancos. Pero si se admite el origen sacro del derecho, tal como lo demuestra Di Pietro en el trabajo citado en la nota 8, no debe sorprender que en una época primitiva, la custodia de los secretos jurídicos y su interpretación haya estado en manos de un cuerpo sacerdotal.

Hay otros autores que sostienen que el monopolio pontifical en la jurisprudencia se debió principalmente al nivel de cultura superior de la clase sacerdotal, por haber sido ésta la única capaz de dejar escritas las tradiciones orales, confiriéndoles fijeza y uniformidad.<sup>9</sup> A esta formulación cabe objetarle que los pontífices no constituyeron —y los otros sacerdotes tampoco— una clase distinta dentro de la *civitas*, sino que ellos integraron la misma clase dirigente de la que provenían los demás magistrados. Cuadra recordar que los miembros de los colegios sacerdotales eran magistrados, elegidos como los demás y que el mismo Julio César fue pontífice máximo, así como también lo fueron Octavio y sus sucesores. Por lo que cabe concluir que ni hubo tal clase sacerdotal ni los pontífices tenían una cultura que los distinguiera del resto de la clase dirigente de la Roma primitiva.

Si bien hubo en Roma otros colegios sacerdotales (feciales, augures), la circunstancia de ser los pontífices (hacedores de puentes) quienes tenían reservado el calendario, explica que haya sido éste y no otro el que se atribuyó la custodia de los arcanos del derecho. Ellos fueron quienes custodiaron las precedentes fórmulas consuetudinarias (*mores maiorum*) adaptándolas a las nuevas necesidades sociales.

La actividad jurisprudencial del colegio de los pontífices fue doble: por un lado proporcionar los formularios adecuados para las acciones de la ley y por el otro integrar el derecho vigente, introduciendo mediante la *interpretatio* las necesarias modificaciones a un *ius civile* rígido y formalista, extremadamente rudimentario para cuando Roma “despega” como potencia del Mediterráneo. La *interpretatio* pontifical procede de las *mores maiorum*, o sea, principios consuetudinarios recibidos de una época prehistórica y celosamente respetados. Los institutos fundamentales, que hacen al orden social y a la fisonomía propia de los romanos, como ser *patria potestas*, *dominium*, *obligatio*, *actio*, *hereditas*, etc.,

<sup>9</sup> LONGO E SCHERILLO, *Storia del Diritto Romano*, Milano, A. Giuffré Editore, 1970, p. 130, § 26.

no estaban formalmente reconocidas en ninguna ley (la de las XII Tablas los presuponía), por cuanto provenían de las antiguas *mores*. De ellas parte, precisamente, la *interpretatio*, la que no implica una creación súbita y arbitraria de un nuevo sistema de derecho, sino el desarrollo y la adaptación de las antiguas costumbres a las nuevas exigencias sociales.

Una de las más conocidas e importantes muestras de la actividad creadora de la jurisprudencia pontifical está dada por el formulario establecido para emancipar a un *filiusfamilias* de la potestad paterna, que era vitalicia. Se trataba de un complejo formulario, fundado en un precepto de la ley decenviral: *si pater filium ter venum duxit, filius a patre liber esto*; por lo que se autorizó la venta simulada del *filiusfamilias* a un tercero de la confianza del padre para que luego lo manumitiera.<sup>10</sup>

Cabe concluir que ha sido el colegio de los pontífices el más antiguo exponente de la ciencia jurídica, del que se puede asegurar —con certeza histórica— haber sido el progenitor de la jurisprudencia. Se trataba, claro está, de una ciencia jurídica balbuceante y rudimentaria, pero que fue el punto de partida de un desarrollo asombroso.

### III. LA PÉRDIDA DEL MONOPOLIO PONTIFICAL

Llegó un momento en que la jurisprudencia dejó de ser un coto exclusivo del colegio de los pontífices. Siguiendo un cauce de maravillosa regularidad, que se advierte en toda la evolución del derecho romano, este cambio no se produjo bruscamente, sino que respondió a un lento proceso de adaptación. La mayoría de los historiadores del derecho romano denominan como de “laicización” al proceso que sustrajo a la ciencia del derecho del estrecho recinto del colegio pontifical, derramándola por estratos más amplios de la comunidad. La elección de este vocablo, así como las referencias a una jurisprudencia “laica” no resultan muy felices. Laico es quien no tiene órdenes clericales; identificar a los sacerdotes de la antigua Roma con los clérigos actuales constituye un palpable anacronismo.

El proceso que concluyó con la pérdida del monopolio de los pontífices en la jurisprudencia, siguiendo en esta cuestión a Arangio-Ruiz,<sup>11</sup> reconoce tres jalones fundamentales, que de modo paulatino condujeron a dicho resultado.

El primero de ellos lo constituye la sanción de la ley de las XII Tablas (451-450 a.C.). Los pormenores —legendarios e históricos— que rodearon la génesis y sanción de este famoso cuerpo legal son bastante conocidos y su detalle excede los límites impuestos a esta nota. Resulta interesante destacar que la ley decenviral no constituyó una codificación a todo el derecho entonces vigente, sino que únicamente reunió —de modo más o menos sistemático— algunas disposiciones, quedando fuera de ella los principios e instituciones básicos expresados en las *mores maiorum*. Pero pese a este carácter limitado, sustrajo cierto número de cuestiones a la exclusividad pontifical, lo que no impidió que la posición de este colegio continuara firme.

<sup>10</sup> Cfr. KUNKEL, *Historia del Derecho Romano*, Barcelona, Ariel, 1973, pp. 39-40.

<sup>11</sup> Ob. cit., p. 150.

El segundo paso data de un siglo y medio después. En el 304 a.C., Cneo Flavio, liberto y amanuense de Apio Claudio el Ciego, publicó una tabla de los *dies fasti et nefasti* que expuso públicamente en el foro, conjuntamente con las fórmulas de las *legis actiones*, que fue conocido con el nombre de *ius civile Flavianum*. Según Pomponio (*D.*, 1, 2, 2, 7) Flavio había hurtado estos elementos a su patrono y los habría publicado sin el conocimiento de éste. En cambio Plinio el Viejo (*Hist. Nat.*, 33,6,1), afirma que fue el propio Apio quien lo indujo y esta versión resulta más verosímil, teniendo en cuenta la personalidad de Apio Claudio; y seguramente que fueron sus partidarios quienes llevaron a Cneo Flavio a la edilidad como premio a su osadía.

El tercer y último jalón, que dio definitivamente por tierra con el monopolio jurisprudencial de los pontífices, estuvo dado por la actitud de Tiberio Coruncanio, primer pontífice máximo plebeyo. Éste autorizó, en el año 254 a.C., que las consultas que evacuaban los pontífices pudieran ser seguidas por el público: así, la jurisprudencia perdió definitivamente su condición de secreta. En lo sucesivo, estuvo al alcance de muchos y el valor de las opiniones respondió únicamente de la versación y capacidad de quien las pronunciaba, sin tener en cuenta su actividad.

Como consecuencia de todas estas seculares modificaciones, la autoridad jurídica de los pontífices no se basó ya sobre el poder de la exclusividad, sino sobre su efectiva capacitación. Tuvieron que sufrir la competencia de muchos miembros de la *nobilitas*, que ganaron en fama y en popularidad en base a sus conocimientos jurídicos.

#### IV. JURISPRUDENTES VETERES

Escasísimos son los fragmentos de la vieja jurisprudencia de la época de la *res publica* que recoge la compilación justiniana. Lo más que sabemos de ella es de segunda mano y nos ha llegado por medio de Sexto Pomponio, juriconsulto muy posterior (de la época de los Antoninos, siglo II), autor de un *Liber singularis enchiridii*, reproducido parcialmente en el Digesto (1, 2, 2). Gracias a él, un gran número de los primeros jurisperitos se ha salvado del olvido, aunque de la mayoría de ellos sólo nos haya llegado su nombre. Algunos rastros —bastante abundantes— de la historia de la jurisprudencia romana se encuentra en autores ajenos a este quehacer, muy especialmente en Cicerón y en mucha menor medida en Valerio Máximo, Aulo Gelio, ambos Plinius, Tito Livio, etc.

Los más antiguos juriconsultos que aparecen citados por autores posteriores son Apio Claudio, el decenviro, y el pontífice Papirio: pero se trata de dos personajes legendarios. Pero sí fue bien real Apio Claudio Centimano, llamado el Ciego, patrono del ya nombrado Cneo Flavio, cónsul en el 310 y en el 295 a.C., de quien se menciona una obra titulada *De usurpationibus*. De la misma época fue Publio Sempronio, llamado Sofos, primer pontífice plebeyo y cónsul en el año 304 a.C. y el ya citado Tiberio Coruncanio a quien se le atribuyen unas *Responsa*.

Algo posteriores son Cayo Cornelio Escipión Nasica cónsul en el 190 a.C. y su hijo Publio, a quien se le dio el apodo de *Corculus* por su sagacidad;

Quinto Massino; Publio Atilio Sapiens, que tal vez sea el mismo Lucio Atilio que comentó las XII Tablas; y Lucio Cincio Alimento, pretor en Sicilia en el año 210 a.C.

Después de la victoria sobre Cartago floreció notablemente la literatura jurídica. Encontramos a dos hermanos, Publio y Sexto Elio Peto; este último recibió el sobrenombre de *Catus*, por su habilidad en la jurisprudencia: *Egrege cordatus homo, Catus Aelius Sextus* (Enio). Fue cónsul en el 198 y censor en el 194 a.C., compuso la famosa *Tripertita*, de la que dice Pomponio: *autem dicitur, quoniam legem XII Tabularum praeposita iungitur interpretatio, deinde subtextitur legis actio* (D. 1, 2, 2, 38). La última parte de la *Tripertita* fue conocida como *ius Aelianum*, paralelo al *ius Flavianum* de Cneo Flavio.

También se recuerdan a Marco Porcio Catón, apodado el Censor, que fue cónsul en el 195 y censor en el 184 a.C., adversario de Escipión y público detractor de la cultura griega que ya en sus tiempos comenzaba a introducirse en Roma. Festo le atribuye unos *Comentarii iuris civilis* y un tratado que menciona Paulo. Su hijo fue Marco Porcio Catón Liciniano, muerto en el año 152 a.C. y a quien se le atribuye la regla catoniana en materia de legados: *si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile fores, id legatum quandocumque decesserit non valere* (D. 34, 7. 1).

Contemporáneos de los Catones fueron Cayo Livio Druso, cónsul en el 144 a.C., y tres jurisprudentes de quienes Pomponio dice que *fundaverunt ius civile* (D. 1, 2, 2, 39). Se trata de Manio Manilio, Marco Junio Bruto y Publio Mucio Escévola. El primero fue cónsul en el 149 a.C. y escribió unos *Monumenta*, en siete libros. Cicerón le atribuye la redacción de unas fórmulas sobre compraventas, a las que llama *Manilianae venalium vendendorum leges* (*De orat.*, 1, 58) y que Varrón denomina *Manilii actiones* (*De re rust.*, 2, 5). Responden a la llamada jurisprudencia cautelar y son formularios negociales. En cuanto a Bruto, fue pretor y compuso tres libros en forma de diálogo (¿influencia platónica?) llamados *Iuris civilis*. Publio Mucio fue cónsul el año 133 a.C. y autor de diez *Libelli*.

Poco después aparece la personalidad destacada de Publio Rutilio Rufo, cónsul en el año 105 a.C. y que en el año 92 fue condenado al exilio por haberse opuesto a la rapiña de los *equites* en la provincia de Asia. Fue célebre como estadista, orador y militar y Gayo le atribuye la paternidad de la fórmula para que el *honorum emptor* pueda accionar contra los deudores del fallido a quien le había adquirido el patrimonio: *Nam ex persona eius civis bona emerit sumpta intentione convertit condemnationem in suam personam, is est ut, quos illius esset vel illi dari oportet, eo nomine adversarius huic condemnetur; quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a praetore Publio Rutilio, qui et honorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est.* (*Inst.*, 4, 35). De esta misma época se citan también a Aulo Virginio; a Quinto Elio Tuberón (padre); a Sexto Pompeyo, tío del político famoso y a Celio Antipater.

Publio Mucio Escévola tuvo por hermano a Licinio Craso Muciano, hijo adoptivo de L. Licinio Craso, pontífice máximo, ambos jurisconsultos. Quinto Mucio, llamado el Augur, fue cónsul el año 116 a.C. y maestro de Cicerón (*De orat.*, 1,27). Pero el más famoso de la familia de los Mucios y de todos los juris-

prudentes republicanos ha sido, sin duda alguna, Quinto Mucio Escévola, hijo de Publio, cónsul en el 95 a.C.; luego fue pontífice máximo y muerto por secuaces de Mario en el año 82. Por su versación, dignidad y cultura, se ha constituido en el ideal del jurisprudente. Compuso un *Liber singularis*, del que cuatro fragmentos se recogen en las Pandectas, aunque Krüger duda que se trate de originales, sino más bien de comentarios a Mucio efectuados por algún jurisconsulto posterior. Esta obra fue una colección de definiciones, reglas y principios jurídicos, pero su trabajo más importante fueron los 18 libros sobre el derecho civil, en el que intentó sistematizar todo el orden jurídico de su época, encuadrando el derecho en categorías generales según la afinidad intrínseca de las relaciones. De esta obra dice Pomponio que *ius civilis primus constituit generatim in libros XVIII redigendo* (D, 1, 2, 2, 41), constituyó un manual clásico y fue comentada por los grandes jurisconsultos del siglo II, entre ellos Gayo y el propio Pomponio, en los llamados *Libri ad Q. Mucium*.

Dejó Quinto Mucio numerosos discípulos, casi todos ellos de la nobleza patricia: L. Lucilo Balbo, maestro de Servio Sulpicio; Cayo Juvencio; y Cayo Aquilio Gallo, el más famoso de ellos. Este fue colega en la pretura de Cicerón en el año 66 a.C. y abandonó la carrera política para dedicarse de lleno a la ciencia jurídica. Es autor de los remedios contra el dolo (*actio y exceptio doli*), de la *stipulatio aquiliana* (I., 3, 29,2) y de la institución de los *postumi sui*.

El otro gran jurisprudente republicano, que compartió la primacía en esta época con Quinto Mucio, fue Servio Sulpicio Rufo, discípulo de Lucilo Balbo y de Aquilio Gallo, cónsul en el 51 y muerto el año 43 a.C. Cicerón —de quien fue gran amigo— le prodigó grandes elogios: lo considera superior a Escévola y afirma que transformó al estudio del derecho en un arte (*Brutus*, 41). Fue contradictor de Quinto Mucio en las *Notata Scaevolae capita*, era de origen patricio (venido a menos) y comenzó su formación intelectual en Rodas con Apolonio Molón. Fue el primer comentarista del edicto del pretor y ha sido muy elogiado por la jurisprudencia imperial de los siglos II y III. Habría compuesto unos 180 libros, entre los que se mencionan uno *De dotibus*, dos *Ad Brutum* —comentarios del edicto pretorio— y dos *De sacris detentandis*. Catulo lo menciona también como poeta (*Epigr.*, 16).

Servio dejó una escuela muy importante. Entre ellos Aulo Ofilio de la clase de los *equites* y amigo de Julio César; compuso un comentario al edicto en cinco libros: *Iurispartiti libri*; diez y seis libros *De actionibus*; otro *Ad atticum* y numerosas *Responsa*. Otro célebre discípulo fue Alfeno Varo, oriundo de Cremona y cónsul en el 39 a.C. Recopiló en una sola obra, llamada *Digesta*, en cuarenta libros, los comentarios al *ius civile* emanados de las *responsa* de los jurisprudentes. Otros dos seguidores de Servio fueron Tito Cesio, Aufidio Tuca, Flavio Prisco, Cayo Ateio Pacuvio, Aufidio Namusa, autor éste de 140 libros que recogen la doctrina de numerosos juristas contemporáneos suyos, y Antistio Labeón, padre del famoso Labeón que fundara la escuela de los proculeyanos.

Esta primera época de la jurisprudencia romana se cierra con varios otros jurisprudentes: Aulo Cascellio, de activa vida política, fue cuestor y pretor y rechazó el consulado que le ofreció Augusto, y declaró nulas las donaciones hechas por Octavio, Antonio y Lépido de bienes de ciudadanos proscriptos en favor de sus partidarios; autor del *Judicium cascellianum* en materia de inter-

dictos dobles y del *Liber bene dictorum*. También Cayo Trebacio Testa, maestro de Labeón, apreciado por Julio César y a quien Cicerón dedicó sus *Topica*; compuso varios libros sobre el *ius civile* y 9 ó 10 *De Religionibus*. Quinto Elio Tuberón, hijo del homónimo nombrado arriba, adversario de Cicerón en la causa contra Ligario (*Pro Ligario*, 4) y abuelo de Casio Longino, que fue uno de los cabezas de la escuela de los sabinianos; escribió *De officio iudicis*, del que se valieron Labeón y Capitón, a través de los cuales llegaron algunas citas. Elio Gallo, autor de *De significatione verborum quae ad ius civile pertinent*, de la que un pasaje aparece en el Digesto (D. 50, 16, 157). Por último, Granio Flaco, que compuso un comentario al *ius Papirianum*.

Y así se llega a las puertas del principado, época en la que florece el período más brillante de la jurisprudencia romana. Su estudio será objeto de un ulterior trabajo.

## V. LA ACTIVIDAD JURISPRUDENCIAL

La actividad de los jurisperitos republicanos fue muy variada y sufrió sensibles cambios con el transcurso del tiempo. No obstante, a través de tantos siglos, se pueden advertir ciertas constantes. Éstas, han sido advertidas ya en los propios tiempos republicanos y han sido caracterizadas por los autores con los verbos *cavere*, *egere* y *respondere*. Ya lo había señalado el propio Cicerón en el *De oratore*: *Eum dicerem, qui legum et consuetudinem eius, qua privati in civitate uterentur, et ad respondendum et ad agentium et ad cavendum peritus esset* (*De orat.*, I, 48).

¿En qué consistió la actividad denominada *cavere*? El particular interesado concurre en busca de asesoramiento al jurisprudente y éste procede a auxiliario en la formulación y redacción de los negocios jurídicos para evitarle perjuicios. Este asesoramiento resultaba imprescindible en la primera época del derecho romano, en la que rigió un *ius civile* extremadamente formalista y riguroso y en el que un mínimo error podía llevar un asunto a la ruina; prueba de lo cual es la rígida norma *uti lingua nuncupassit ita ius esto*, contenida en la ley de las XII Tablas. Pero cuando decayó este rigorismo formalista y se introdujeron nuevos negocios provenientes del *ius gentium*, los que se resolvían *ex aequo et bono*, el asesoramiento le siguió siendo indispensable al consultante, ya que le evitaba el peligro de ser timado por la contraparte.

Cuando el asunto que se proponía era complejo, el jurisprudente fijaba por escrito todos los momentos del negocio. Este escrito recibía el nombre de *cautio*, de acá que se haya empleado el nombre de jurisprudencia cautelar.

La publicación del *ius Flavianum*<sup>12</sup> no hizo desaparecer los inconvenientes ni las dificultades prácticas del proceso *in iure*, desde que los formularios no prevenían los numerosos casos concretos que se podían presentar. Al jurisprudente le cabe, entonces, encontrar el medio procesal adecuado y adaptarlo a la concreta necesidad de su cliente e instruirlo acerca del modo de hacerlo valer ante el magistrado iudicante. A esta actividad se la llamaba *actionem instituere* o *agere*.

---

<sup>12</sup> Ver cap. III.

Cuando el procedimiento judicial de las *legis actiones* fue trocado por el proceso formulario (*lex Aebutia*, siglo II a.C.), el asesoramiento del jurista continuó siendo necesario. En efecto, era el actor quien debía redactar la fórmula que el pretor admitía, en cuyo caso la asistencia era imprescindible para el acertado encuadre del caso y para el adecuado planteamiento de la litis y es seguro que en este obrar de los jurisprudentes se deben haber inspirado los magistrados para establecer nuevas acciones a través del edicto. *Agere* no importaba la defensa en juicio, siendo ésta un quehacer extraño a los jurisconsultos y confiada a los *oratores*, los que de ordinario no eran jurisperitos, bastando con que fueran hábiles dialécticos.

Finalmente, *respondere* implica la formulación de opiniones sobre temas jurídicos controvertidos. Cuando esta actividad estuvo monopolizada por el colegio de los pontífices, está claro que no podía haber divergencias de opiniones, pero cuando la jurisprudencia se extendió una vez concluida la exclusividad pontifical, se generalizan los pareceres contrapuestos. Cualquier opinión o dictamen sobre un tema jurídico, que fue la actividad preferida por los jurisprudentes romanos, recibió el nombre de *responsa prudentium*.

Las controversias jurídicas se ventilaban mediante la *disputatio* y cuando ciertas doctrinas adquirieron un consenso casi unánime, se convirtieron en *sententiae receptae*. Con la influencia helena a fines de la república, se introdujo la dialéctica en la *disputatio*, afinándose la cultura jurídica y se abrió paso la actividad didáctica: *instituere* = enseñanza elemental e *instruere* = enseñanza superior.

Dos caracteres peculiares de la jurisprudencia republicana fueron los de la gratuidad y la publicidad. Los miembros de la *nobilitas* que se dedicaron a la jurisprudencia tuvieron verdadera pasión por el derecho y a lo sumo obtenían de él, gloria y popularidad. "Porque la jurisprudencia no era una profesión que sirviese para ganar el pan, sino, en cierto modo, un deporte intelectual propio de círculos aristocráticos, los cuales no obtenían más ventaja que honor, fama y —quizá con su ayuda— una carrera política de éxitos".<sup>13</sup> Su orgullo consistía en que cada mañana (los romanos fueron muy madrugadores) gran cantidad de consultantes les aguardaran. A puertas abiertas evacuaban públicamente las consultas, hecho que a la vez servía para adoctrinar al conjunto de oyentes. Los asistentes jóvenes solían tomar notas, requerir aclaraciones al jurisprudente y presentarle casos: así, espontáneamente, surgió la enseñanza.

Más adelante se llevó a la práctica la divulgación de las *responsa prudentium* (suprimiendo los nombres de las partes), agrupándolas según un orden que devino en tradicional: testamento, mancipaciones, dote, tutela, obligaciones delictuales y obligaciones contractuales. Igualmente se acostumbró a tratar en profundidad un tema determinado, del modo en que hoy se lo hace en las monografías, y la actividad editorial se completó con comentarios, por ejemplo, a la ley de las XII Tablas, publicándose asimismo colecciones de *cautiones* y de *actiones*.

A partir de S. Elio Peto "Cato", los jurisprudentes buscaron un elemento común a los casos resueltos de modo uniforme, el que quedó fijado en una

---

<sup>13</sup> KUNKEL, ob. cit., p. 107.

*regula*, redactada clara y concisamente. El conjunto de reglas constituyó un punto de orientación para el jurista y para la enseñanza. Así se comprendió que el derecho no estaba constituido por una suma de disposiciones particulares, sino que por ser éstas las consecuencias de principios superiores, debían expresarse en una regla que los condensara.

A fines del período republicano la jurisprudencia sufrió una gran transformación por la influencia de la cultura griega, en especial por la filosofía y la retórica. Los romanos aprendieron el método dialéctico, ampliando el nudo central del supuesto jurídico sobre la base de distintas analogías, etc. La oratoria llegó a poner en peligro a la jurisprudencia, pero ésta supo reaccionar y no sucumbió. La unión de la jurisprudencia romana con la ciencia griega fructificó en una nueva ciencia, la que brindaría sus mejores logros durante el principado, especialmente en el siglo II y particularmente durante el imperio de Adriano. Pero cabe precisar que la influencia helénica no fue jurídica, sino cultural: de los griegos aprendieron los romanos el rigorismo del pensamiento científico, pero las construcciones jurídicas fueron siempre genuinamente romanas.

Un juicio certero sobre los jurisprudentes romanos de esta época nos dice que “el jurista romano no es el científico moderno que enuncia teorías en volúmenes repletos de erudición, ni el legislador en el sentido que impone su voluntad a todos, sino el *prudens*, que, con fina percepción e incomparable sabiduría, procura satisfacer las necesidades sociales en el ámbito del derecho. El jurista romano no impone el producto de sus especulaciones ni tampoco su voluntad, pero sugiere fórmulas y expedientes, construcciones y razonamientos, los que tienen valor no por un camino autoritario, sino en cuanto convencen y tienden a satisfacer una necesidad social”.<sup>14</sup>

## VI. LA JURISPRUDENCIA, ¿FUENTE DEL DERECHO?

Se trata de una cuestión bastante controvertida y sobre la que no suele haber ideas claras. Es que la mayoría de quienes se ocupan de esta cuestión sufren la confusión de identificar al derecho con la norma estatal coactivamente impuesta, y como los jurisprudentes romanos no eran productores de normas obligatorias por la autoridad pública, concluyeron negándole a la jurisprudencia su calidad de fuente del derecho. La influencia positivista se hace sentir desde mucho tiempo atrás y muchos autores no pueden aceptar que haya un derecho que no sea una normativa coactivamente impuesta por el Estado.

Pero, felizmente, la cuestión ha sido resuelta hace bastante tiempo: santo Tomás de Aquino precisó que *et ideo lex non est ipsum ius, propriis loquendo, sed aliqualis ratio iuris*,<sup>15</sup> con lo que queda desvirtuada la identidad derecho-estado que se quiere imponer. La ley es causa formal del derecho y como tal se la denomina “fuente del derecho”, pero siendo éste *ipsa res iusta*, además de la ley hay otros caminos que indican cuál sea la misma cosa justa, entre otros, la jurisprudencia. Así lo señalaba Gayo: *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus-consultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium* (Inst., 1, 2). Similar concepto

<sup>14</sup> BIONDI, *Instituzioni di Diritto Romano*, Milano, A. Giuffrè Editore, 1972, p. 31, § 11.

<sup>15</sup> *Summa*, 2-2, 57, 1, ad. 2.

aportan las Institutas justinianas: *Scriptum ius est lex, plebiscita, senatus consulta, principum placita, magistratum edicta, responsa prudentium* (I., 1, 2, 3).

Va de suyo que cuando un jurisprudente ejercía la pretura u otra magistratura iudicante o cuando asesoraba o integraba el *consilium* de estos magistrados, convertían a la jurisprudencia en una fuente indirecta de derecho. Era la magistratura, en este caso, y no el jurisprudente que la ejercía o que la asesoraba, la fuente directa de derecho.

En Roma, la jurisprudencia ha sido verdadera fuente de derecho, al punto que el derecho romano puede ser considerado como un verdadero derecho de juristas. Rotondi lo vio claro cuando escribió: “el órgano normal, típico de la evolución del derecho romano fue la jurisprudencia. En ningún otro pueblo la ciencia y la práctica de los jurisperitos tuvieron una influencia tan profunda y enérgica. En la jurisprudencia primero pontifical y luego civil, las antiquísimas instituciones quirritarias encontraron un desarrollo gradual y armónico; acompasadamente con el progreso civil de la sociedad romana, con el desarrollo de la actividad mercantil, con el complicarse las relaciones con los otros pueblos, la jurisprudencia trabajó sobre los antiguos materiales para adecuarlos a las nuevas necesidades, con una prodigiosa facultad de adaptación”.<sup>16</sup>

No obstante, Arangio-Ruiz le desconoce a la jurisprudencia romana tal valor, afirmado que los autores antiguos no lo expresaron de modo tan categórico,<sup>17</sup> lo que resulta desvirtuado por las transcripciones de las Institutas gyanas y justinianas que arriba se hicieron. Y agrega este autor<sup>18</sup> que el jurisprudente romano no hizo otra cosa que extraer de las costumbres las normas que estaban implícitas en ellas. Pese a la gran autoridad de quien lo afirma, cabe el disenso, ya que la evolución de muchas instituciones demuestra que los juristas proporcionaron soluciones abiertamente contrarias a las del viejo derecho quirritario y valgan como ejemplo —entre tantos otros— las innovaciones de Aquilio Gallo a que se hizo oportuna referencia.

Mucho más coherente es la opinión de De Francisci, quien luego de reseñar el precedente parecer de Arangio-Ruiz, enseña que “la norma implícita en la costumbre no es norma de derecho; mientras no se expresa en un principio del que no se tiene siquiera conciencia. La *revelación* de la norma es obra del jurista...”<sup>19</sup> y concluye sosteniendo que tal revelación es una verdadera creación jurisprudencial.

De todos modos, sea que los jurisprudentes romanos señalaron *lo justo* oculto en una antigua costumbre o que lo hicieron presente aun contra los términos expresos de las *mores maiorum*, han cumplido una misión que le confiere a la jurisprudencia el carácter de verdadera fuente del derecho. Y la cuestión resultará aún más clara cuando quienes abordan el tema se sepan apartar de la “estadoidolatría” a que se refería Juan Iglesias.

EDMUNDO J. CARBONE

<sup>16</sup> *Scritti*, I, 1922, p. 20. Cit. por De Francisci, *Síntesis Histórica del Derecho Romano*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1954, p. 292, n. 14.

<sup>17</sup> Ob. cit., p. 161.

<sup>18</sup> Ob. cit., p. 162.

<sup>19</sup> Ob. cit., p. 301, n. 19.

<sup>20</sup> Nota 6.

## INTRODUCCIÓN A GIORGIO DEL VECCHIO

### I. LAS BASES DE LA DOCTRINA

Giorgio Del Vecchio (1878-1970), quien fuera profesor y luego Rector de la Universidad de Roma, frecuentó la escuela de eximios profesores que, entre positivistas como Cavagnari y Vanni y hegelianos como Guelfi y Lasson, iniciaron y formaron su vida consagrada al estudio de la realidad jurídica.

Nos encontramos frente a un autor que busca la verdad y que no escribe con preconceptos. Luis Vela S. J., que estudió el pensamiento de Del Vecchio en todos los aspectos de su especulación filosófico-jurídica, dice, como consideración final de su estudio:

“En la doctrina delvecchiana no hay estridencias ni apasionamientos. No existen preconceptos. Ni fines bastardos y mixtificados. Ni segundas intenciones subjetivas. Es el suyo un espíritu virgen y abierto. Busca la verdad. Toda y sola la verdad”.<sup>1</sup>

Es una exposición compacta y orgánica llena de respuestas para todos los interrogantes de la Filosofía del Derecho. Su libro escolástico, *Lezioni di Filosofia del Diritto* es un compendio de su profundo pensamiento.

Es posible decir que la historia fue su escuela. Conoció los “ismos” de diversas corrientes y muchos influenciaron en él, aunque no se haya decidido por uno en particular hasta sus últimas consecuencias.

¿Cuáles fueron las principales influencias en Giorgio Del Vecchio?

Influyeron los estoicos y Aristóteles, pero antes predominan los influjos de Platón y los neoplatónicos.

La simpatía por Cicerón y los juristas romanos es notable. A Cicerón lo nombra en los momentos más importantes del desarrollo de sus definiciones y doctrinas.

San Agustín se revela muchas veces en Del Vecchio y su huella es muy profunda.

Además de los motivos idealísticos, el Aquinate está siempre presente en su obra, especialmente en su producción final.

Nos hacemos la siguiente pregunta: ¿Se podría prescindir de Immanuel Kant? Debemos responder que no ciertamente. Del Vecchio lo conoce a fondo y su terminología es usada a lo largo de cada una de sus obras. El mismo, al referirse al problema del conocimiento nos dice:

<sup>1</sup> LUIS VELA, *El derecho natural en Giorgio Del Vecchio*.

“Yo estudié particularmente la doctrina de Kant. Sin jamás adherir a ella enteramente, yo acepté sin embargo de la misma, algunos importantes principios: sobre todo la distinción entre los elementos universales *a priori*, que preceden lógicamente la experiencia y que son la condición; y los elementos *a posteriori*, que son el resultado de la misma experiencia”.<sup>2</sup>

Por eso se lo clasifica de neokantiano. Esto lo caracterizó en sus comienzos y varios autores que se han ocupado de su producción así lo califican. Smith dice, por ejemplo:

“Otro notable autor de filiación neokantiana, que ha aportado valiosos esfuerzos al progreso de las concepciones iusfilosóficas es Giorgio Del Vecchio”.<sup>3</sup>

También Mantilla Pineda:

“Giorgio Del Vecchio, de filiación neokantiana...”.<sup>4</sup>

Y Urdanoz, en el comentario a la II-IIae. q.57, dice:

“El formalismo neokantiano no ha sido superado por aquellas teorías jurídicas que, como las de Stammler, Sthal o Del Vecchio, han llegado al reconocimiento del derecho natural”.<sup>5</sup>

En los libros escolásticos se lo ubica dentro de la misma corriente y subrayando su evolución se afirma que fue fiel a su formación de origen:

“Figura de gran influencia fue la del italiano Giorgio Del Vecchio, quien, desde sus posiciones idealistas, evolucionó hasta posturas cercanas al tomismo pero conservando rasgos idealistas de raíz kantiana”.<sup>6</sup>

No queremos dejar pasar este punto al hacer las consideraciones previas sobre la filiación kantiana del nuestro autor. Por eso, aunque nuestro propósito no es el estudio de toda la realidad en el universo jurídico de Del Vecchio, trataremos de acentuarlo especialmente.

Aparece previamente la figura de Thomasio a quien corresponde señalar antes de llegar a Kant. Thomasio,<sup>7</sup> según el espíritu de la Aufklärung, otorga a

<sup>2</sup> G. DEL VECCHIO, “Souvenirs d'un philosophe du droit”, en *Archives de Philosophie du Droit*, 6. París, 1961, pp. 141-142, citado por B. MONTEJANO, *Curso de Derecho Natural*, p. 209.

<sup>3</sup> J. C. SMITH, *El desarrollo de las concepciones iusfilosóficas*. La Plata, 1964, p. 128.

<sup>4</sup> B. MANTILLA PINEDA, *Filosofía del Derecho*, p. 244.

<sup>5</sup> T. URDANOZ, *Introducción a la II-IIae. q. 57*, B. A. C., t. VIII, p. 211.

<sup>6</sup> M. SANCHO IZQUIERDO-J. HERVADA, *Compendio de Derecho Natural*, Pamplona, 1980, t. I; Pamplona, 1981, t. II, p. 375.

<sup>7</sup> THOMASIIUS CHRISTIAN (hijo de Jakob, ambos filósofos del derecho), nace en Leipzig, 1655, y muere en Halle en 1728. - “Prosegue l'opera del Pufendorff (...)”. “Il T. prende le mosse dalla posizione dell'uomo nel mondo e nella natura e, al di sopra ogni differenza particolare, cerca di determinare il carattere della specie umana per mezzo di tre istinti fondamentali: il desiderio di benessere, la paura del dolore e la morte, e l'avidità di possesso e di dominio. Finché la ragione non prenda a guidare questi istinti, l'uomo rimane nello stato di natura, che non è sempre e necessariamente guerra di tutti contro tutti, ma, in cui senza dubbio, la guerra prevale sulla pace. Per uscirne è necessaria una norma razionale, promulgata da chi, per una felice mescolanza dei tre istinti fondamentali, si trovi in una situazione di superiorità spirituale sugli altri. (...). Al Pufendorff, il T., si oppone nel sostenere l'indipendenza del diritto naturale, fondato sulla pura ragione, dalla volontà del Legislatore Divino”. (Cfr. *Enciclopedia Filosofica*, Centro di Studi Filosofici di Gallarate, Firenze, 1967 2), p. 458.

la filosofía un fin práctico: la ética se refiere exclusivamente a la conciencia del sujeto y el derecho regula solamente la relación con los demás. La distinción entre moral y derecho es absoluta y no tienen punto de contacto concediéndole al derecho ciudadanía en el fuero externo únicamente, estableciendo un régimen de coexistencia y teniendo como principio fundamental no ofender a los otros.<sup>8</sup>

La separación estaba, de esta manera, ya formulada y tuvo como consecuencia principal el dejar al derecho como un ordenamiento puramente mecánico de los actos humanos, especialmente a causa de la concepción de perfección que se le otorgará por poseer el poder de coacción.

Los elementos de Thomasio<sup>9</sup> llevan a consideración la separación absoluta como realidades que se miran de frente pero caminan por vías paralelas.

Nuestro autor dice:

*“Kant non fece in sostanza che ripeterli”*.<sup>10</sup>

y vuelve a la misma observación cuando dice:

*“Nella filosofia del diritto il Kant non fue grande novatore; egli soltanto corresse e chiari con metodo rigoroso l'antico procedimento della scuola del diritto naturale”*.<sup>11</sup>

Con estas dos afirmaciones, Del Vecchio pone en claro que Kant no funda una escuela de pensamiento donde la filosofía del derecho ocupa un lugar especial, sino que sigue un camino ya comenzado de antemano. No podía ser de otra manera: las líneas trazadas por Thomasio resultarán muy tentadoras para que el criticismo kantiano no partiera de ellas, especialmente en lo referente al problema ético-jurídico (problema clave por muchos títulos).

No expondremos ahora el pensamiento de Kant sobre el tema. Simplemente queremos dejar asentada su influencia sobre el de nuestro autor, especialmente en sus primeros tiempos, como ya lo señalamos anteriormente, lo cual sirve abundantemente para demostrar por qué se ganó el título de “autor neokantiano”.

¿En qué puntos aparece como más notoria esta influencia, teniendo en cuenta la particularidad de nuestro tema?

Podemos clasificarlos de la siguiente manera:

a) *Da a la especulación una dirección prevalentemente lógica*

Kant distingue un elemento subjetivo y otro objetivo y así, el conocimiento, implica una “relación” entre un dato objetivo y uno subjetivo (cada experiencia, por ejemplo, supone alguien que experimente); la realidad, en cuanto viene

<sup>8</sup> Cfr. G. DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*. Milano, 1965<sup>13</sup>, p. 57.

<sup>9</sup> Distingue las normas del obrar y las ciencias correspondientes en tres especies: la ética, la política y la jurisprudencia; la ética tiene por principio el *honestum*, la política: el *decorum* y el derecho: el *iustum*.

<sup>10</sup> DEL VECCHIO, *Lezioni...*, p. 152.

<sup>11</sup> DEL VECCHIO, ob. cit., p. 69.

conocida por nosotros, está sujeta a las modificaciones y a las leyes de nuestra mente, quien se transforma en dueña y señora del conocimiento y subordina a ella la realidad.

De este modo, dice Viglietti, se ha nivelado el relativismo puro de Kelsen, de Laun, de Spiropoulos, para los cuales no existen verdades absolutas o, si existen, son incognoscibles por parte del hombre.<sup>12</sup>

Todo concepto es por pura abstracción del espíritu, lo que importa es razonar lógicamente sobre la base de los conceptos recogidos como presupuestos.

Para esta corriente, la filosofía es reducida a un virtuosismo lógico, destinado a desembocar en el escepticismo y el arbitrio.

Del Vecchio evita enrolarse en las filas del puro kantismo por su espíritu abierto y dinámico, como demuestra la evolución de su pensamiento, pero encuentra en el método lógico la base de toda investigación ya que la realidad empírica es subsidiaria de la lógica.

Basta un claro ejemplo al leer sus mismas palabras:

*"Coll'analisi logica qui si deve definire un criterio insito, nella nostra mente, si che l'esperienza appresta un sussidio, ma non la base della ricerca".<sup>13</sup>*

b) *El a priori*

Del Vecchio está de acuerdo en que la crítica kantiana tuvo el mérito de corregir el inmanentismo antiguo que sostenía que las ideas están siempre presentes en nuestra mente y está de acuerdo también en que se deb partir d un principio *a priori* que, dice:

*"si ricava della considerazione trascendentale della natura umana".<sup>14</sup>*

Para entender el *a priori* en nuestro autor, se debe recordar que trata de encontrar una noción omnicompreensiva de los fenómenos ético-jurídicos. Se aparta del idealismo, especialmente del hegeliano que absorbía el hecho en la idea y del positivismo que llegaba al extremo opuesto. Por ello, afirma de sí mismo:

*"ricorsi alla critica della conoscenza, e studiai specialmente le dottrine del Kant".<sup>15</sup>*

Y, de Kant, retoma especialmente que la idea de derecho es un *a priori*, deducida de la pura razón, desde donde se valorarán los hechos e, incluso, el derecho positivo, por ser también él, en cuanto positivo, un hecho.<sup>16</sup>

Que el *a priori* de Del Vecchio no sea utilizado en forma distinta que en Kant, el mismo Vela se encarga de afirmarlo:

---

<sup>12</sup> Cfr. V. VIGLIETTI, *Le premesse metafisiche della dottrina di Giorgio Del Vecchio*, p. 33.

<sup>13</sup> G. DEL VECCHIO, *Lezioni...*, p. 205.

<sup>14</sup> G. DEL VECCHIO, *ob. cit.*, p. 205.

<sup>15</sup> G. DEL VECCHIO, *Presupposti. Concetto e principio del Diritto*. Milano, 1959, p. 89.

<sup>16</sup> Cfr. G. DEL VECCHIO, *Lezioni...*, p. 205.

"El *a priori* de Del Vecchio, quien no se aparta en esto de Kant...".<sup>17</sup>

Tanto Kant como nuestro autor sostienen que los elementos *a priori* pertenecen a un orden lógico que no es innato. Pero la adquisición no viene de la observación de la experiencia sino que (pensamiento oscuro y tal vez inexplicable), proviene de las mismas leyes del espíritu y de la mente.<sup>18</sup>

### c) El "imperativo ético"

La norma ética no es sólo una actitud psicológica, sino también, constituye un imperativo ético, un dictamen práctico, que Del Vecchio expresa así:

*"Opera, in fine, nella coscienza della pura spontaneità delle due determinazioni, dell'assolutezza e universalità del tuo essere, quindi anche (poiché non altro significa ciò) della tua identità sostanziale coll'essere di ogni altro soggetto".*<sup>19</sup>

La necesidad moral, expresada en otro artículo, de seguir el imperativo ético, es atestiguada por un sentimiento puro e irreductible, que es autorrelación del sujeto en su propia íntima naturaleza y es más bien la negación de toda exterioridad.<sup>20</sup>

Por eso el imperativo ético, en cuanto exigencia categórica e inagotable, es inmanente a nuestro espíritu.

No queremos bautizar el criterio ético-jurídico de Del Vecchio antes de exponer su doctrina. Solamente se trata de señalar las bases de su doctrina y de sus principales influencias.

Para terminar, podemos agregar que, para algunos, toda esta influencia que pesa sobre Giorgio Del Vecchio y que no siempre es homogénea, le hace tomar una posición que puede llamarse ecléctica.

De hecho, su filosofía jurídica está integrada por ingredientes extraídos de sus conocimientos platónicos, de su racionalismo idealista y de su lectura y profundización del iusnaturalismo clásico, bien marcado este último en su segunda etapa.

Vela dice:

"Del Vecchio es sana y originariamente ecléctica, aunque algunos se escandalicen de todo eclecticismo por no entenderlo".<sup>21</sup>

En Montejano, el eclecticismo del autor es visto de la siguiente manera:

"Platonismo por un lado, racionalismo por el otro, pues Del Vecchio es tributario de la filosofía racionalista a la que llega a confundir con el derecho natural clásico cuando escribe que «ninguna sustancial contradicción hay entre racionalismo e iusnaturalismo clásico: todo está en comprender lo que debe entenderse exactamente por razón»".<sup>22</sup>

<sup>17</sup> L. VELA, *El derecho natural en Giorgio Del Vecchio*, p. 29.

<sup>18</sup> Cfr. G. DEL VECCHIO, *Lezioni...*, p. 205.

<sup>19</sup> G. DEL VECCHIO, *ob. cit.*, p. 360.

<sup>20</sup> Cfr. G. DEL VECCHIO, *Mutabilità et eternità du Droit*, p. 9.

<sup>21</sup> L. VELA, *El derecho natural en Giorgio Del Vecchio*, p. 230.

<sup>22</sup> Cfr. B. MONTEJANO, *Curso de Derecho Natural*. Buenos Aires, 1978 2, p. 211.

“Lo que sucede —continúa— es que el racionalismo y el iusnaturalismo clásico entienden por razón algo distinto. Para el primero la razón es creadora y constitutiva del orden; en cambio, para el segundo, la razón sólo lo descubre y discierne”.

“Pero Del Vecchio insiste en la conciliación de lo inconciliable y trata de conjugar sus bases kantianas con el iusnaturalismo tradicional”.<sup>23</sup>

## 2 GIORGIO DEL VECCHIO Y SU PUNTO DE VISTA EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Cada doctrina o cada concepción filosófica, incluso la jurídica, es estudiada en el marco del ambiente histórico del cual ha salido o al menos se ha desarrollado.

Una concepción filosófica es siempre una conquista del espíritu a la que se llega por medio de la intuición y de la reflexión. Es el producto de luchas internas que implican la mente del autor, el ambiente que lo rodea y las otras doctrinas que existen e influyen en la sociedad en la que el autor desarrolla su concepción.

Cada hombre es hijo de su tiempo; particularmente el jurista.<sup>24</sup> Los factores externos concurren a condicionar, en cierta manera, el producto doctrinal de cada autor, viniéndose a sumar a la situación del entorno cultural de su situación.

Cuando Giorgio Del Vecchio transcurría su vida en las aulas universitarias (hacia el final del siglo pasado y el comienzo del nuestro), la especulación filosófica del derecho no había dado aún sus primeros pasos y en algunas universidades estaba reducida al mínimo como efecto del positivismo reinante:

*“Nella seconda metà del secolo scorso le grandi conquiste della scienze fisiche e matematiche avevano inorgoglito l'uomo spingendolo a credere nel definitivo spodestamento di Dio nel campo della storia. Nei gabinetti anatomici si cercava l'anima col coltello con la bilancia di precisione, e si ascriveva a trionfo del materialismo il risultato negativo di tali insensate ricerche”*<sup>25</sup>

El mismo Del Vecchio afirma:

*“La tendenza predominante tra i giuristi, negli ultimi decenni del secolo XIX e nei primi del nostro, fu dichiaratamente nel senso di riconoscere come vero diritto solamente quello positivo; considerando perciò questo oggettivo, apposto a la parola diritto, come un mero «pleonasmò», quale lo dichiarò, per es., il Bergbohm in quella sua opera *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (1892), che è tutta una proissima e per verità poco convincente requisitoria contro il diritto naturale”*.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> B. MONTEJANO, ob. cit., p. 211. Además, este autor argentino cita un texto del mismo Del Vecchio que dice: “La inexactitud de ciertas fórmulas por las cuales algunos han definido mi manera de pensar, calificándola, por ejemplo, de neokantiana; fórmula que no es del todo errónea si por ella han querido designar el método crítico que yo he seguido, pero que es ciertamente inadecuada si ella deja en la sombra el papel esencial que jugaron, en la formación de mi pensamiento, las doctrinas clásicas grecorromanas y sobre todo los principios de la ética cristiana, en los cuales yo dije siempre, he firmemente creído”. (Cfr. DEL VECCHIO, “Souvenirs d'un philosophe du droit”, *Arch. de Ph. di Dr.*, París, 1961, p. 146, citado por B. MONTEJANO, ob. cit., pp. 211-212).

<sup>24</sup> V. VIGLIETTI, *Le premesse metafisiche della dottrina di Giorgio Del Vecchio*, p. 29.

<sup>25</sup> V. VIGLIETTI, ob. cit., p. 30.

<sup>26</sup> G. DEL VECCHIO, “Dispute e conclusioni sul diritto naturale”, en *Justitia*, ts. I-II, (1948), p. 5.

Pero también otra corriente de pensamiento iba ganando camino. El idealismo que partía de la conquista de la especulación kantiana sobre el conocimiento, se afirmaba cada vez más con un fondo hegeliano.

Con sus primeros ensayos titulados: "Il sentimento giuridico" (1902), "L'Etica evolucionista" (1902), "La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino nella rivoluzione francese" (1903), "Diritto e persona umana" (1904), nuestro autor opuso, frente al positivismo entonces dominante, una vigorosa corriente de reivindicación realista del derecho y que reelaborara a través de sus publicaciones posteriores.

Otras obras suyas, como por ejemplo: *I presupposti filosofici della nozione del diritto* (1905), *Il concetto del diritto* (1906) y, sobre todo *Il concetto della natura e il principio del diritto* (1908), demuestran su intento de conciliar críticamente las exigencias de un ideal absoluto de justicia con el estudio objetivo del derecho positivo.

Del Vecchio se encontró en la confluencia de estos tipos de pensamiento enraizados en la sociedad de su época y defendidos por los juristas de su tiempo.<sup>27</sup>

Nuestro autor ponía de relieve la insuficiencia de la filosofía positivista (en todas sus gamas), no sólo para exponer lógicamente la problemática del derecho, sino también para resolver todo lo que se inducía de sus propios planteos. De la pura observación del fenómeno, el positivismo no llega a descubrir los caracteres de la esencia del hombre y de la naturaleza de sus leyes. Spencer, escribe nuestro autor, no ha llegado a comprender el fundamento de la moral y del derecho, cosa inevitable dadas sus premisas, porque la sola afirmación de los fenómenos naturales no puede conducir a descubrir la esencia del hombre y las leyes de su conciencia.<sup>28</sup>

Tampoco la doctrina historicista fascinó a Del Vecchio porque le parecía incapaz de resolver el problema. La afirmación de esta corriente de que "el dere-

---

<sup>27</sup> Cfr. A. FALCHI, *Le esigenze metafisiche della filosofia del diritto e il valore dell'a-priori*. Sassari, 1910, pp. 146-148, ej. 152-154; ID., *La teoría del diritto nel sistema della Filosofia giuridica*. Cagliari, 1926.

En cuanto a las fases de la actividad especulativa delvecchiana, Viglietti señala dos: la primera, donde prevalece la investigación en torno al problema gnoseológico del derecho y, la segunda, donde prima el problema deontológico del mismo. Ambos períodos se encuentran demarcados por la Primera Guerra Mundial que dio origen a su pequeño opúsculo "Le ragioni morali della nostra guerra" (1915), con el cual se inicia el período de plena madurez especulativa debido al profundo recogimiento meditativo frente al problema moral y contiene los primeros resultados prácticos de la profundización sobre el valor de la persona. Al primer período pertenecen, entre otros: "Il sentimento giuridico" (1902), "L'Etica evolucionista" (1902), "Il comunismo giuridico di Fichte" (1905), "I presupposti filosofici della nozione del diritto" (1905), "Il concetto del Diritto" (1906), "Il concetto della natura e il principio del diritto" (1908), "Sulla positività come carattere del diritto" (1911). "La comunicabilità del diritto e le idee di Vico" (1911). Pertenecen al segundo: "Le ragioni morali della nostra guerra", "Sui principi generali del diritto" (1921), "Moderne concezioni del diritto" (1921a), "La Giustizia" (1923), "Sulla statualità del diritto" (1928), "Lezioni di Filosofia del diritto" (1930), "La crisi della scienza del diritto" (1933), "Giustizia e diritto" (1934) y otros que iremos nombrando a través del tratado. (Cfr. V. VIGLIETTI, *Le premesse metafisiche della dottrina de G. Del Vecchio*, pp. 22-26).

<sup>28</sup> G. DEL VECCHIO, *Lezioni...*, p. 143.

cho no tiene más fundamentos que los hechos que lo determinan”,<sup>29</sup> le hacía pensar como que los historicistas habían olvidado que la “explicación” es una cosa muy diversa de la “justificación”.

Sin embargo, dice Gonella, la crítica al historicismo no impidió a Del Vecchio dar su justo valor al estudio de los orígenes y de la evolución histórica del derecho.<sup>30</sup> Al decir que combate el historicismo, no se afirma con ello que niegue la influencia de la historia, sino que reconoce un progreso jurídico basado en la emergencia progresiva de las prerrogativas esenciales de la persona humana en el derecho.

Del Vecchio llega a la especulación del derecho, revalorizando el concepto universal (*quid ius*) mucho más amplio y elevado que el de la ciencia particular que sólo trata de las manifestaciones concretas del fenómeno jurídico.

El autor da por sentado que su filosofía del derecho, ni niega ni pretende sustituir la jurisprudencia porque la reconoce como necesaria ciencia del derecho positivo; ni niega la lógica de la cual tiene necesidad para la determinación del concepto del derecho; ni tampoco niega la historia, como ya vimos genéricamente, de la cual se sirve como fuente reveladora del proceso positivo del derecho; finalmente no niega la sociología que es considerada en su justo valor, o sea como ciencia, en parte sometida y en parte extraña a la filosofía del derecho.

De todo el desarrollo de su compacta doctrina, de sus concepciones y explicaciones, no siempre claras en sus conclusiones pero siempre lógicas respecto de sus bases, nos interesa, de modo particular, su punto de vista sobre el criterio jurídico y su relación con la moral.

El autor parte de una afirmación:

*“La filosofia del diritto fa parte della Filosofia pratica o Etica (in senso lato), che studia i principi regolatori dell’operare. Uno di tali principi è appunto il diritto; mentre un’altra parte della stessa filosofia è costituita dalla morale (o Etica in senso stretto)”.*<sup>31</sup>

En la filosofía del derecho delvecchiana existe un paralelismo constante entre ambas disciplinas.<sup>32</sup> Derecho y moral son dos momentos del obrar humano que no se excluyen porque tienen el mismo contenido y dado que ambos pertenecen a un mismo “sistema ético”, el cual parece ser entendido por Del Vecchio, como un conjunto coherente de reglas de conducta.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> Cfr. G. DEL VECCHIO, ob. cit., pp. 91-95.

<sup>30</sup> Cfr. G. GONELLA, *Diritto e Morale*, Milano, 1960, p. 297.

<sup>31</sup> G. DEL VECCHIO, *Lezioni...*, p. 199.

<sup>32</sup> Las primeras formulaciones de la distinción y relación entre la moral y el derecho datan ya de 1908 en *Il concetto del diritto*; son retomadas luego en sus *Lezioni* y la posición final está expuesta en “L’uomo iuridicus e l’insufficienza del diritto come regola della vita”, publicada en italiano en la *Rivista di Filosofia del Diritto*, XVI 1936, pp. 131-157.

<sup>33</sup> Cfr. N. BOBBIO, “Diritto e Morale nell’opera di Giorgio Del Vecchio”, en *Scritti vari di filosofia del diritto raccolti per l’inaugurazione della Biblioteca G. Del Vecchio*. Milano, 1961, p. 77.

Esta consideración que le sirve al autor para el desenvolvimiento del núcleo de su especulación iusfilosófica es, a su vez, punto de partida y punto de llegada. Es punto de partida, como dijimos, porque su consideración sobre la moral y, especialmente, el derecho, nace de la existencia de un sistema ético con dos criterios de reglas de conducta que lo constituyen. Es punto de llegada porque el sistema es a su vez la conclusión de una investigación tripartita que pertenece al método mismo de la filosofía del derecho.

¿Qué es para Del Vecchio la filosofía del derecho?

Haremos una breve exposición de su concepto retro trayendo las divisiones y preconceptos que utiliza nuestro autor.

Para Del Vecchio, la filosofía del derecho es una rama de la filosofía que estudia los conceptos universales del derecho. Forma parte de la filosofía práctica, como ya señalamos antes, puesto que la filosofía teórica se ocupa de otra cosa, a saber: estudia los primeros principios de la ontología y de la gnoseología. A su vez, la filosofía práctica se divide en dos:

*"La Filosofia pratica studia i primi principi dell'operare, e si distingue in Filosofia Morale e Filosofia del Diritto".<sup>34</sup>*

La filosofía del derecho estudia el derecho *in universal* y la jurisprudencia el derecho *in particular*, transformándose ésta en ciencia jurídica.

Del Vecchio nos lega la siguiente definición: Es

*"la disciplina che definisce il diritto nella sua universalità logica, ricerca le origini e i caratteri generali del suo svolgimento storico, e lo valuta secondo l'ideale della giustizia desunto della pura ragione".<sup>35</sup>*

La definición posee una fuerte dosis de afirmación de la concepción universalística que distingue la filosofía del derecho frente a la jurisprudencia y que es, a su vez, la característica más importante que las diferencia y las complementa.

Su función es notablemente sintética ya que los datos referidos por el conocimiento humano, especialmente en la ciencia jurídica, son universalizados por la Filosofía. Esta universalización sintética va precedida por una actividad de tipo analítica sobre los mismos datos recibidos "*secondo l'ideale della giustizia*" (cfr. definición).

Haciendo un comentario a la definición del autor, dice Vela:

*"Lo propio de la filosofía del derecho es dar una visión racional sintética del universo".<sup>36</sup>*

Resumiendo: la filosofía del derecho, según el autor, tiene dos características:

— Es universal: ya que el mismo derecho en universal constituye su objeto propio;

<sup>34</sup> G. DEL VECCHIO, *Lezioni...*, p. 191.

<sup>35</sup> G. DEL VECCHIO, *Lezioni...*, p. 194.

<sup>36</sup> L. VELA, *El Derecho Natural en Giorgio Del Vecchio*, p. 11.

- Es analítico-sintética: porque los datos de los múltiples sistemas jurídicos son revisados, criticados y sintetizados por ella.

Estas actividades, implícitas en su propia definición, suponen el uso de un método en orden a la consecución de lo específico de la filosofía del derecho. A estos métodos, *Del Vecchio* los llama investigaciones *recherche*).

¿Cuántos y cuáles son estos métodos?

Son tres y se clasifican como investigación:

- lógica
- fenomenológica
- deontológica.

La *investigación lógica*, nos lanza sobre lo universal del derecho. Es propio de todo investigador jurídico llegar a saber *quid ius* o sea lo que se debe entender, en sentido general, por derecho. Esto no puede hacerlo la ciencia jurídica porque trasciende su competencia ya que sólo puede responder qué cosa establece el derecho en un determinado sistema.

En esto, sigue ciertamente a Kant y *Del Vecchio* mismo lo reconoce al decir:

*"Come giustamente è stato detto del Kant, le scienze giuridiche non rispondono alla domanda: quid ius?; ma solo alla domanda: quid iuris?"*<sup>37</sup>

La *investigación fenomenológica* es producto de los datos (o fenómenos) que otorga la existencia del derecho en todos los pueblos y en todos los tiempos. Esta experiencia lleva a una doble conclusión:

- que el derecho es un fenómeno común
- que el derecho es producto de la misma naturaleza humana.

Por lo tanto, lo propio de esta investigación es:

*"il bisogno di approfondire ed estendere le indagini, fino a comprendere il diritto come fenomeno universalmente umano"*<sup>38</sup>

Hace ver así que los distintos sistemas que regulan el comportamiento social de los pueblos no pueden reducirse al producto de una contingencia y, a su vez, su misma existencia no nos da, sólo por ello, el fundamento de la existencia del derecho en general.

La *investigación deontológica* está destinada a la búsqueda de lo que debe o debería ser en el derecho, frente a lo que es. Su proceso es propio de la mente humana que jamás permaneció pasiva frente al derecho y nunca se conformó con solamente confirmar su existencia. Surge, de este modo, un trabajo de investigación contraponiendo una verdad ideal a una realidad empírica.

<sup>37</sup> G. DEL VECCHIO, *Lezioni...*, p. 192.

<sup>38</sup> G. DEL VECCHIO, *Lezioni...*, p. 192.

La deontología es la ciencia de lo que debe ser y está presente cada vez que alguien juzga el valor de una afirmación, de un sistema o de una ley positiva. Es una especulación sobre el ideal, que se podría traducir también como un aspecto de la infatigable búsqueda del hombre por conocer la verdad.<sup>39</sup>

Podríamos sintetizar el pensamiento de Del Vecchio sobre las tres investigaciones propuestas del siguiente modo:

- La investigación lógica nos demuestra la existencia del derecho en sí, al responder a la pregunta, *quid ius?*
- La investigación fenomenológica expone la necesidad de la existencia del derecho al constatarlo en todos los pueblos y tiempos, de tal modo que puede llamárselo “metahistórico”.<sup>40</sup> Además, como señala oportunamente Orecchia:

*“Illustra come il diritto è sorto e come si è sviluppato storicamente, nel fatto”.*<sup>41</sup>

La investigación deontológica conduce a la confirmación de la existencia del derecho natural, recurriendo a la naturaleza humana,<sup>42</sup>

*“ossia cercare nella coscienza del nostro essere il fondamento ultimo del diritto”.*<sup>43</sup>

Esta trilogía delvecchiana, tan importante para comprender al autor en el método que utiliza para la investigación filosófico-jurídica (se diría más bien indispensable), no es, en toda su extensión, una originalidad suya. Graneris, por ejemplo, señala que existen tres problemas en la filosofía del derecho, a saber: el de la noción “que es un problema lógico y se resuelve con la búsqueda del ideal jurídico”; el ontológico, “problema del deber ser” y “se resuelve con la búsqueda de su fundamento o, como dicen otros, en la idea o ideal de derecho”; y el problema deontológico que es “el problema del método” y “se resuelve con las condiciones de vida del precepto jurídico, acompañándolo desde su nacimiento (normas de *iure condendo*) hasta su perfecta actuación (normas de *iure interpretando et applicando*)”. Y agrega: “esta es la verdadera deon-

<sup>39</sup> Cfr. G. DEL VECCHIO, *Lezioni...*, p. 194.

<sup>40</sup> Cfr. G. DEL VECCHIO, *ob. cit.*, p. 193.

<sup>41</sup> R. ORECCHIA, *La Filosofia del Diritto nelle Università Italiane 1900-1965*, p. XIV.

<sup>42</sup> Nótese que Del Vecchio, define a la naturaleza humana como *coscienza del nostro essere* (cfr. *sup.*).

Sin embargo, para nuestro pensador, la naturaleza humana puede ser entendida desde varios puntos de vista. Distingue entre: naturaleza desde el punto de vista físico (“*La totalità del reale empirico, e, più precisamente, il collegamento di tutti i fenomeni sotto la specie di causalità*” (*Lezioni...*, p. 364) y metafísico (“*principio vivente, che abita la mole dell'universo e si esprime nell'infinita e progressiva varietà del suo svolgimento; è quella sostanza, che riconosciamo già immune delle angustie della causalità; è la ragione interiore che dà norma a tutte le cose, e assegna loro proprie funzioni e fini*”, *Lezioni...*, p. 366). En realidad, el tema de la naturaleza en Del Vecchio (y especialmente el de la naturaleza humana) admite un cuidadoso estudio y profundización debido a la variada utilización del término por parte del autor y que se trata en el presente trabajo al desarrollar el fundamento del derecho.

<sup>43</sup> G. DEL VECCHIO, *Lezioni...*, p. 363.

tología del derecho porque no describe su deber ser en abstracto y en este estado separado, sino que le indica la vía concreta para actuar aquel ideal en los límites de lo posible".<sup>44</sup>

Es posible ver cómo lo que Graneris llama ontológico, para Del Vecchio es "deontológico", aunque no se descarta que también para éste sea ontológico. También cuando Del Vecchio habla de investigación positiva, Graneris utiliza la expresión: "ciencia jurídica".

Siempre refiriéndonos a la triple investigación, Vela señala que también está "sustancialmente en Vanni" (*Filosofía del diritto*, Bologna, 1904, p. 16), y agrega un comentario de López de Oñate (*Compendio di Filosofia del Diritto*, Milano, 1944, p. 28) quien sostiene: "la triple división sólo tiene sentido en los sistemas dualísticos, es decir, en los que se mantiene una distinción precisa entre realidad (objetividad) e idealidad (subjetividad). No se trata, por lo tanto, según él, de una división esencial a la filosofía del derecho en cuanto tal".<sup>45</sup>

El nexo entre las tres investigaciones, lógica, fenomenológica y deontológica, da como resultado la *función práctica* que tiene la filosofía del derecho, función reconocida por Del Vecchio porque:

*"insegna e prepara il riconoscimento positivo dell'ideale giuridico"*.<sup>46</sup>

De hecho basta recordar, dice, que la Revolución Inglesa (1688), la Norteamericana (1774-1776) y la Francesa (1789) fueron precedidas y acompañadas por escritos filosófico-jurídicos; además de la influencia de Francisco de Vitoria, de Alberico Gentili, de Immanuel Kant y de otros en el derecho internacional, el de Beccaria y otros filósofos en el derecho penal, etc. Pero, sobre todo, destaca bien Giorgio Del Vecchio:

*"La filosofia del diritto è per sua natura nemica della tirannide (benché anche questa abbia trovato talvolta in essa i suoi teorici difensori)"*.<sup>47</sup>

Mientras exista una opresión del hombre sobre el hombre, continúa Del Vecchio, *"la filosofia del diritto sarà sempre una Philosophia militans"*.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> Cfr. G. GRANERIS, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*. Buenos Aires, 1977<sup>2</sup>, p. 8.

<sup>45</sup> Cfr. L. VELA, *El Derecho Natural en Giorgio Del Vecchio*, p. 12.

Lo que dice López de Oñate es un punto de vista que podría aplicarse a las conclusiones delvecchianas, pero nunca a la especulación de Graneris.

<sup>46</sup> G. DEL VECCHIO, *Lezioni*..., p. 194.

<sup>47</sup> G. DEL VECCHIO, *Lezioni*..., pp. 194-195.

Recordemos las palabras que, sobre este tema, Sófocles pone en boca de Antígona cuando responde a Creonte quien pregunta si ella ha osado transgredir su ley:

"Para mí no fue Zeus quien proclamó tal cosa / ni Dike que mora con los dioses infernales / quien dispuso tales normas a los hombres / ni creo que tus decretos son tan poderosos / que un mortal pueda pasar por alto / las leyes no escritas e inmovibles de los dioses. / Porque éstas no son de hoy ni de ayer / sino que permanecen para siempre y nadie sabe cuándo aparecieron". SÓFOCLES, *Antígona*, II, pp. 450-457.

<sup>48</sup> Cfr. G. DEL VECCHIO, *Lezioni*..., p. 195.

La función práctica que Del Vecchio reconoce a la filosofía del derecho la ubica en un quehacer dinámico, que no sólo observa y juzga sino que es protagonista de la evolución jurídica:

*"Sintetizzando la storia e speculando l'ideale, la Filosofia del diritto si fa intermediaria fra quella e questo, ministra del progresso del diritto".*<sup>49</sup>

Pero la filosofía que desarrolla nuestro autor tiene su principal acento en la concepción del derecho o criterio jurídico que, en su relación con la moral, se transforma en el núcleo de su especulación jurídica.<sup>50</sup>

ARIEL DAVID BUSO

---

<sup>49</sup> G. DEL VECCHIO, ob. cit., p. 194.

<sup>50</sup> Es indispensable la lectura del artículo *L'homo juridicus et l'insuffisance du Droit comme règle de vie*, donde presenta, además de las concepciones de moral y derecho, las distinciones y relaciones de ambas.

## EL REQUISITO DE LA FE PERSONAL PARA LA CONCLUSIÓN DEL PACTO CONYUGAL ENTRE BAUTIZADOS SEGÚN LA EXHORTACIÓN APOSTÓLICA "FAMILIARIS CONSORTIO"

(Con expresa autorización de su autor y director de Ius Canonicum, de la Universidad de Navarra, reproductimos este trabajo publicado en la revista indicada, vol. XXIII, nº 45, 1983, p. 201 y ss.).

SUMARIO: I. LOS TÉRMINOS DEL PROBLEMA EN LA DOCTRINA Y SU INCIDENCIA PRÁCTICA EN LA RECIENTE LEGISLACIÓN PARTICULAR. — II. EL TEMA EN EL SÍNODO DE OBISPOS. — III. FE Y SACRAMENTO DEL MATRIMONIO EN LAS PROPUESTAS DE LOS PADRES SINODALES. — IV. ADMISIÓN AL SACRAMENTO DEL MATRIMONIO DE LO IMPERFECTAMENTE DISPUESTO SEGÚN LA "FAMILIARIS CONSORTIO": 1. *Anotaciones previas*. 2. *La respuesta pontificia*. 3. *Las razones que invoca el Papa*: a) La peculiaridad del sacramento del matrimonio; b) Identidad entre pacto conyugal y sacramento; consecuencias teológico-canónicas; c) Los riesgos de inseguridad jurídica.

### I. LOS TÉRMINOS DEL PROBLEMA EN LA DOCTRINA Y SU INCIDENCIA PRÁCTICA EN LA RECIENTE LEGISLACIÓN PARTICULAR

La cuestión acerca de la necesidad o no de la fe, como disposición subjetiva de los contrayentes, para la celebración válida del sacramento del matrimonio tiene un origen muy reciente. Tal y como ahora se plantea, es difícil encontrar rastros de esa problemática en épocas anteriores de la historia de la teología del matrimonio. En un rastreo minucioso de las fuentes canónicas y teológicas, a lo más que se puede llegar es a encontrar los fundamentos o bases doctrinales que la legitimen como hipótesis de trabajo.<sup>1</sup> Y esto sin olvidar que esas hipotéticas bases doctrinales que pudieron ocupar en otro tiempo un cierto lugar en las páginas de los escritores católicos, fueron definitivamente rechazadas por el magisterio eclesiástico, razón por la cual han perdido, a mi juicio, el posible carácter de premisas verdaderas sobre las que construir una conclusión asimismo verdadera. Pero en todo caso, la cuestión acerca de la necesidad de la fe para la conclusión válida del pacto conyugal entre bautizados, es reconducible también hacia el problema básico acerca de la identidad e inseparabilidad real entre pacto conyugal y celebración sacramental del matrimonio.

Ya sé que no todos están de acuerdo en identificar y tratar con los mismos criterios el tema de la inseparabilidad y el de la necesidad de la fe. Hay quien piensa que, aun admitiendo la inseparabilidad como un postulado

---

<sup>1</sup> J. F. MUÑOZ GARCÍA, *El matrimonio, misterio y signo. Siglos xvii y xviii*, Pamplona, EUNSA, 1982.

irrenunciable de la doctrina católica, es posible la formulación de la pregunta —y su contestación afirmativa— acerca de la exigencia de fe personal como única vía posible para la existencia de una verdadera intención *sacramental* y, consecuentemente, para la celebración válida de cualquier sacramento, también del matrimonio.<sup>2</sup>

Si el acento se pone en la intención de contraer un *verdadero* matrimonio y se afirma la gran dificultad pero no se niega la posibilidad de que un no creyente o no practicante realice un verdadero o válido pacto conyugal, el influjo de la falta de fe me parece indiscutible. Pero cuando el acento se pone en la *sacramentalidad* de la intención; es decir, cuando se afirma que la fe es necesaria para el sacramento del matrimonio por ser necesaria para la intención *sacramental*, difícilmente puede sustraerse esta cuestión aparentemente incidental de la cuestión fundamental acerca de la inseparabilidad entre pacto conyugal y sacramento. Más aún, es difícilmente demostrable que la exigencia de intención verdaderamente sacramental no menoscabe u oscurezca el principio de la inseparabilidad.

En otros lugares<sup>3</sup> he tenido ya la oportunidad de exponer con abundancia de datos los términos del problema que ahora trato de ilustrar a la luz del pensamiento pontificio. Lo cual me ahorra entrar en otras consideraciones que las imprescindibles para describir el fenómeno pastoral que subyace, las dimensiones reales del problema teológico al que se quiere dar solución y sus implicaciones jurídicas.

Los hechos son, en efecto, claramente constatables: la creciente secularización de la vida y la pérdida del sentido cristiano de muchos bautizados empuja a éstos a tomar decisiones respecto del matrimonio de muy distinta naturaleza: algunos, influenciados por cierta corriente cultural que tiene como rasgo típico el desprecio de la propia institución matrimonial, optan por una unión libre de hecho, sin vinculación de ningún género. Otros, ante el temor a vincularse definitivamente, prefieren el llamado matrimonio a prueba o experimental. Hay quienes, en vez de dirigirse hasta el altar y contraer ante la Iglesia en la que dicen no creer, optan por contraer sólo matrimonio civil. A todos estos supuestos da una respuesta adecuada la *Familiaris Consortio*; también por lo que al matrimonio civil se refiere pese a que el tema no aparece expresamente formulado en las proposiciones sinodales. El Papa, en cambio, advierte la gravedad del problema y no rehuye su tratamiento pues “es cada vez más frecuente el caso de católicos que por motivos ideológicos y prácticos, prefieren contraer sólo matrimonio civil, rechazando, o por lo menos diferiendo el religioso” (n. 82). La Exhortación Apostólica aborda esa situa-

---

<sup>2</sup> Hacia esa opinión pareció inclinarse la Comisión teológica Internacional. Ver: “Propositiones de quibusdam quaestionibus ad matrimonium christianum pertinentibus”, en *Gregorianum*, 1978, pp. 453-464.

<sup>3</sup> Conf. T. RINCÓN PÉREZ, “Implicaciones doctrinales del matrimonio civil de los católicos”, en *Ius Canonicum*, XIX, 38, 1979, pp. 77-158; Íd., “Las cuestiones matrimoniales abordadas por Juan Pablo II, en el discurso de clausura de la V Asamblea General del Sínodo de Obispos”, en *Ius Canonicum*, XXI, 42, 1981, pp. 645-661; Íd., “El derecho a contraer matrimonio de los católicos no creyentes”, en *Les Droits Fondamentaux du Chrétien dans l'Eglise et dans la Société*, “Actes du IVe Congrès International de Droit Canonique”, Suisse, ed. Universitaires Fribourg, 1981, pp. 1129-1142.

ción irregular de los católicos casados sólo civilmente en términos parecidos a como lo hiciera la Comisión Teológica Internacional a propósito del matrimonio exclusivamente natural. El matrimonio civil de los bautizados obligados a la forma canónica tiene, en efecto, un mayor grado de compromiso y de estabilidad que las uniones libres de hecho. La Comisión Teológica había sentado la doctrina de que a través de un matrimonio no sacramental contraído de buena fe se crea una relación psicológica que por su estructura interna difiere de una relación puramente transitoria, aunque no pueda definirse como una relación verdaderamente conyugal.<sup>4</sup>

“A pesar de todo, dice el Papa, tampoco esta situación es aceptable para la Iglesia”, por lo cual a los así casados “los pastores de la Iglesia no podrán admitirlos al uso de los sacramentos”. El Papa no pretende hacer un tratado teológico; por eso en ocasiones como ésta da por presupuestas las razones de fondo de esa *praxis* pastoral. Y esas razones son, por un lado, la exigencia de forma canónica y supuesta ésta, la razón más fundamental aun de que un matrimonio no sacramental entre bautizados, aunque tenga apariencia de matrimonio y cumpla subjetivamente las exigencias del *ius connubii*<sup>5</sup> no puede ser reconocido por la Iglesia como matrimonio verdadero ya que *pro Ecclesia enim inter duos baptizatos non existit matrimonium naturale a sacramento separatum, sed tantum matrimonium naturale ad dignitatem sacramenti evectum*”.<sup>6</sup>

Con ser importantes estas vertientes del problema, no son las que ahora nos interesan. Se trata más bien de centrar la atención en la situación de aquellos contrayentes que careciendo o siendo imperfecta su fe piden de hecho celebrar su matrimonio ante la Iglesia movidos por la inercia del contexto ambiental en que viven o por las presiones sociales o familiares a que pueden estar sometidos. Este fenómeno no infrecuente es el que ha hecho preguntarse a la doctrina sobre la validez de tales uniones desde el punto de vista sacramental y, como una inmediata consecuencia doctrinal, sobre la esencialidad de la fe de los contrayentes para la celebración válida del sacramento del matrimonio. En ocasión reciente abordé ampliamente esta temática. Para el propósito actual baste recordar que, en mi opinión, todas las corrientes doctrinales pueden ser agrupadas en dos grandes teorías: a) la teoría radical que, basándose en la tesis de la separabilidad entre contrato y sacramento, considera la fe un elemento esencial para la celebración del sacramento, aunque sin ella se pueda contraer un verdadero matrimonio natural; b) la teoría moderada que, partiendo de la tesis, sustentada por otra parte por el magisterio de la Iglesia, de la inseparabilidad entre contrato y sacramento, entre pacto conyugal y celebración sacramental, considera que la fe, sin ser *a priori* un requisito esencial, o constitutivo de la sacramentalidad, hasta tal punto incide y debilita la intención sacramental que sin ella los contrayentes no son capaces de celebrar el sacramento al no ser capaces de querer lo que quiere la Iglesia.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Ver nuestro comentario a esta proposición de la Comisión Teológica Internacional en T. RINCÓN PÉREZ, “Implicaciones doctrinales...”, cit., p. 139.

<sup>5</sup> Conf. T. RINCÓN PÉREZ, “El derecho a contraer...”, cit., p. 1142.

<sup>6</sup> Comisión Teológica Internacional, “Proposiciones de quibusdam”, cit., prop. 5ª, p. 458.

<sup>7</sup> Conf. T. RINCÓN PÉREZ, “Fe y sacramentalidad del matrimonio”, en *Cuestiones fundamentales sobre matrimonio y familia*, II Simposio Internacional de Teología, Pamplona, EUNSA, 1960, pp. 183-200.

Prescindimos ahora <sup>8</sup> del análisis de esas teorías, para fijarnos más bien en su proyección práctica.

Como ocurre generalmente, estas reflexiones han trascendido el ámbito puramente especulativo y se han convertido en pautas doctrinales que han guiado en buena medida las reformas pastorales y disciplinarias en el ámbito de muchas Iglesias particulares y en todo lo referente a la pastoral de la preparación para el matrimonio. De ahí la importancia práctica del tema y la necesidad de poner luz en el asunto que deshaga los eventuales entuertos que ha podido cometer una mal fundamentada —aunque bien intencionada— acción pastoral.

Era clara y urgente la revisión de la normativa que hacía referencia a la preparación pastoral para la celebración válida, lícita y fructuosa del sacramento del matrimonio. El Concilio alienta esta preparación adecuada para la recepción de todos los sacramentos, sobre todo respecto de la fe, que es la principal de las disposiciones, puesto que los sacramentos “no sólo suponen la fe, sino que, a la vez, la alimentan, la robustecen y la expresan por medio de palabras y cosas; por esto se llaman sacramentos de la fe”.<sup>9</sup>

La reforma litúrgica que tiene lugar a raíz del Concilio pondrá el acento en esta necesidad de preparación pastoral y litúrgica para la celebración de los sacramentos. De ello se hacen eco los rituales en sus versiones vernáculas. Así, por ejemplo, en las “orientaciones doctrinales y Pastorales” que los obispos españoles añaden al Ritual del Sacramento del matrimonio en su versión castellana, cobra una especial importancia el apartado dedicado a la “Preparación del matrimonio”. En el n.º 12 de este documento se lee lo siguiente:

“Cuando surgen casos de contrayentes descristianizados, será preciso discernir las causas con vistas a un tratamiento pastoral adecuado. Si el motivo es la ignorancia de la fe o la indiferencia, es imprescindible una catequesis básica o catecumenado. Solamente en casos extremos de rebeldía o alarde de falta de fe, se procurará hacerles comprender que el sacramento del matrimonio supone la fe y *que sin fe no es lícito celebrarlo*. Sin embargo, antes de tomar una decisión recúrrase al parecer del Obispo”.

He subrayado esa parte del texto para hacer notar cómo los Obispos españoles, en 1970, consideran la falta de fe como un factor que hace ilícita pero no inválida la celebración del matrimonio; lo que no impide que se tomen las medidas pastorales necesarias para una más fructuosa celebración del sacramento.

También la *Familiaris Consortio* se hace eco de esta necesidad de la fe para una fructuosa celebración del matrimonio.<sup>10</sup> Pero de esto no se hace cuestión: cuanto menores sean los obstáculos que impidan total o parcialmente la acción de la gracia sacramental, mayores serán los frutos que se cosechen de la celebración sacramental del matrimonio. El Papa sabe y proclama que el matrimonio es un sacramento de la Nueva Ley y un camino de santidad para

---

<sup>8</sup> Conf. T. RINCÓN PÉREZ, “Implicaciones doctrinales...”, cit., p. 132.

<sup>9</sup> *Sacrosantum Concilium*, 59

<sup>10</sup> Ver nos. 51, 56, 66, 67.

los casados. Por eso la acción pastoral no debe detenerse en el mínimo sino que ha de poner alta la mira cuando se trate de preparar y formar a los novios para el sacramento del matrimonio.

El problema, por tanto, no se plantea en este nivel sino en el deslizamiento progresivo hacia otros niveles que se ha ido produciendo en los últimos años tanto por parte de la doctrina como de la *praxis* pastoral auspiciada por una determinada legislación particular de difícil configuración jurídica.<sup>11</sup>

No es mi propósito hacer un análisis pormenorizado de esta reciente legislación particular; sólo indicar algunos datos:

1. Esta normativa jurídico-pastoral, considerando insuficiente la normativa del Código de 1917, se justifica por el loable deseo de contribuir a una celebración digna y fructuosa del sacramento del matrimonio en unas circunstancias en las que la descristianización de la sociedad tiene una incidencia muy acusada en el ámbito matrimonial.

2. Dicha normativa se va creando al filo de las múltiples corrientes teológicas que proliferan en esos años, acerca de lo que es, significa y exige la celebración del sacramento del matrimonio.

3. Esto último explica que la "tónica general, salvo algún caso aislado, sea «la ambigüedad en señalar su grado de obligatoriedad», «la confusión de los lenguajes teológicos y jurídicos», la mezcla de las diversas cuestiones (doctrinales y normativas), la elevación a tesis de lo que simplemente es una hipótesis de trabajo o una opinión teológica".<sup>12</sup>

4. Esa ambigüedad se manifiesta de modo especial en estos tres puntos concretos:

a. La elevación *de facto* a impedimento canónico de la asistencia obligatoria a cursillos prematrimoniales u otras formas de preparación para el matrimonio.

---

<sup>11</sup> Conf. F. R. AZNAR GIL, *La preparación pastoral para la celebración del sacramento del matrimonio en la legislación particular española posconciliar (1977-1980)*, Zaragoza, Centro Regional de Estudios Teológicos de Aragón, 1981. En este estudio se hace un análisis de 28 documentos de otras tantas diócesis españolas, y una valoración crítica de ellos desde el punto de vista jurídico. Desde un punto de vista formal, los documentos se *autodenominan* de las más variadas maneras: Directorio pastoral, Orientaciones Pastorales, Normas, Notas, etc. Respecto de su imperatividad jurídica, el autor aplica a estas normas particulares las características que la doctrina ha señalado respecto de los Directorios, promulgados por la Santa Sede (ver J. OTADUY GUERIN, *Un exponente de legislación posconciliar. Los Directorios de la Santa Sede*, Pamplona, EUNSA, 1980). Finalmente, respecto del contenido normativo, según el autor de ese estudio, "la objeción más grave que cabe oponer a esta legislación es *hacer derivar de una hipótesis de trabajo una serie de consecuencias pastorales*, que introducen cambios profundos en la vida de los fieles, *sin haberla asumido a nivel de tesis*. La cuestión del papel de la fe en la recepción de los sacramentos es un problema discutido a todos los niveles; pensamos que mientras subsista esta situación no se pueden extraer y aplicar una serie de cambios que violentan el sistema doctrinal de la Iglesia".

<sup>12</sup> F. R. AZNAR GIL, "La preparación pastoral...", cit., p. 51. El autor advierte, además, cómo los Documentos han pasado "en su valoración de la *licitud* a la *validez* de una forma generalizada" respecto al papel atribuido a la fe en la recepción del Sacramento del matrimonio. Y cómo "dicho paso, realizado sin las debidas cautelas y correcciones, origina unas consecuencias graves y contradictorias en la vida de los fieles".

b. La exclusión de los bautizados no creyentes o no practicantes de la celebración sacramental del matrimonio no basándose sólo en razones de índole pastoral, sino en el convencimiento de que la falta de fe personal de los contrayentes es un obstáculo insalvable para la *validez* del sacramento.

c. La fácil recomendación del matrimonio civil dirigida a los no debidamente dispuestos, y hecha desde una valoración no muy clara de lo que ese matrimonio significa para un bautizado obligado a la forma canónica.

Ya nos hemos referido más arriba a la valoración que hace la *Familiaris Consortio* del matrimonio civil. Al primer punto también se refiere expresamente el documento pontificio en estos términos:

“Aunque no se ha de menospreciar la necesidad y obligatoriedad de la preparación inmediata al matrimonio —lo cual sucedería si se dispensara fácilmente de ella—, sin embargo, tal preparación debe ser propuesta y actuada de manera que su eventual omisión no sea un impedimento para la celebración del matrimonio” (n. 66).

Es la segunda cuestión, por tanto lo que merece ahora nuestra atención y la que exige una respuesta clara, ya que en ella está involucrada nada menos que la tutela de un derecho fundamental del bautizado a contraer el único matrimonio posible, es decir, el matrimonio elevado a sacramento.<sup>13</sup>

## II. EL TEMA EN EL SÍNODO DE OBISPOS

El tema del matrimonio de bautizados no creyentes fue anunciado como prioritario por monseñor J. Tomko, Secretario General del Sínodo, pocos meses antes de que se inaugurara, en el II Simposio Internacional de Teología, celebrado en la Universidad de Navarra. “El fenómeno de la descristianización, escribe monseñor Tomko, y de la insuficiente evangelización, ha multiplicado el número de los bautizados que crecen al margen de la fe o la han perdido, pero que a la hora de casarse solicitan el matrimonio religioso. Este hecho hace necesario profundizar en el estudio teológico y jurídico sobre la relación entre sacramento y fe, sobre la inseparabilidad del contrato matrimonial y el sacramento, así como sobre la forma canónica, para garantizar a la pastoral su sólido fundamento doctrinal”.<sup>14</sup>

Releyendo las síntesis de las intervenciones sinodales es fácil advertir que este tema cobra efectivamente un especial relieve por sus evidentes conexiones con la pastoral matrimonial.

Buena prueba de todo ello la constituye la relación conclusiva que presenta el cardenal J. Ratzinger, al término de las intervenciones de los Padres y previa al estudio de la temática sinodal por los “círculos menores”. En efecto, el 6 de octubre el Relator general en 16 folios redactados en latín “presenta una síntesis panorámica de las opiniones expresadas por los Padres, precisando

<sup>13</sup> Conf. T. RINCÓN PÉREZ, “El derecho a contraer”, cit., p. 1129.

<sup>14</sup> “La familia cristiana: cuestiones ante el Sínodo de Obispos de 1980”, en *Cuestiones Fundamentales sobre matrimonio y familia*, Pamplona, EUNSA, 1980, p. 78.

algunos puntos y dando pautas para el trabajo en los "círculos menores".<sup>15</sup> Entre los temas que sirven de base al cuestionario que se entrega a los Padres para su discusión en los grupos lingüísticos, monseñor Ratzinger destaca los siguientes dentro del apartado dedicado al sacramento del matrimonio: a) *Fe y sacramento*; b) *Costumbres antiguas y matrimonio cristiano*; c) *Indisolubilidad del matrimonio y problema de los divorciados que vuelven a casarse*.

Son numerosos los Padres, en efecto, que están preocupados por este problema y así lo manifiestan. Alguno de ellos llega a sugerir la conveniencia de crear una Comisión formada por obispos y teólogos con el fin de encontrar respuestas satisfactorias al problema lo antes posible.<sup>16</sup> Aparece claro que son las urgencias pastorales las que sirven de fundamento a estas propuestas que en el fondo entrañan una revisión doctrinal de gran alcance. Pero no es mi propósito entrar a analizar las razones doctrinales en que algunos Padres pudieran fundamentar sus propuestas. Primero, porque en la síntesis de que dispongo apenas aparecen razonadas las propuestas. Además porque mi intento es simplemente dejar constancia de que el tema se debatió desde el primer momento en el aula sinodal como era por otra parte previsible, y ante la presencia del Papa que presidió buena parte de sus sesiones.

El debate se agudiza y concreta aún más, como es obvio, cuando se entra en la segunda parte del Sínodo; esto es, cuando las propuestas se analizan y debaten en el seno de los llamados "Círculos menores" y son llevados después a las Congregaciones generales por los respectivos representantes. La toma de postura sobre el tema que nos ocupa variará notablemente de unos círculos a otros según el punto de mira desde el que observan los problemas matrimoniales. No se pierda de vista que el problema del método fue un primer punto a debatir. De ello deja constancia el cardenal J. Ratzinger en la relación final que resumía las intervenciones de la primera parte y situaba y concretaba puntualmente las cuestiones que habrían de seguir debatiéndose en los Círculos menores. Según lo expuesto por el cardenal Ratzinger, en las intervenciones sinodales se han manifestado dos tendencias que no deben excluirse entre sí, pero que expresan dos puntos de vista diversos: la que trata de analizar los problemas matrimoniales y familiares desde un punto de vista histórico y sociológico, y la que considera que el deber pastoral principal de la Iglesia es proponer, ante todo, la doctrina de la Iglesia, porque, según la Sagrada Escritura, de ella depende la salvación.

Teniendo presente esta circunstancia, no es difícil advertir que respecto del tema de la fe y el sacramento del matrimonio haya divergencias notables en el punto de llegada cuando ha sido diverso el punto de partida. Así, mientras para algún círculo menor<sup>17</sup> la propuesta es que resulta indispensable valorar la fe como condición para la validez del sacramento, y que hay que superar la identificación entre contrato matrimonial y sacramento; para otros

<sup>15</sup> *L'Osservatore Romano*, ed. española, 19-X-1980, p. 729.

<sup>16</sup> Por ejemplo, MONS G. DUCHEME, Obispo de Saint Claude (Francia), en *L'Osservatore Romano*, ed. española, 12-X-1980, p. 708.

<sup>17</sup> El círculo "Hispanicus-Lusitanus" B, en *L'Osservatore Romano*, 26-X-1980, p. 748.

círculos<sup>18</sup> —en los que prevalece el método doctrinal sin descuidar por ello el método histórico y sociológico, ya que no es posible admitir aplicaciones pastorales que no concuerdan con la doctrina cierta de la Iglesia—, entre los puntos esenciales del matrimonio deben constar dos: 1. que el matrimonio entre bautizados es verdadero sacramento; 2. que el sacramento del matrimonio consiste esencialmente en el consentimiento personal irrevocable. A todo lo cual hay que añadir dos datos más: 1. que el criterio fundamental del sacramento sigue siendo la validez del consentimiento; y 2. que la “compasión” no puede considerarse principio de moralidad.

Estos simples datos ponen de manifiesto que el tema no pasó inadvertido y que ante él se manifestaron tendencias contrapuestas. Quizás esto explique el porqué del contenido de la intervención posterior del Cardenal J. R. Knox, que era a la sazón prefecto de la Sagrada Congregación para los Sacramentos y el Culto divino.

De todos es sabido que el Cardenal leyó dos relaciones cuyos textos se distribuyeron a la Asamblea. Uno de ellos llevaba el siguiente título: “*De forma celebrationis matrimoniorum non sacramentalium ex parte illorum Catholicorum qui fidem in doctrina catholica matrimonii amiserint vel de facto profiteri recusent*”.

Del amplio extracto —amplio porque la relación constaba sólo de 5 folios según informa *L'Osservatore Romano*—, se desprende que el prefecto de la S. C. para los Sacramentos en su condición de tal, intenta puntualizar aquellos aspectos más conflictivos de las intervenciones sinodales, sancionando la doctrina permanente de la Iglesia y desautorizando las prácticas pastorales que no se correspondan con aquella doctrina. De los ocho puntos en que se divide el texto de la Relación o al menos el extracto publicado, nos basta recoger aquí el primero de ellos por ser el que contiene la doctrina general sobre la que se asientan las otras conclusiones: “Para los bautizados —si son católicos la validez dependerá también de la forma canónica— el contrato matrimonial válido es siempre y necesariamente un sacramento. Todos los bautizados que contraen matrimonio válidamente reciben el sacramento del matrimonio, pretendan hacerlo así o no. Si, como condición, excluyen el sacramento, por ese mismo hecho el matrimonio es inválido”.<sup>19</sup>

Pese a ser un tema ampliamente debatido en el Sínodo y de vivo interés pastoral, el Papa Juan Pablo II no alude a él en el discurso de clausura del Sínodo. A este significativo silencio nos hemos referido en otro lugar<sup>20</sup> tra-

---

<sup>18</sup> Por ejemplo el círculo “Latinus”, cuyo relator fue el Card. Palazzini. Ver *L'Osservatore Romano*, 26-X-1980, p. 748.

<sup>19</sup> *L'Osservatore Romano*, 26-X-1980, pp. 754-755. Otros de los puntos tenía este tenor: “Es triste la situación de aquellos católicos que apenas creen o practican poco la fe, pero que, sin embargo, se obligan a la forma canónica. La misión de los pastores de almas es salvar lo que puede ser salvado. Ellos deben conducir a sus ovejas al matrimonio canónico, y, ojalá, después del matrimonio, a la reviviscencia de la vida católica. Por tanto, los Pastores de almas no deberían poner obstáculos injustos contra la celebración del matrimonio canónico, fuera de los impedimentos puestos por la misma ley de la Iglesia”.

<sup>20</sup> Conf. T. RINCOÓN PÉREZ, “Las cuestiones matrimoniales”..., cit., p. 657.

tando de poner de relieve que los contenidos doctrinales y pastorales del Sínodo comienzan a tener valor propiamente magisterial cuando son asumidos por el Pontífice. Y esto por la razón de que según el M. Pr. *Apostolica Sollicitudo* del 15-IX-1965, "por su propia naturaleza compete al Sínodo de Obispos la función de dar informaciones y consejos". Sólo tiene potestad deliberativa cuando el Romano Pontífice se la confiere, en cuyo caso también al Papa corresponde ratificar las decisiones sinodales. Pero, ni los anteriores sínodos, ni este último han gozado de función deliberativa<sup>21</sup> por lo que su contenido magisterial está supeditado a lo que el Romano Pontífice asuma como tal. El Sínodo de Obispos del otoño de 1980 fue una gran consulta a la Iglesia universal tras la cual el Papa publica la Exhortación Apostólica *Familiaris Consortio*, al igual que la Exhortación Apostólica *Catechesi tradendae*, del 16-X-1979 fue la respuesta pontificia a la Consulta sinodal precedente de 1977.

### III. FE Y SACRAMENTO DEL MATRIMONIO EN LAS PROPUESTAS DE LOS PADRES SINODALES

El Papa aborda directamente el tema en el n. 68 de la Exhortación Apostólica. Pero la doctrina que ahí sienta el Pontífice nos aparecerá más luminosa si la contrastamos con la proposición 12 de las 43 presentadas al Papa reservadamente. Sabido es que pese a su inicial reserva, se han hecho de dominio público, al ser publicadas por numerosos medios de comunicación, entre ellos "Ecclesia" de donde en concreto tomo la referencia.<sup>22</sup>

Releyendo las 43 proposiciones sinodales y la *Familiaris Consortio*, se advierte en seguida la casi absoluta sincronización entre lo propuesto en el Sínodo y lo formulado magisterialmente por el Pontífice. En muchos casos esa sincronización es casi literal: el Papa alude a los problemas, busca soluciones y se apoya en razones en idénticos términos a como lo proponen los Padres Sinodales. Las dos principales excepciones a esta regla general son las siguientes: 1. En las proposiciones se silencia el tema del matrimonio civil de los católicos, mientras que el n. 82 de la *Familiaris Consortio* da una respuesta clara a los problemas de toda índole que esos matrimonios, cada vez más frecuentes plantean hoy en la vida de la Iglesia, según pusimos de relieve más arriba. 2. El segundo gran tema en el que hay una manifiesta discordancia entre las proposiciones sinodales —en concreto la proposición 12— y la Exhortación Apostólica, es precisamente el tema de la relación entre fe y sacramento del matrimonio.

En efecto, en el debate sinodal, como ya hemos visto, el tema adquirió un vivo interés por las hondas repercusiones pastorales que entrañaba. Pero a buen número de Padres les parecían insolubles los problemas de no efectuarse un giro radical en el enfoque doctrinal y canónico de toda la materia relacionada con los factores que hacen válida, y no sólo fructuosa, la celebración sacramental del matrimonio. En este contexto se sitúa la proposición 12 que el

---

<sup>21</sup> Conf. J. L. GUTIÉRREZ, "El Sínodo de los Obispos sobre la familia", en *Ius Canonium*, XXI, 41, 1981, pp. 9, 28.

<sup>22</sup> "Ecclesia", 18 y 25 de julio de 1981, núm. 2039.

Papa indiscutiblemente ha tenido delante en su mesa de trabajo como se desprende del modo inicial de enfocar esta cuestión en el n. 68 de la *Familiaris Consortio*: "Precisamente porque en la celebración del sacramento se reserva una atención especial a las disposiciones morales y espirituales de los contrayentes, en concreto a su fe, hay que afrontar aquí una dificultad bastante frecuente, que pueden encontrar los pastores de la Iglesia en el contexto de nuestra sociedad secularizada.

En efecto, la fe de quien pide desposarse ante la Iglesia puede tener grados diversos y es deber primario de los pastores hacerla descubrir, nutrirla y hacerla madurar. Pero *ellos* deben comprender las razones que aconsejan a la Iglesia admitir a la celebración a quien está imperfectamente dispuesto".

El Papa conoce la gravedad del problema. Conoce asimismo las vías de solución que los Padres proponen pero no parece aceptarlas en su conjunto, por eso se dirige a ellos expresamente para pedirles que se esfuercen en comprender las razones que aconsejan a la Iglesia mantener la *praxis* tradicional de admitir a la celebración a quien está imperfectamente dispuesto, incluso respecto de esa disposición radical que es la fe.

Con el deseo de que aparezca más claramente el pensamiento Pontificio, permítasenos glosar brevemente las propuestas de los Padres sinodales y las razones en que las apoyan.

1. Teniendo como telón de fondo la Constitución *Sacrosanctum Concilium*, 59, los Padres proponen la necesidad de "examinar de qué forma la fe de los contrayentes, como expresión de la Alianza y actualización consciente y personal de la vocación bautismal, se requiere para la validez de este sacramento".

Late en esta propuesta toda una corriente doctrinal según la cual la sacramentalidad del matrimonio no dependería del bautismo como realidad objetiva, sino de la disposición subjetiva de la fe. O más exactamente, dependería del bautismo pero entendido, no como una realidad objetiva y estática (el carácter bautismal) sino dinámica y existencial, el bautismo en cuanto vivido y actualizado, no simplemente en cuanto recibido. Está presente también cierto pensamiento teológico profusamente manifestado en nuestros días según el cual habría que superar el "automatismo" sacramental, sin explicar muy bien qué significado habría que dar al *ex opere operato*.

2. Para numerosos Padres sinodales, la simple petición de casarse ante la Iglesia no es necesariamente una señal de fe personal. Podría serlo si esa petición se apoyara en motivos verdaderamente religiosos, pero "como la celebración del sacramento se considera en algunos lugares como una convención social más que como un acontecimiento religioso, parecen necesarios por parte de los futuros esposos signos más válidos de fe personal".

A nadie se le esconde que aquí radica el grave problema pastoral que está en la base de todas las reflexiones actuales acerca de la exigencia de fe para la celebración del matrimonio. El fenómeno no es de ahora, pero es en la sociedad secularizada de nuestros días donde adquiere un mayor relieve sociológico. ¿Habrá que cerrar las puertas del sacramento del matrimonio a los que sólo ven en él una mera convención social y no un acontecimiento religioso? For-

mulada así la pregunta, podría pensarse que se trata sólo de poner trabas jurídico-pastorales a los imperfectamente dispuestos. Pero la pregunta tiene dentro de su contexto un mayor alcance doctrinal: los que acceden en esas condiciones al pacto conyugal ¿son capaces de celebrar el sacramento? No hay que olvidar que en el apartado anterior ya se había cuestionado la validez de este sacramento cuando faltare la fe de los contrayentes.

3. Según la teoría general sacramentaria, para la celebración válida de todo sacramento, se requiere por parte de los ministros la intención de hacer lo que hace la Iglesia. Este principio parece indiscutible sea cual fuere el sacramento al que se aplique. Pero ¿debe aplicarse a todos en el mismo sentido? ¿Tiene para todos los sacramentos idéntico alcance? Así pareció entenderlo la Comisión Teológica Internacional a la que nos referimos en otro estudio.<sup>23</sup> También para los Padres sinodales el tema de la *intentio* adquiere una importancia capital al proponer “que se aprecie el grado de madurez de fe y la conciencia que tienen los futuros esposos de hacer lo que hace la Iglesia. Esta intención requerida para la validez del sacramento no parece presente donde no existe, al menos, la intención mínima de creer también con la Iglesia, con su fe bautismal”.

Hasta cierto punto la propuesta de los Padres sinodales va más allá de lo insinuado por la Comisión Teológica Internacional cuando escribió: “*Fides personalis contrahentium per se, ut ostensum est, non constituit sacramentalitatem matrimonii, sed sine ulla fide personali validitas sacramenti infirmaretur*”.<sup>24</sup> Para los Padres sinodales, la intención de hacer lo que hace la Iglesia implicaría de algún modo la “intención mínima de creer también con la Iglesia”, lo que de ser cierto no dejaría de entrañar un cambio radical de la doctrina sacramentaria ya que nunca se ha exigido que la intención de hacer lo que hace la Iglesia fuera acompañada de la fe personal del ministro, antes al contrario la falta de fe de éste quedaba compensada, no por la fe sociológica<sup>25</sup> sino por la fe de la Iglesia y, en definitiva, por la acción de Cristo, causa principal de los sacramentos.

4. Como ya hemos afirmado repetidamente, el problema doctrinal que subyace en cualquier planteamiento en el que directa o indirectamente se exija la fe para la celebración válida del sacramento del matrimonio, es el de la separabilidad o no entre pacto conyugal y celebración sacramental, entre contrato y sacramento según expresión clásica. Nada más lógico, por eso, que los que defienden la tesis de la separabilidad exijan la fe y una intención verdaderamente sacramental en virtud de la cual el matrimonio natural se convierta en sacramento. Según esa corriente doctrinal, el *institutum naturae*, con entidad y autonomía propias, necesita ser configurado como sacramento no sólo por el poder de Cristo actuado en el Bautismo, sino por la opción de los contrayentes manifestada a través de la fe y de la intención sacramental. Admitida la premisa de la separabilidad, esa conclusión no deja de tener cierta lógica; por ello mismo, nos parece menos lógico que se exija la intención ver-

---

<sup>23</sup> Conf. T. RINCÓN PÉREZ, “Implicaciones doctrinales...”, cit., p. 131.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> Conf., entre otros, J. M. AUBERT, “Foi et sacrement dans le mariage. A propos du mariage de baptisés incroyants”, en *La Maison-Dieu*, 104, 1970, p. 130.

daderamente sacramental y la fe que la haga posible, al tiempo que se defiende como incuestionable la tesis de la inseparabilidad entre la realidad creada y la realidad elevada o sacramental.<sup>26</sup>

En el debate sinodal estuvo presente la cuestión. En la proposición 12 que estamos glosando no se formula explícitamente el tema, pero se insinúa al proponer los Padres “que se examine más seriamente si la afirmación según la cual un matrimonio válido entre bautizados es siempre un sacramento, se aplica también a los que han perdido la fe”. Lo que se somete a examen, en definitiva, o se pone en cuestión es la identidad *absoluta* entre matrimonio *válido* y sacramento. Parece admitirse cuando se trata de bautizados —creyentes; se pone en interrogante cuando se trata de bautizados— no creyentes. En consecuencia se insinúa la posibilidad de que estos últimos puedan contraer un matrimonio *válido* que no sea sacramento. O lo que es lo mismo que, siquiera sea en ese caso, la realidad sacramental sea algo *separable* de la matrimonial, quedando minusvalorada la función del carácter bautismal y acentuada la función de la fe personal en orden al sacramento.

5. Todas estas propuestas no afectan sólo al orden doctrinal. Una vez modificada la doctrina, es preciso, dicen los Padres, “que se saquen de ello seguidamente consecuencias jurídicas y pastorales” o, como dicen más adelante, “que la nueva legislación canónica tenga en cuenta lo contenido en esta proposición (12ª respecto de la necesidad de la fe”. Y a la hora de actuar canónica y pastoralmente en consecuencia, “es necesario buscar cuáles son los criterios pastorales que permiten discernir la fe en los futuros esposos y en qué medida, en la intención de hacer lo que hace la Iglesia, a un grado más o menos elevado, debe existir la intención mínima de creer también con la Iglesia”.

Éste es el proceso que ha seguido un sector doctrinal en los últimos años: era necesaria la creación de una nueva teología y un nuevo derecho canónico como única salida a los problemas pastorales. La acción pastoral es inmodificable si no se modifica la disciplina canónica, y ésta lo es a su vez si no se cambian los presupuestos teológicos en que se funda. Modifíquense, por tanto, estos presupuestos y todo lo demás será una simple consecuencia. De ahí las propuestas canónicas tendentes, o a que se suprima el c. 1012 del CIC de 1917, o a que se sustituya la expresión *inter baptizatos* por *inter credentes* o *inter christi-fideles*.<sup>27</sup> Pero ¿son modificables los presupuestos teológicos que sirven de fundamento a la actual disciplina canónica?

#### IV. ADMISIÓN AL SACRAMENTO DEL MATRIMONIO DE LO IMPERFECTAMENTE DISPUESTO, SEGÚN LA “FAMILIARIS CONSORTIO”

##### 1. Anotaciones previas

Ante el giro que toman los debates sinodales como lo demuestra y resume la propuesta que acabamos de analizar, el Papa, que había silenciado el

<sup>26</sup> Conf. T. RINCÓN PÉREZ, *Implicaciones doctrinales...*, cit., p. 134.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 115.

tema en el discurso de clausura, se enfrenta a él abiertamente en la Exhortación Apostólica. La síntesis del pensamiento pontificio se manifiesta en el n. 68, si bien su línea argumental básica viene desarrollada a lo largo de todo el documento, especialmente en aquellos momentos en que trata de mostrarnos el designio divino sobre el matrimonio tanto desde el ángulo de la Creación —el matrimonio originario, “del principio”—, como de la Redención —el matrimonio redimido, elevado, sacramentalizado.

Pero antes de analizar más a fondo el pensamiento pontificio, los presupuestos doctrinales de los que parte y las consecuencias teológico-canónicas que se derivan de ellos, séanos permitido hacer algunas anotaciones previas tendentes a clarificar el contexto preciso en que, a nuestro juicio, debe situarse la doctrina sentada por el Pontífice,

a) El documento pontificio se expresa, por regla general, en términos pastorales y sus ideas se enmarcan preferentemente en el ámbito de la eficacia y fructuosidad del sacramento. El Papa, en un tono ilusionante y exigente a la vez, se dirige fundamentalmente a todas las familias cristianas que por vocación están llamadas a la santidad de vida en su estado y encuentran en la gracia del sacramento del matrimonio la posibilidad real de alcanzar esta meta. De ahí que los contrayentes deban iniciar su vida matrimonial plenamente abiertos a la gracia a través de la mejor de las disposiciones personales como es una fe profunda. Por esto el Papa proclama que la fe debe acompañar la vida de los novios, de los contrayentes, y de los casados, es decir, debe hacerse presente en la preparación al matrimonio, en su celebración y en la vida matrimonial subsiguiente:

“La misma preparación al matrimonio cristiano se califica ya como un itinerario de fe. Es, en efecto, una ocasión privilegiada para que los novios vuelvan a descubrir y profundicen la fe recibida en el Bautismo y alimentada con la educación cristiana (...).

“El momento fundamental de la fe de los esposos está en la celebración del sacramento del matrimonio, que en el fondo de su naturaleza es la proclamación, dentro de la Iglesia, de la Buena Nueva sobre el amor conyugal (...). Si la celebración sacramental del matrimonio es en sí misma una proclamación de la Palabra de Dios en cuanto son por título diverso protagonistas y celebrantes, debe ser una “profesión de fe” hecha dentro y con la Iglesia, comunidad de creyentes.

“Esta profesión de fe ha de ser continuada en la vida de los esposos y de la familia. En efecto, Dios, que ha llamado a los esposos *al* matrimonio, continúa llamándolos *en* el matrimonio” (n. 51).

De la lectura de estos textos ¿se deberá concluir que el Papa considera la fe personal de cada contrayente como un requisito esencial para la válida celebración del matrimonio cristiano? La respuesta es evidentemente negativa: el Pontífice no se propone aquí dilucidar cuestiones de validez. Es cierto que sólo por la fe es posible descubrir y proclamar el misterio del amor divino simbolizado realmente en el matrimonio. Es cierto asimismo que sólo la fe da pleno sentido al marco litúrgico en que se celebra el matrimonio. Pero también lo es que el marco litúrgico no se identifica con la celebración del matrimonio, sino que es sencillamente eso: el *marco* litúrgico en que se inserta la celebración del matrimonio o el pacto conyugal entre bautizados. Lo dirá más adelante el Pontífice: “El matrimonio cristiano exige por norma una celebra-

ción litúrgica, que exprese —*declaret* en el original latino— de manera social y comunitaria la naturaleza esencialmente eclesial y sacramental del pacto conyugal entre bautizados” (n. 67).

A diferencia de otros sacramentos, la acción litúrgica en el matrimonio tiene sólo una función declarativa no constitutiva. La esencia o factor constitutivo radica en el pacto conyugal entre bautizados. No se rodea al pacto conyugal de un marco litúrgico apropiado para que sea santo, sagrado o sacramental, sino porque lo es en sí mismo y lo sería esencialmente sea cual fuere el modo en que se celebrare, si bien la Iglesia ha querido sabiamente desde los tiempos más antiguos enmarcar, insertar en la liturgia la celebración del matrimonio, para expresar mejor lo que encierra esencial e internamente el pacto conyugal entre los bautizados.

En este sentido, las palabras del Papa afirmando que la celebración del matrimonio “debe ser una profesión de fe hecha dentro y con la Iglesia, comunidad de creyentes”, no tienen ningún alcance en orden a configurar la fe personal de los contrayentes o “celebrantes” como requisito esencial para la formulación válida del pacto conyugal. La validez de éste discurre por otros derroteros y también debe ser objeto de la solicitud pastoral como lo es del propio Pontífice cuando el momento de su discurso lo requiere. Por ejemplo, cuando al hablar de la celebración sacramental dice lo siguiente:

“En cuanto *gesto sacramental de santificación*, la celebración del matrimonio —inserta en la liturgia, *culmen* de toda la acción de la Iglesia y fuente de su fuerza santificadora— debe ser de por sí válida, digna y fructuosa. Se abre aquí un campo amplio para la solicitud pastoral, al objeto de satisfacer ampliamente las exigencias derivadas de la naturaleza del pacto conyugal elevado a sacramento y observar además fielmente la disciplina de la Iglesia en lo referente al libre consentimiento, los impedimentos, la forma canónica y el rito mismo de la celebración” (n. 67).

b) La segunda consideración previa me la sugiere el epígrafe con que la traducción castellana encabeza el n. 68 de la Exhortación Apostólica. Reza así: “celebración del matrimonio y evangelización de los bautizados no creyentes”.

En el original latino, conviene aclarar, no existe el mencionado epígrafe ni se habla en el texto de bautizados *no creyentes*, sino de disposición subjetiva imperfecta, y de diversos grados en la fe de los que piden desposarse ante la Iglesia.

El dato puede significar dos cosas: o que el Papa elude el planteamiento radical del problema de los no creyentes, o que por el contrario se niega a admitir el fenómeno puro del *no creyente* al menos en la perspectiva del bautizado que de hecho, sean cuales fueren sus motivaciones últimas, pide celebrar el matrimonio ante la Iglesia. Esta última significación es, a mi juicio, la que mejor cuadra en el contexto Pastoral del documento, ya que el Papa trata de descubrir siempre algo de fe en los que con rectitud de intención quieren contraer ante la Iglesia: “la fe hacia la cual están ya orientados en virtud de su rectitud de intención que la gracia de Cristo no deja de favorecer y sostener” (n. 68). Pero los argumentos doctrinales que el Papa invoca para fundamentar su respuesta positiva a la admisión de los imperfectamente

dispuestos —y la primera disposición es la fe— a la celebración del matrimonio, son correctamente aplicables a la hipótesis<sup>28</sup> de la ausencia total de fe con tal de que tal falta de fe no lleve a los contrayentes a “rechazar de manera explícita y formal lo que la Iglesia realiza cuando celebra el matrimonio de bautizados”. En cuyo caso, la falta de fe no es la causa *directa* que impide el matrimonio; la causa directa es la voluntad *formal* y *explícita* de no aceptar el matrimonio según el designio de Dios, o lo que es lo mismo, la voluntad de no aceptar el matrimonio sin más, ya que entre matrimonio verdadero y designio creador de Dios hay una absoluta adecuación.

## 2. La respuesta Pontificia

Una vez hechas estas dos aclaraciones, pasemos ya a exponer la respuesta pontificia al interrogante planteado “en el contexto de nuestra sociedad secularizada”: ¿pueden los pastores de la Iglesia admitir a la celebración del sacramento del matrimonio a los contrayentes bautizados que no dan signos válidos de fe personal y, por tanto, imperfectamente dispuestos? o de otro modo, ¿pueden ser rechazados tales contrayentes sin por ello atentar contra el *ius conubii*?

La respuesta del Papa es clara: por principio nadie que lo pida y esté dispuesto aunque sea imperfectamente, debe ser excluido de la celebración del sacramento del matrimonio. Sólo cabría la autoexclusión en el supuesto de que el que pidiera desposarse ante la Iglesia, no quisiera de otro lado asumir la realidad matrimonial tal y como ha sido diseñada por Dios Creador y Redentor:

“En efecto, dice el Papa, la fe de quien pide desposarse ante la Iglesia puede tener grados diversos y es deber primario de los pastores hacerla descubrir, nutrirla y hacerla madurar. Pero ellos deben comprender las razones que aconsejan a la Iglesia admitir a la celebración a quien está imperfectamente dispuesto”.

A los pastores de la Iglesia les incumbe por tanto dos deberes: el deber positivo de ayudar a descubrir la fe posiblemente encubierta o de fortalecer la débil e inmadura. Y en todo caso, sea cual fuere el resultado de esa acción pastoral catequética o evangelizadora, el deber de no excluir del matrimonio incluso a los que no dan señales de fe —lo que no quiere decir que no la tengan— o no la tienen en grado de madurez suficiente. Sólo en el supuesto de que por esa falta de fe los contrayentes rechacen el plan de Dios sobre el matrimonio, será necesario no aceptar su petición de celebrar el matrimonio. Pero bien entendido que en ese caso no es la Iglesia la que los rechaza sino ellos mismos los que se automarginan saliéndose del ámbito del verdadero matrimonio:

---

<sup>28</sup> Hablamos de “hipótesis” porque es posible que en un bautizado desaparezca todo rastro de fe? Decía Guillermo de Auxerre: “*Cum enim fidelis fit infidelis, licet blaphemet fidem, tamen, quia aliquid habet de fide, non solvitur matrimonium. Habet Sacramentum fidei, scilicet baptismum...*”. Texto citado por P. M. G., “Le sacrament de mariage exige-t-il la foi? La position médiévale”, en *Rev. Scien. Phil. Theol.*, 61, 1977, p. 439.

“Cuando, por el contrario, escribe el Papa, a pesar de los esfuerzos hechos, los contrayentes dan muestras de rechazar de manera explícita y formal lo que la Iglesia realiza cuando celebra el matrimonio de bautizados, el Pastor de almas no puede admitirlos a la celebración. Y aunque no sea de buena gana, tiene la obligación de tomar nota de la situación y de hacer comprender a los interesados que, en tales circunstancias, no es la Iglesia sino ellos mismos quienes impiden la celebración que a pesar de todo piden”.

Aparte otras razones teológico-canónicas que luego invocará, el documento Pontificio nos sitúa aquí ante dos cuestiones de gran alcance doctrinal:

a. De un lado, un eventual rechazo de la celebración sacramental basado en la falta de fe, o en una fe encubierta o no profesada, implicaría a la par una negación del *ius connubii* ya que para un bautizado esto sólo es ejercitable en la esfera del sacramento. Luego, si la falta de fe entrañase incapacidad para el *sacramento*, la entrañaría simultáneamente para el *matrimonio* y, en consecuencia, el no creyente se vería incurso en una incapacidad para contraer, lo cual significa, en último término, que su *ius connubii* al menos no sería ejercitable hasta tanto no se removiera el obstáculo de la falta de fe. El recurso al matrimonio civil, ni siquiera con dispensa de la forma canónica, tampoco resolvería el problema de fondo aunque resolviera el psicológico, pues, dada la inseparabilidad entre la realidad matrimonial y la sacramental, seguiría existiendo incapacidad radical para contraer. Sería, por lo tanto, el recurso a un sucedáneo de matrimonio, no a un matrimonio verdadero en el plano ontológico.

Siempre que haya constancia de que el matrimonio habrá de ser nulo es obvio que debe ser impedido. Si la falta de fe equivaliese a un impedimento dirimente, debería impedirse siempre la celebración del matrimonio a los no creyentes. Y a *sensu contrario*, si se les admite es porque la falta de fe personal no es una incapacidad radical para contraer. El Papa, en efecto, no excluye a los imperfectamente dispuestos, o con terminología de la proposición sinodal arriba analizada, a los que no dan “signos más válidos de fe personal” o no tienen “al menos la intención mínima de creer también con la Iglesia, con su fe bautismal”. Ahora bien, si a éstos no se les excluye de la celebración sacramental es por la razón de que nada impide la celebración o el ejercicio válido del *ius connubii*. Otra cosa es la celebración fructuosa para cuyo logro todo esfuerzo evangelizador y catequético resulta pequeño: “Una vez más, dice el documento Pontificio, se presenta en toda su urgencia la necesidad de una evangelización y catequesis prematrimonial y postmatrimonial puesta en práctica por toda la comunidad cristiana, para que todo hombre y toda mujer que se casan, celebren el sacramento del matrimonio no sólo válida sino también fructuosamente” (n. 68).

b. De otro lado existen contrayentes a quienes el pastor de almas ni puede ni debe admitir a la celebración del matrimonio: a aquellos, en concreto, que de manera *explícita y formal* dan muestras de rechazar lo que la Iglesia realiza cuando celebra el matrimonio de bautizados. Pero ¿cuál es la razón de este rechazo, la falta de fe o la voluntad explícita y formal de los propios contrayentes de no aceptar el matrimonio tal y como éste ha sido proyectado por Dios y se realiza en el seno de la Iglesia?

La respuesta tradicional a esta pregunta ha sido que la falta de fe, al proyectarse sobre el entendimiento del sujeto, puede provocar en él una concepción errónea acerca de lo que es el matrimonio según el proyecto divino, y por ese medio influir decisivamente en la voluntad de excluir o rechazar explícita y formalmente el matrimonio. En cuyo caso, la falta de fe sería causa remota de la nulidad del matrimonio. Nunca, en cambio, causa necesaria ni causa inmediata. No es causa necesaria sino meramente posible porque no necesariamente impide que el hombre conozca con las solas fuerzas de la razón natural las líneas maestras o esenciales del proyecto divino sobre el matrimonio, ni necesariamente impele a la voluntad a excluir formalmente el matrimonio así entendido.

Quizás tengan sentido aquí unas recientes palabras del Papa tomadas de un discurso al Tribunal de la Rota Romana del 28-1-1982. Se refiere el Pontífice al deber de los jueces eclesiásticos de "reconocer el pleno valor del matrimonio", de respetar del mejor modo posible su existencia. "El primer deber que os incumbe, dice, es el respeto al hombre que ha dado su palabra, ha expresado su consentimiento y ha hecho así don total de sí mismo". Y añade a continuación estas importantes palabras que ratifican la idea antes expuesta de la capacidad radical del hombre para conocer y querer un verdadero matrimonio, sea cual fuere su situación en la esfera de la fe: "Indudablemente la naturaleza humana, como consecuencia del pecado, ha quedado perturbada; aunque herida, no ha quedado sin embargo pervertida; ha sido nuevamente sanada por la intervención de Aquel que ha venido a salvarla y a elevarla hasta la participación en la vida divina. Ahora bien, sería realmente destruirla el considerarla incapaz de un compromiso verdadero, de un consentimiento verdadero, de un pacto de amor que exprese lo que ella es, de un sacramento instituido por el Señor para curarla, fortalecerla y elevarla por medio de su gracia".

Y si el hombre bautizado puede conocer y querer un verdadero matrimonio, sea cual fuere su disposición interna de fe, o bien se niega la inseparabilidad entre matrimonio y sacramento y en consecuencia se admite la posibilidad de celebrar el matrimonio sin celebrar el sacramento, o por el contrario habrá que concluir que la falta de fe, *per se* sólo puede ser causa remota de la nulidad del sacramento del matrimonio al incidir sobre el acto excluyente de la voluntad. De ahí que el Papa sólo niegue el derecho a contraer a aquellos que explícita y formalmente rechazan lo que la Iglesia realiza cuando celebra el matrimonio de bautizados. Pero bien entendido, subraya el Pontífice, que en estos supuestos "no es la Iglesia sino ellos mismos quienes impiden la celebración que a pesar de todo piden". Es decir, no es la Iglesia la que por su falta de fe les cierra las puertas al ejercicio de su *ius connubii*, sino que son ellos mismos los que voluntariamente deciden un imposible: contraer un matrimonio no ajustado al proyecto divino. Como escribimos recientemente y ratificamos ahora a la luz del pensamiento pontificio, "en la versión tradicional del problema, también la falta de fe puede ser causa remota de la nulidad de un matrimonio al provocar en el sujeto la exclusión de la sacramentalidad por un acto positivo de la voluntad, decisión que conlleva la exclusión del matrimonio mismo, supuesta la inseparabilidad. Pero en relación con el *ius connubii*, la diferencia con la tesis de la Comisión Teológica Internacional es con-

siderable ya que según ésta, la falta de fe supone por sí misma una incapacidad radical para contraer, mientras que en la tesis, pacíficamente admitida hasta ahora, hay implicado un acto de voluntad en virtud del cual el contratante libremente decide no ejercer el *ius connubii* según los presupuestos doctrinales y disciplinares enseñados y establecidos por la Iglesia. El efecto es el mismo: la nulidad del matrimonio; pero no así la causa próxima que en un caso es una incapacidad o la negación del ejercicio del *ius connubii*, pese al subterfugio de la *relatio sycologica*, y en el otro es un acto voluntario de exclusión de algo esencial en la formación del vínculo, lo que de ningún modo supone una negación del derecho al matrimonio, sino la demostración de que el mencionado derecho no puede ejercitarse fuera de los cauces establecidos por el derecho divino, natural y positivo”.<sup>29</sup>

Una hipotética falta de fe, por tanto, no puede ser invocada como un obstáculo que impide la celebración del sacramento del matrimonio al contratante que toma “la decisión de comprometer en su respectivo consentimiento conyugal toda su vida en un amor indisoluble y en una fidelidad incondicional”; es decir, que tiene el propósito de contraer un matrimonio tal y como fue pensado y querido por Dios “al principio”.

Pero estas consideraciones resultarían a la postre ininteligibles, si no estuvieran fundamentadas en argumentos teológico-canónicos más sólidos acerca de lo que es, significa y tiene de específico el sacramento del matrimonio, en la actual etapa de la Historia de la Salvación. Por eso el Papa pide a los pastores que hagan un esfuerzo por “comprender las razones que aconsejan a la Iglesia a admitir a la celebración a quien está imperfectamente dispuesto”.

### 3. Las razones que invoca el Papa

Las razones que el Papa ofrece a la consideración de los pastores, unas tiene carácter netamente teológico, otras son una respuesta explícita y concreta a algunas de las preocupaciones pastorales que se dejaron sentir en el Sínodo, y no faltan argumentos que bien podían calificarse como canónicos, puesto que se refieren a los riesgos de inseguridad jurídica a que estaría sometida la institución matrimonial si su validez dependiera de un elemento tan subjetivo, tan poco objetivable jurídicamente, como es la existencia y el grado de fe personal de los contrayentes. El Pontífice invoca, finalmente, un argumento de carácter ecuménico basado en el hecho, ratificado por la tradición eclesial, de la sacramentalidad del matrimonio contraído por hermanos separados de la plena comunión con la Iglesia Católica; sacramentalidad que no puede estar fundamentada ni en la fe en el sacramento ni en una intención verdaderamente sacramental, habida cuenta de que muchos de esos hermanos separados no consideran el matrimonio como un verdadero sacramento de la Nueva Alianza. Sacramentalidad, por tanto, que sólo puede estar originada por la previa incorporación a Cristo mediante el Bautismo recibido válidamente por los hermanos separados.

---

<sup>29</sup> T. RINCÓN PÉREZ, “El derecho a contraer...”, cit., p. 1140.

El texto de la *Familiaris Consortio* donde se condensan las principales razones que aconsejan a la Iglesia admitir al matrimonio a quien está imperfectamente dispuesto es el siguiente:

“El sacramento del matrimonio tiene esta peculiaridad respecto de los otros: *ser el sacramento de una realidad que existe ya en la economía de la creación; ser el mismo pacto conyugal instituido por el Creador «al principio»*. La decisión pues del hombre y de la mujer de casarse según este proyecto divino, esto es, la decisión de comprometer en su respectivo consentimiento conyugal toda su vida en un amor *indisoluble* y en una *fidelidad incondicional*, implica realmente, aunque no sea de manera plenamente *consciente*, una actitud de *obediencia profunda a la voluntad de Dios*, que no puede darse sin su gracia. Ellos quedan ya, por tanto, insertos en un verdadero camino de salvación, que la celebración del sacramento y la inmediata preparación pueden completar y llevar a cabo, dada la rectitud de su intención.

“Es verdad, por otra parte, que en algunos territorios, motivos de carácter más bien social que auténticamente religioso impulsan a los novios a pedir casarse en la Iglesia. Esto no es de extrañar. En efecto, el matrimonio no es un acontecimiento que afecte solamente a quien se case. Es por su misma naturaleza un hecho también social que compromete a los esposos ante la sociedad. Desde siempre su celebración ha sido una fiesta que une a familias y amigos. De ahí, pues, que haya también motivos sociales, además de los personales, en la petición de casarse en la Iglesia.

“Sin embargo, no se debe olvidar que estos novios, por razón de su bautismo, están ya realmente insertos en la Alianza esponsal de Cristo con la Iglesia y que, dada su recta intención, han aceptado el proyecto de Dios sobre el matrimonio y consiguientemente —al menos de una manera implícita— acatan lo que la Iglesia tiene intención de hacer cuando celebra el matrimonio. Por tanto, el solo hecho de que en esta petición haya motivos también de carácter social, no justifica un eventual rechazo por parte de los pastores. Por lo demás, como lo ha señalado el Concilio Vaticano II, los sacramentos, con las palabras y los elementos rituales nutren y robustecen la fe; la fe hacia la cual están ya orientados en virtud de su rectitud de intención que la gracia de Cristo no deja de favorecer y sostener.

“Querer establecer ulteriores criterios de admisión a la celebración eclesial del matrimonio, que debieran tener en cuenta el grado de fe de los que están próximos a contraer matrimonio, comporta además muchos riesgos. En primer lugar el de pronunciar juicios infundados y discriminatorios; el riesgo además de suscitar dudas sobre la validez del matrimonio ya celebrado, con grave daño para la comunidad cristiana y de nuevas inquietudes injustificadas para la conciencia de los esposos; se caería en el peligro de contestar o poner en duda la sacramentalidad de muchos matrimonios de hermanos separados de la plena comunión con la Iglesia católica, contradiciendo así la tradición eclesial” (n. 68).

### a. *Las peculiaridades del sacramento del matrimonio*

El Papa comienza su razonamiento destacando la peculiaridad del sacramento del matrimonio respecto de los otros sacramentos. Este es, en efecto, un punto clave. Si no se parte de aquí, es decir, si no se marca claramente la especificidad de este sacramento en el conjunto de toda la teoría sacramentaria, difícilmente se entenderá su verdadero alcance teológico y canónico. Reiteradamente he venido manifestando esta idea, a mi juicio fundamental, para entender la sacramentalidad del matrimonio y sus consecuencias sobre el en-

tramado teológico y canónico de la institución matrimonial. "La aplicación unívoca al matrimonio de todas las categorías sacramentarias, afirmamos en otro lugar,<sup>30</sup> es un factor más de confusión". Esa fue una de las razones por las que el concepto de sacramentalidad en sentido estricto tardó más tiempo en cristalizar pese a que el concepto de significación sacramental despunta con nitidez en las fuentes más primitivas.<sup>31</sup> Por eso mismo he llegado a sostener que lo que está hoy en cuestión no es tanto el tema de la separabilidad e inseparabilidad entre contrato y sacramento, o la existencia o no de fe para la conclusión del pacto conyugal entre bautizados, sino el mismo concepto de sacramentalidad del matrimonio. Lo otro, lo que hoy se debate, no es sino el corolario de un planteamiento, a mi juicio errado, de todo lo que es y tiene de específico el sacramento del matrimonio en relación con los restantes sacramentos. Para mí el fondo de esta especificidad radica en el hecho de que de ninguna otra realidad material que sirve de soporte a los demás sacramentos puede afirmarse que sea una realidad que acompañe el íter histórico de la naturaleza humana, o sea, una realidad en sí misma elevada o una realidad creada, ordenada intrínsecamente a la redención. Sólo el matrimonio es una realidad creada, preexistente, *per se stans*, o una realidad *del principio*, en terminología constante del Papa, que es asumida y elevada por la Redención de Cristo y que adquiere en concreto su plena significación y eficacia salvadora cuando la pareja unida por el pacto conyugal en matrimonio está incorporada a Cristo por el Bautismo.

No es ésta la única ocasión en que el Papa habla de la *especificidad* del sacramento del matrimonio. A ella se refirió también en un discurso a los Delegados del "Centre de Liason des Equipes de Recherche" (3-XI-1979); texto que transcribe literalmente con leves retoques la *Familiaris Consortio*, n. 13:

"Al igual que cada uno de los siete sacramentos, el matrimonio es también un símbolo real del acontecimiento de salvación, pero de *modo propio*. Los esposos participan en cuanto esposos, los dos, como pareja, hasta tal punto que el efecto primario e inmediato del matrimonio (*res et sacramentum*) no es la gracia sobrenatural misma, sino el vínculo conyugal cristiano, una comunión en dos típicamente cristiana, porque representa el misterio de la Encarnación de Cristo y su misterio de Alianza. El contenido de la participación en la vida de Cristo es también *específico*. el amor comporta una totalidad en la que entran todos los elementos de la persona —reclamo del cuerpo y del instinto, fuerza del sentimiento y de la afectividad, aspiración del espíritu y de la voluntad—, mira a una unidad profundamente personal que, más allá de la unión en una sola carne, conduce a no hacer más que un solo corazón y una sola alma; exige la indisolubilidad y fidelidad de la donación recíproca definitiva y se abre a la fecundidad".

En el Discurso antes citado, el Papa a lo que aquí llama "símbolo real del acontecimiento de salvación" lo denomina allí "participación en el amor nupcial de Cristo por la Iglesia" que todo sacramento comporta pero que en

<sup>30</sup> T. RINCÓN PÉREZ, "Implicaciones doctrinales...", cit. p. 155.

<sup>31</sup> T. RINCÓN PÉREZ, *El matrimonio, misterio y signo. Siglos IX-XIII*, Pamplona, EUNSA, 1971; Id., "Relevancia jurídica de la significación sacramental del matrimonio" en *Ius Canonicum*, IX, 1969, pp. 465-488.

el matrimonio tiene una modalidad y contenido específicos. Expresiones por otra parte idénticas porque cuando se predica del matrimonio cristiano que es un símbolo, inmediatamente hay que calificarlo como símbolo *real*, misterioso él mismo y participativo de la unidad misteriosa de Cristo y la Iglesia. De lo contrario, “el matrimonio mismo no sería misterioso, no sería más que una imagen vacía para hacernos intuir un misterio que se halla fuera de ella: la unidad de Cristo con la Iglesia; antes que misterio, sería el sacramento de un misterio, y un sacramento sin contenido. Tal es aun el matrimonio entre los que no son cristianos (...). El matrimonio cristiano, en cambio, tiene una relación real, esencial, íntima con el misterio de la unidad de Cristo con su Iglesia; en ésta radica, con ésta se enlaza orgánicamente; de ahí que participe también del ser y del carácter misterioso de la misma”.<sup>32</sup>

Pero lo que ahora nos interesa resaltar es cómo para el Papa la modalidad *específica* de ese símbolo real que es el matrimonio cristiano, radica primaria e inmediatamente en la *res et sacramentum*, es decir, en el vínculo conyugal cristiano. Lo que el pacto conyugal realiza es un vínculo. Cuando ese pacto es entre bautizados entonces lo que sucede es que el vínculo creado es necesariamente de carácter sacramental, y productor de gracia si no está bloqueada su eficacia por algún obstáculo personal de los contrayentes a la hora de contraer, o de los casados en el transcurso de su vida matrimonial habida cuenta de que, como también recuerda la *Familiaris Consortio*, n. 56, inspirándose en la Const. *Gaudium et Spes*, 49, “El don de Jesucristo no se agota en la celebración del sacramento del matrimonio, sino que acompaña a los cónyuges a lo largo de toda su existencia”.

Desde este último dato se desprende que, si bien el pacto conyugal —el *sacramentum tantum*— es indiscutiblemente un factor sacramental en cuanto que es signo y causa del vínculo, así como éste es signo y causa de la gracia, la reducción de toda la sacramentalidad a su dimensión *in fieri*, al momento del pacto o de la celebración, no sólo empobrece la virtualidad significativa del matrimonio, sino que favorece la tesis según la cual para que el pacto sea un acontecimiento de salvación es necesaria la fe de los que lo realizan, porque sin fe no hay salvación. La cuestión, sin embargo, es más sencilla y a la vez más maravillosa: el pacto no produce primaria e inmediatamente la gracia o el acontecimiento de salvación, sino el vínculo conyugal. Y para ello basta la decisión de casarse según el proyecto divino, esto es, “la decisión de comprometer en su respectivo consentimiento conyugal toda su vida en un amor indisoluble y en una fidelidad incondicional” (*Familiaris Consortio*, 68).

Pero ¿dónde reside la razón última de esta *peculiaridad* del sacramento del matrimonio, según la *Familiaris Consortio*? Permítasenos desentrañar el pensamiento Pontificio acotando diversos aspectos de una única cuestión; aquella precisamente que se corresponde con el verdadero concepto de sacramentalidad del matrimonio.

---

<sup>32</sup> J. M. SCHEEBEN, *Los misterios del cristianismo*, Barcelona, 1960, 3ª ed. española, p. 636.

b. *Identidad entre pacto conyugal y sacramento: consecuencias teológico-canónicas*

Esa peculiaridad reside, según el Documento pontificio, en “ser el sacramento de una realidad que existe ya en la economía de la creación; ser el mismo pacto conyugal instituido por el Creador *al principio*”. La identidad se da entre el matrimonio *del principio* y el matrimonio *sacramento*, entre la realidad creada y la realidad redimida, entre el matrimonio *institutum naturae* y el matrimonio *elevado a sacramento*. Entre matrimonio y sacramento existe la misma relación que entre Creación y Redención o que entre naturaleza y gracia; realidades que no se confunden pero que tampoco son separables porque ni la Redención opera sobre el vacío sino sobre la creación que se convierte así en creación redimida, ni la gracia obstruye la naturaleza sino que la perfecciona y la eleva.<sup>33</sup>

El Papa resume estas ideas en el texto citado como razón de fondo por la que la Iglesia debe admitir a la celebración del matrimonio a los imperfectamente dispuestos cuando la piden con rectitud de intención. Pero no es éste el único lugar en que se ocupa de ello: toda la Exhortación Apostólica está llena de testimonios semejantes tendentes a mostrar estas tres verdades fundamentales: 1º que todo matrimonio desde el principio, es decir, el matrimonio originario<sup>34</sup> está ordenado a simbolizar el misterioso amor de Dios a los hombres, está ordenado a ser el *sacramentum magnum*; 2º que llegada la plenitud de los tiempos, es decir en Cristo, la realidad matrimonial “del principio” adquiere *in actu* la plenitud de la significación y toda su fuerza salvadora; 3º que esta plenitud de significación y gracia que de un modo virtual ya afectaba a toda la estructura del matrimonio originario, empapa de modo nuevo el vínculo sacramental y sus propiedades esenciales desde el momento en que mediante el Bautismo los esposos se sitúan “en el tiempo de la Iglesia” y convierten su alianza —aunque lo ignoren o no lo quieran, con tal de que no lo excluyan formal y explícitamente— en signo del “misterio de la encarnación de Cristo y de su misterio de alianza”.<sup>35</sup>

Entresacamos del Documento Pontificio alguno de esos textos que iluminan o confirman las ideas que acabamos de exponer:

En los comienzos de la Exhortación sienta ya el principio de la ordenación de todo matrimonio a Cristo; todo matrimonio está ordenado a ser sacramento en el designio de Dios, es decir, gira en la órbita de la redención, necesita ser curado y ser devuelto “al principio” como dice el Papa, ser en definitiva redimido: “Queridos por Dios con la misma creación, matrimonio y familia están internamente ordenados a realizarse en Cristo y tienen necesidad de

---

<sup>33</sup> En mi trabajo “Implicaciones doctrinales...”, cit., pp. 135-158, analizo con más detalle y aportación de datos estas mismas ideas a la luz de las proposiciones de la Comisión Teológica Internacional.

<sup>34</sup> Conf. T. RINCÓN PÉREZ, *El matrimonio, misterio y signo...*, cit., p. 56; E. TEJERO, “La sacramentalidad del matrimonio en la historia del pensamiento cristiano”, en *Ius Canonicum*, XIV, 27, 1974, pp. 11-31; *id.*, “II. De la patristica a la escolástica incipiente” en *Ius Canonicum*, XX, 39, 1980, pp. 285-327

<sup>35</sup> JUAN PABLO II, *Discurso al CLER y al FIDAP*, 3-XI-1979.

su gracia para ser curados de las heridas del pecado y ser devueltos "a su principio", es decir, el conocimiento pleno y a la realización integral del designio de Dios" (n. 3).

Más adelante el Papa dedicará una parte íntegra de su Exhortación a mostrarnos el designio de Dios sobre el matrimonio y la familia; designio que tiene su origen en Dios creador y su cabal cumplimiento en Cristo Jesús salvador de la humanidad:

"Él revela la verdad original del matrimonio, la verdad del «principio» y, liberando al hombre de la dureza del corazón, lo hace capaz de realizarla plenamente.

"Esta revelación alcanza su plenitud definitiva en el don de amor que el Verbo de Dios hace a la humanidad asumiendo la naturaleza humana, y en el sacrificio que Jesucristo hace de sí mismo en la cruz por su esposa, la Iglesia. En este sacrificio se devela enteramente el designio que Dios ha impreso en la humanidad del hombre y de la mujer desde su creación; el matrimonio de los bautizados se convierte así en el símbolo real de la nueva y eterna Alianza, sancionada con la sangre de Cristo" (...).

"La Iglesia, acogiendo y meditando fielmente la Palabra de Dios, ha enseñado solemnemente y enseña que el matrimonio de los bautizados es uno de los siete sacramentos de la Nueva Alianza.

"En efecto, mediante el Bautismo, el hombre y la mujer se insertan definitivamente en la Nueva y Eterna Alianza, en la Alianza esponsal de Cristo con la Iglesia. .. debido a esta inserción indestructible, la comunidad íntima de vida y amor conyugal, fundada por el Creador, es elevada y asumida en la caridad esponsal de Cristo, sostenida y enriquecida por su fuerza redentora" (n. 13).

Finalmente recogemos algunos textos en los que el Pontífice nos muestra cómo la sacramentalidad, tanto su aspecto significante como causativo de gracia, proyecta su influjo sobre el vínculo conyugal o más en concreto sobre sus propiedades esenciales de unidad e indisolubilidad.<sup>36</sup>

En efecto, la unidad conyugal tiene su origen en el pacto de amor conyugal en virtud del cual el hombre y la mujer "no son ya dos, sino una sola carne". Pero "en Cristo Señor, Dios asume esta exigencia humana, la confirma, la purifica y la eleva conduciéndola a perfección con el sacramento del matrimonio: el Espíritu Santo infundido en la celebración sacramental ofrece a los esposos cristianos el don de una comunión nueva de amor, que es imagen viva y real de la singularísima unidad que hace de la Iglesia el indivisible Cuerpo Místico del Señor Jesús" (n. 20).

También la indisolubilidad está enraizada en la donación personal y total de los cónyuges, y exigida por el bien de los hijos. Pero es Cristo quien "renueva el designio primitivo que el Creador ha inscrito en el corazón del hombre y de la mujer, y en la celebración del sacramento del matrimonio ofrece un «corazón nuevo»: de este modo los cónyuges no sólo pueden superar la «dureza de corazón» (Mt. 19, 8), sino que también principalmente pueden compartir el amor pleno y definitivo de Cristo, nueva y eterna Alianza hecha

---

<sup>36</sup> Conf. T. RINCÓN PÉREZ, "Relevancia jurídica de la significación sacramental del matrimonio", en *Ius Canonicum*, IX, 1969, pp. 465-488.

carne. Así como el Señor Jesús es el «testigo fiel», es el «sí» de las promesas de Dios y consiguientemente la realización suprema de la fidelidad incondicional con la que Dios ama a su pueblo, así también los cónyuges cristianos están llamados a participar realmente en la indisolubilidad irrevocable, que une a Cristo con la Iglesia su Esposa, amada por Él hasta el fin” (n. 20).

Esta profunda relación e identidad radical entre el matrimonio originario y el matrimonio sacramento que tan claramente muestra el Papa en la *Familiaris Consortio*, ha sido por otra parte una de las constantes doctrinales del pensamiento católico desde sus albores en los más antiguos Padres de la Iglesia hasta el último eslabón que significa el magisterio de Juan Pablo II. En la antigüedad fue el Papa S. León Magno el que mejor sintetizó el pensamiento patrístico en aquel conocido texto que pasó a todas las colecciones canónicas: “*unde cum societas nuptiarum, decía el Papa del siglo VI, ita ab initio constituta sit ut praeter sexuum conjunctionem haberet in se Christi et Ecclesiae sacramentum*”.<sup>37</sup>

La historia de la Teología muestra también ejemplos claros que en anterior trabajo monográfico titulado significativamente “*Matrimonio Misterio y signo*” ya me encargué de poner de relieve, y que resume así Hugo de S. Caro: “*Matrimonium Christi et Ecclesiae fuit figuratum in Paradiso in Adam et Eva, iniciatum in fide et promissione Patriarcharum, et prophetarum, consummatum in assumptione humanae naturae*”.<sup>38</sup> De este modo, se puede hablar del matrimonio como *sacramentum innocentiae, veteris legis et legis novae*.<sup>39</sup>

Recientemente el Papa, en las Audiencias generales de los miércoles, en el Vaticano, tratando de desarrollar su propio pensamiento, a veces sólo esbozado o simplemente sintetizado en la Exhortación Apostólica, ha vuelto a insistir en estas mismas ideas.

En una de esas catequesis del Papa (miércoles 3 de octubre de 1982) nos decía:

“En nuestra precedente reflexión tratamos de profundizar —a la luz de la carta a los Efesios— sobre el «principio» sacramental del hombre y del matrimonio en el estado de la justicia (o inocencia) originaria.

“Sin embargo, es sabido que la heredad o la gracia fue rechazada por el corazón humano en el momento de la ruptura de la primera alianza con el Creador (...). Con todo, incluso en ese estado, esto es, en el estado pecaminoso hereditario del hombre, *el matrimonio jamás dejó de ser la figura de aquel sacramento de que habla la carta a los Efesios (5, 22-33) y al que el autor de la misma carta no vacila en definir gran misterio (...). De ahí que cuando el autor, en el versículo 31, hace referencia a las palabras de la institución del matrimonio contenidas en el Génesis, 2, 24 (...), e inmediatamente después declara: Gran misterio es éste, pero yo lo aplico a Cristo y a la Iglesia (Ef. 5, 32), parece indicar no sólo la identidad del misterio escondido desde*

<sup>37</sup> *Epist.*, 167, IV (MANSI, VI, 402).

<sup>38</sup> *Opera omnia in Universum Vetus et Novum Testamentum*, t. III (Lugduni, 1669), fol. 66 v. Conf. T. RINCÓN PÉREZ, *El matrimonio*... cit., p. 266.

<sup>39</sup> S. ALBERTO MAGNO, *In IV Sententiarum*, dist. XXVI, art. V. Conf. T. RINCÓN PÉREZ, ob. cit., p. 330.

los siglos en Dios, sino también la continuidad de su realización, que existe entre el sacramento primordial vinculado con la gratificación sobrenatural del hombre en la creación misma y la nueva gratificación, que tuvo lugar cuando «Cristo amó a la Iglesia y se entregó por ella, para santificarla» (Ef. 5, 25-26), *gratificación que puede ser definida en su conjunto como sacramento de la redención*”.

Esta identidad y “continuidad de su realización” entre el *sacramento de la creación* y el *sacramento de la redención* implica estas dos cosas: de un lado, que el matrimonio sigue la historia, la suerte o los estados por los que ha atravesado la persona humana; desde el estado sobrenatural de inocencia —el estado de naturaleza pura nunca ha existido por lo que un matrimonio sin dimensión sobrenatural “es una institución tan hipotética como el estado de naturaleza pura”—<sup>40</sup> hasta la plenitud de los tiempos en que por la Encarnación del Verbo —y en cada caso concreto, por el bautismo— el matrimonio adquiere *in actu* la plenitud sacramental.

Pero, de otro lado, eso mismo implica la absoluta inseparabilidad entre la realidad creada y redimida, entre el *sacramentum naturae* y el *sacramentum Novae Legis* como decían los clásicos, o entre el sacramento de la creación y el de la redención, en expresión del Papa. Inseparabilidad constantemente proclamada por los Pontífices, especialmente en el siglo XIX, saliendo al paso de los que consideraban el ser sacramental del matrimonio como un *aliquid additum*, una añadidura extrínseca que tiene lugar en un momento determinado de la historia y que por ello puede ser separado del *institutum naturae* a voluntad de los contrayentes sin que por ello quede mermado el valor intrínseco del matrimonio *natural*, incluso cuando los que contraen, pertenezcan bautismalmente al misterio de Cristo y de la Iglesia.<sup>41</sup>

Además de estas dos consecuencias —y a su luz— esta peculiaridad del matrimonio basada en la identidad entre el matrimonio “del principio” y el matrimonio sacramento, explica e ilumina otros tres puntos que la *Familiaris Consortio* no deja de señalar, de forma explícita o implícita:

1º La fundamental función que desempeña el bautismo en la configuración del matrimonio como sacramento; y no sólo porque, al ser *ianua omnium sacramentorum*, la sacramentalidad exige la previa recepción del bautismo, sino porque, una vez recibido el bautismo, la conyugalidad real ya no puede ser otra que la sacramental. “No se debe olvidar, dice el n. 68 de la Exhortación, que estos novios por razón de su bautismo están ya realmente insertos en la Alianza Esponsal de Cristo con la Iglesia (...)”. Y esto no es sino una aplicación al caso que está tratando de aclarar a los pastores, de lo que doctrinalmente ya había recogido la primera parte del Documento, en concreto en el n. 13:

---

<sup>40</sup> J. HERVADA, *El Derecho del Pueblo de Dios. III, Derecho matrimonial*, Pamplona, 1973, p. 168.

<sup>41</sup> Para el estudio de la doctrina pontificia del siglo XIX. Conf. CAFARA, “Le lien entre mariage-réalité de la creation et mariage-sacrement”, en *Esprit et vie*, 1978, p. 361 y sigtes.; T. RINCÓN PÉREZ, “Implicaciones doctrinales...”, cit., p. 108 y sigtes.

“En efecto, mediante el bautismo, el hombre y la mujer se insertan definitivamente en la Nueva y Eterna Alianza esponsal de Cristo con la Iglesia. Y debido a esta inserción indestructible, la comunidad íntima de vida y amor conyugal, fundada por el Creador, es elevada y asumida en la caridad esponsal de Cristo, sostenida y enriquecida por su fuerza redentora”.

Obsérvese que el Papa habla de inserción *definitiva e indestructible*, aludiendo sin duda al *carácter* bautismal que sitúa al hombre en una relación ontológica nueva dentro de la *Historia salutis*, cualquiera que sea el modo concreto de vivir las exigencias bautismales. Es aquí donde está otra de las claves para entender el alcance profundo de la sacramentalidad del matrimonio; una sacramentalidad que no la eligen los esposos sino que les viene dada a su matrimonio —si éste es válido— por su simple condición de bautizados, es decir, por el prodigioso acontecimiento de haber sido insertados, “definitiva e indestructiblemente”, en la Nueva y Eterna Alianza. De ahí que el Papa hable con frecuencia de *pacto conyugal entre bautizados* para referirse a su *celebración sacramental*, viniendo a ser sinónimas ambas expresiones.

2º Esto significa, en segundo lugar, la no necesidad *esencial* de ritos sagrados para la “confección” de este sacramento. A ello nos referimos más arriba al comentar este pasaje de la Exhortación Apostólica: “El matrimonio cristiano exige por *norma* una celebración litúrgica, que exprese de manera social y comunitaria la naturaleza *esencialmente* eclesial y sacramental del pacto conyugal entre bautizados” (n. 67).

El hecho de que se inserte por norma en la liturgia no significa que ésta sea *esencial* para la conclusión del pacto conyugal entre bautizados, es decir, para la celebración sacramental. Y aquí radica otra *peculiaridad* del matrimonio respecto de otros sacramentos: el agua del bautismo o el pan de la Eucaristía requieren esencialmente un rito sagrado sin el cual no se produciría el sacramento. En el matrimonio, por el contrario, la naturaleza esencialmente eclesial y sacramental le adviene al pacto conyugal por el hecho de celebrarse entre bautizados. Cosa distinta es la conveniencia —y así lo establece la Iglesia— de que esa realidad intrínsecamente sacramental se manifieste social y comunitariamente en el marco de una celebración litúrgica.

3º Finalmente, el hecho de “ser el sacramento de una realidad que ya existe”, que no se recrea en sentido absoluto, ni se “transustancia” sino que se asume y se eleva, determina que también la intención de hacer lo que hace la Iglesia tenga peculiaridades propias en el matrimonio, puesto que no se trataría de una intención sacramental en el mismo sentido que cuando un sacerdote consagra el pan y el vino con el fin de que se convierta en el Cuerpo y la Sangre del Señor, sino la pura y simple intención de contraer el matrimonio según el designio de Dios tal y como es presentado por la Iglesia. Con palabras de F. Bersini, “*poiché il sacramento è inseparabilmente congiunto al vero contratto, per amministrare e ricevere validamente il sacramento del matrimonio non si richiede l'intenzione interna circa la sacramentalità, cioè quell'intenzione che si riferisce al contenuto intrinseco del rito voluto interiormente come un azione santa, religiosa, sacramentale, ma è sufficiente l'intenzione interna circa il con-*

*tratto, la quale in relazione alla sacramentalità del matrimonio è intenzione puramente esterna, limitata alle sole formalità esterne del medesimo*".<sup>42</sup>

Me parece que éste es el contexto doctrinal en que hay que interpretar las palabras del Papa que directa o indirectamente se refieren al requisito de la intención de hacer lo que hace la Iglesia para la celebración de todo sacramento:

Por ser el sacramento del matrimonio el mismo pacto conyugal instituido por el Creador *al principio*, "la decisión del hombre y de la mujer de casarse según este proyecto divino, esto es, la decisión de comprometer en su respectivo consentimiento conyugal toda su vida en un amor indisoluble y en una fidelidad incondicional, implica realmente, aunque no sea de manera plenamente consciente, una actitud de obediencia profunda a la voluntad de Dios, que no puede darse sin su gracia".

No se trata como se ve de decidir hacer el sacramento, sino sencillamente de contraer un verdadero matrimonio tal y como éste ha sido pensado y querido por Dios, esto es, único e indisoluble. La sacramentalidad sobreviene por su inserción bautismal en la Nueva Alianza; por eso añade más adelante el Pontífice: "Sin embargo, no se debe olvidar que estos novios —se refiere a los que piden de hecho contraer ante la Iglesia aunque no les impulsen a ello motivos auténticamente religiosos— por razón de su bautismo, están ya realmente insertos en la Alianza sponsal de Cristo con la Iglesia y que, *dada su recta intención*, han aceptado el proyecto de Dios sobre el matrimonio y consiguientemente —al menos de manera implícita— acatan lo que la Iglesia tiene intención de hacer cuando celebra el matrimonio". Habrá, por tanto, rectitud de intención, cuando deseen contraer un verdadero matrimonio, aunque no se expresen los novios en términos de fe. Faltará, en cambio, esa rectitud de intención y no habrá matrimonio ni por tanto sacramento, cuando aun queriendo externamente contraer ante la Iglesia, "dan muestras de rechazar de manera *explícita y formal*" el verdadero matrimonio, es decir, "aquello que la Iglesia realiza cuando celebra el matrimonio de bautizados".

### c. Los riesgos de inseguridad jurídica

Hasta aquí hemos expuesto las razones de hondo significado teológico que aconsejan a la Iglesia admitir a la celebración del matrimonio a los imperfectamente dispuestos. Cuando se acata la verdad sobre el matrimonio, aparte los impedimentos y otras exigencias formales, nada impide la celebración del matrimonio, ni siquiera una presumible falta de fe. Por eso es aconsejable su celebración; pero podría no serlo, sin merma de la verdad de las razones invocadas por el Papa. La exigencia de la *profesión de fe* podría elevarse al rango de *exigencia formal* para contraer, del mismo modo que hoy se exige como norma la presencia del párroco o su delegado como testigo cualificado; en cuyo caso hipotético, se trataría de una exigencia formal para contraer matrimonio, no una exigencia para realizar el sacramento; y una exigencia de rango

---

<sup>42</sup> F. BERSINI, "I cattolici non credenti e il sacramento del matrimonio", en *La Civiltà Cattolica*", 127, vol. IV, 1976, p. 556.

positivo, no derivada de la naturaleza del sacramento del matrimonio. Pero tampoco esto sería aconsejable desde un punto de vista práctico, por los muchos riesgos de inseguridad jurídica que implicaría una decisión disciplinar de esa naturaleza. De ahí que el Papa, a las razones bien apuntadas, añada otras de carácter práctico que desaconsejan la denegación del matrimonio por motivos basados en la falta de fe:

“Querer establecer ulteriores criterios de admisión a la celebración eclesial del matrimonio, que debieran tener en cuenta el grado de fe de los que están próximos a contraer matrimonio, comporta además muchos riesgos. En primer lugar el de pronunciar juicios infundados y discriminatorios; el riesgo además de suscitar dudas sobre la validez del matrimonio ya celebrado, con grave daño para la comunidad cristiana y de nuevas inquietudes injustificadas para la conciencia de los esposos; se caería en el peligro de contestar o de poner en duda la sacramentalidad de muchos matrimonios de hermanos separados de la plena comunión con la Iglesia católica, contradiciendo así la tradición eclesial”.

La claridad de estas palabras hace innecesario cualquier comentario. Cuando comentamos en su día la postura al respecto de la Comisión Teológica Internacional ya nos planteamos una serie de interrogantes en la línea de lo que ahora ratifica el Romano Pontífice. “¿Cuál puede ser, decíamos entonces, el criterio para discernir el grado de fe necesario para contraer el Sacramento del matrimonio, para indagar si hay o no algún vestigio de fe, y a quién correspondería emitir un juicio al respecto? No creo que esto tenga una fácil respuesta por lo que de hecho sería también difícil salvar la inseguridad teológica y jurídica a que se sometería la validez del matrimonio, dado que, a los elementos invalidantes del pacto conyugal, habría que añadir un nuevo factor de nulidad por ser un *debitum facti* lo que originaría la falta de fe. Pero ¿cómo demostrar ese nuevo *caput nullitatis* consistente en la falta de fe?”<sup>43</sup>

Siguiendo por ese camino, el riesgo de pronunciar “juicios infundados y discriminatorios” es innegable; como también lo es, como consecuencia, el de negar arbitrariamente el *ius connubii*. A la vista de lo cual se podrían extraer de este ya largo comentario dos conclusiones prácticas:

1º Mientras se mantenga la forma canónica, y en los términos en que se mantenga, habrá de considerarse como una injusticia toda negación del matrimonio ante la Iglesia al que legítimamente lo pida; es decir, al que lo pida con rectitud de intención y no rechace “explícita y formalmente lo que la Iglesia realiza cuando celebra el matrimonio de bautizados”. La indagación sobre su grado de madurez en la fe es útil y necesaria en el plano pastoral pero no como criterio de validez ni como pretexto para denegarle algo a lo que el fiel tiene un derecho fundamental. En el nuevo Código de Derecho Canónico, al igual que en el de 1917, sólo hay una norma a tenor de la cual el abandono notorio de la fe católica puede tener una cierta relevancia jurídica.<sup>44</sup> Según esta norma “excepto en caso de necesidad, sin licencia del Ordinario del lugar no debe asistirse al matrimonio de quien haya abandonado notoriamente la fe católica aunque no haya pasado aún a comunidad eclesial no católica”.

<sup>43</sup> T. RINCÓN PÉREZ, “Implicaciones doctrinales...”, cit. p. 132.

<sup>44</sup> El abandono de la fe mediante un acto formal también tendrá relevancia en orden a determinar el ámbito de obligatoriedad de la forma canónica.

En este supuesto, el Ordinario por su parte no deberá conceder esta licencia sin antes observar las normas cautelares establecidas para los matrimonios mixtos.

El mencionado canon 1071, § 1, 4º, que recoge sustancialmente la disciplina establecida en el c. 1065 del CIC de 1917, no deja de ser una norma importante pero meramente cautelar, cuyo incumplimiento haría ciertamente ilícita la asistencia al matrimonio por parte del sacerdote, pero de ningún modo refleja la idea de que la fe sea una exigencia para la válida celebración del matrimonio. La prueba es que en caso de necesidad así como con licencia del ordinario, el sacerdote podrá asistir; cosa que no ocurriría de preverse que el matrimonio habría de ser nulo. Tampoco se menoscaba por principio el *ius connubii* sino que se regula simplemente su ejercicio. Cabe, ciertamente, el riesgo de que una interpretación rigurosa sobre lo que haya de entenderse por apartamiento *notorio* de la fe, ponga trabas innecesarias a la celebración del matrimonio. Pero adviértase que una norma semejante ya existía en el CIC de 1917 y nadie pensó, basándose en ella, configurar como impedimento dirimente, o algo parecido, la exigencia de fe personal.

2º Al no haberse modificado el nuevo ordenamiento canónico los criterios doctrinales básicos,<sup>45</sup> los riesgos de inseguridad y de injusticia o de juicios discriminatorios a que alude el Papa provendrían de ciertas legislaciones particulares proclives en los últimos años a introducir en sus esquemas normativos criterios doctrinales que no cuadran con las directrices sentadas en la Exhortación Apostólica de Juan Pablo II. De ahí la necesidad de revisar esos directorios pastorales para adecuarlos al Magisterio y a la disciplina universal de la Iglesia. De lo contrario, no sólo se cometería un grave atentado contra un derecho fundamental de todo bautizado, sino que se produciría un notable quebranto a la institución matrimonial “con grave daño para la comunidad cristiana”.

TOMÁS RINCÓN PÉREZ

---

<sup>45</sup> El nuevo código asume nuevamente la tesis de la inseparabilidad entre contrato y sacramento, cuando se trata de matrimonio entre bautizados y no entre creyentes como cierto sector doctrinal había propuesto: la alianza matrimonial entre bautizados fue elevada por Cristo a la dignidad de sacramento. Por tanto, entre bautizados no se concibe un contrato matrimonial válido que por ello mismo no sea sacramento.

## LOS ORÍGENES DEL PENSAMIENTO JURÍDICO EN LA GRECIA ANTIGUA

SUMARIO: I. LOS PRIMEROS TIEMPOS. — II. LAS PRIMERAS ESCUELAS FILOSÓFICAS: 1. *La escuela jónica*. 2. *La escuela pitagórica*. — III. HERÁCLITO Y LA FILOSOFÍA DEL DEVENIR. — IV. LA FILOSOFÍA DEL SER. — V. CARACTERÍSTICAS DESCOLLANTES DE LA ETAPA PRESOCRÁTICA. — VI. LA EVOLUCIÓN DE LAS IDEAS EN LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO. — VII. INFLUENCIA DE LOS SOFISTAS EN EL PENSAMIENTO DE LA ATENAS DEL SIGLO V A. C. — VIII. EL PENSAMIENTO DE SÓCRATES. IX. LA IDEA MORAL EN SÓCRATES. — X. LA IDEA DEL DERECHO EN SÓCRATE.

### I. LOS PRIMEROS TIEMPOS

El ingreso de los pueblos helenos en la península que lleva su nombre, anterior al primer milenio antes de Cristo, trajo como consecuencia un cambio notable con respecto a las civilizaciones mediterráneas. Se modificó el equilibrio de poder de esta región surgiendo la aparición de pueblos que dieron origen a mezclas sociales nuevas, aglomeraciones políticas y combinaciones internacionales, hasta entonces desconocidas.

Basta señalar en tal sentido la aparición de los etruscos en Italia, los fenicios en la costa Siria, la constitución del reino de Israel, y la decadencia del predominio de Egipto en el mundo oriental.<sup>1</sup>

En la maravillosa aventura del pensamiento desarrollada a través de la historia se encuentran, en un largo período que se inicia con el tiempo en el cual los griegos ingresan en sus tierras, los antecedentes en las corrientes filosóficas que florecieron con posterioridad e imprimieron su sello a cosmovisiones de fundamental importancia, aun en el mundo contemporáneo.

De ahí el interés que tiene el examen de estos balbuceantes esquemas reflexivos de la mente humana para la comprensión de las ideas reinantes en los diversos períodos históricos, ya que en cuanto concierne al mundo occidental, encuentra en lo griego uno de sus hitos mayores.<sup>2</sup>

El deseo del hombre de conocer lo ha llevado a aplicar su espíritu a los temas más diversos y vastos, que conciernen a la sustancia, al origen y al destino del universo entero. Pero este afán de conocimiento se fue haciendo sistemático y dividiéndose por áreas, con la correspondiente selección metodológica, luego de un largo peregrinaje. Es por ello que no debemos ver en esta etapa histórica una enunciación rigurosa de postulados científicos y filosóficos, conceptos que eran desconocidos. Por otra parte, la ausencia de fuentes confiables

<sup>1</sup> MARIANO DE VEDIA Y MITRE, *Historia General de las ideas políticas*, t. II, Guillermo Kraft, p. 4.

<sup>2</sup> FRANCISCO J. OLIVIERI, "La noción de justicia en los orígenes del pensamiento griego" en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Abeledo Perrot, p. 51.

y la imposibilidad de delimitar con caracteres precisos tiempos históricos, hacen que sólo sea posible enunciar datos fundamentales de las concepciones reinantes, muchas de las cuales seguramente escapan al registro de la historia.

Afirma Mariano de Vedia y Mitre, en la obra citada, que tanto para el concepto de los griegos clásicos como para nosotros, la historia de Grecia comienza con Homero.

Es que a pesar de lo impreciso que resulta la existencia real del personaje y de la autoría de los poemas homéricos, éstos constituyen la obra escrita más antigua de los helenos.

El mundo homérico es de tiempos duros en los cuales se juega la subsistencia de los pueblos. Éstos se someten a una disciplina patriarcal bajo la éjida de un rey que hace de pastor de pueblos dedicados a las tareas ganaderas y agrícolas.

En Homero encontramos una referencia al derecho ligada a la totalidad del orden ético.

La religión engloba a la moral y a la política y los dioses intervienen directamente en las acciones de los humanos, algunos de los cuales se hallan emparentados con aquéllos.

Fue la mitología, en consecuencia, la que impulsó una progresiva concepción de la virtud como justicia.

El mundo del universo se hallaba regido por leyes éticas y todas las cosas respondían a un derecho natural de orden cósmico. Las leyes se cumplían inexorablemente y no sólo concernían a los hombres, sino también a los dioses.<sup>3</sup>

Esa virtud inserta en la naturaleza del hombre que en los tiempos homéricos se traduce en valentía, implicaba, al decir de Llamblas de Azevedo, una suerte de justicia, según recuerda Fernández Sabaté.

Themis y Dike, personajes mitológicos con los cuales los griegos identificaron y designaron a la justicia, eran parte a su vez del universo que se revelaba a los hombres mediante los dioses.

La primera Rapsodia de la *Odisea* describe de una manera elocuente la forma en que los dioses intervenían en los asuntos humanos.

Esta concepción del mundo reveladora de un orden cósmico sujeto a leyes inexorables abarcaba el orden total de la vida, hallándose dentro de él, el obrar humano, en el cual Themis tenía a su cargo la vigilancia del respeto por las leyes, el cuidado de los dioses, la piedad filial, la fidelidad conyugal y otros deberes que constituían el orden social.<sup>4</sup>

Hesíodo en *La Teogonía* hace entrar en primer plano a Dike, hija de Zeus y Terenius al lado de sus hermanas Eunomia (el buen orden) y Tirené (la paz).

---

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ SABATÉ, *Hombre y comunidad a través de la historia*, t. I, Depalma, p. 60.

<sup>4</sup> OLIVIERI, ob. cit., p. 54.

El padre de los dioses es el protector del derecho, pero el punto central de la poesía hesiódica, no está en Zeus, sino en Dike, portadora del derecho desde el Olimpo a la Tierra y encargada de difundirlo entre los hombres y de protegerlo y conservarlo.

Existe un orden universal mantenido por Zeus y regido por leyes. En la naturaleza irracional rige la ley de Bía, que es la ley de la causalidad; entre los hombres impera la ley de Dike. Cuando el hombre se aparta de ella destruye su esencia.

La legislación y la jurisprudencia no son actos de pura voluntad sino que los hombres encargados de su realización deben descubrir el derecho, a cuyo efecto han de contemplar el caso para resolverlo, conforme con la ley de Dike.

Hesíodo reconoce que no todo lo que reviste forma jurídica es auténtico derecho, sino solamente lo es aquella sentencia que, además de tener la forma, es pronunciada en acatamiento a la ley de Dike.<sup>5</sup>

En la obra de Hesíodo queda reflejada la transformación sufrida por la sociedad griega. De aquel aspecto heroico que presenta la obra de Homero se pasa a la sustitución de la fuerza bruta por la activa y voluntaria obediencia a la ley divina.

Se opone de esta manera el derecho al hecho y por eso se manifiesta en su obra, aunque de una manera determinada, el sentimiento de una regla ideal, que sirve de norma para apreciar las condiciones sociales existentes y que coloca al derecho muy por encima del hecho.<sup>6</sup>

A medida que las condiciones sociales reinantes se van modificando, la idea de la buena legislación y de sus beneficios se hace más importante.

Solón, que aparece como uno de los integrantes de los siete sabios, refleja una orientación claramente política en sus pensamientos.

Si bien se remite igualmente a Dike, considera que el estado sólo puede prosperar si se mantienen en equilibrio las fuerzas sociales. Para esto es necesario el concurso de la fuerza, ya que no resulta en oposición a la justicia, como en el caso de Hesíodo, sino que pone en manos del reformador los medios necesarios para alcanzar el fin.

El derecho, en consecuencia, no puede desprenderse del poder, pues solamente puede hacer reinar la paz y la concordia sociales en la medida en que sea apto para imponerse también a las fuerzas hostiles.

En la idea del buen orden social aparece, por primera vez, la idea de justicia distributiva que permite dar a cada miembro de la comunidad según sus realizaciones y aptitudes, en tanto la justicia conmutativa se propone la reparación del daño causado por una violación al derecho mediante la imposición de una sanción jurídica o de una pena.

---

<sup>5</sup> VERDROSS, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, pp. 13/14.

<sup>6</sup> ROBIN, *El pensamiento griego y los orígenes del espíritu científico*, Uteha, p. 20.

## II. LAS PRIMERAS ESCUELAS FILOSÓFICAS

### 1. La escuela jónica

El deseo de conocer, la curiosidad por la naturaleza de las cosas, trajo como consecuencia que el pensamiento humano pasara de una concepción teogónica a inquirir el porqué de aquéllas y buscarles una explicación basada en la reflexión.

Fue en las ciudades griegas de Jonia, situadas sobre el Asia menor, en donde por primera vez se desarrolló un pensamiento de carácter filosófico, no sin dejar de aclarar que no existe una separación entre ciencia, teología y filosofía.

La primitiva filosofía jonia se halla representada por tres hombres: Tales, Anaximandro y Anaxímenes.<sup>7</sup>

Del primero sólo se obtienen referencias inéditas y fragmentarias a través de la obra, fundamentalmente, de Aristóteles.

Su doctrina sobre el principio de todas las cosas constituido por el agua, aporta la idea de un fundamento permanente y de una materia causante del devenir que surge por primera vez y se distingue de las antiguas teogonías, en las que el origen del universo aparece bajo formulaciones misteriosas.<sup>8</sup>

En Anaximandro, el infinito es el principio elemental de todos los seres, resultando inengendrado e indestructible. La generación se produce al separarse los contrarios por obra del movimiento eterno.

De acuerdo con un pasaje de su obra tanto la generación de los seres como su devolución responden a una ley necesaria, pues ellos deben expiar recíprocamente la culpa y la pena de la injusticia en el tiempo.

A la injusticia debe seguirle la expiación según el concepto de ley jurídica y moral. Se tiene así una idea de legalidad universal que constituye la metafísica de Anaximandro y que, por otra parte, no es nueva ya que deriva de concepciones anteriores.<sup>9</sup>

Se traslada de esta forma el principio de legalidad que preside la sociedad humana al mundo de la naturaleza en el cual también se introduce una razón ordenadora y reguladora del cosmos.

Anaximandro funda las bases de su cosmología sobre tres principios: el universo ha evolucionado a partir de una masa única indiferenciada, todas las cosas se hallan en continuo movimiento y el desarrollo consiste en un conflicto de opuestos.<sup>10</sup>

Anaxímenes da un paso atrás con respecto al pensamiento de Anaximandro pues considera al aire infinito como principio de las cosas. De esta manera al

<sup>7</sup> ARMSTRONG, *Introducción a la filosofía antigua*, Eudeba, p. 15.

<sup>8</sup> ROBIN, ob. cit., p. 36.

<sup>9</sup> MONDOLFO, *El pensamiento antiguo. Historia de la filosofía greco-romana*, p. 43. El autor transcribe un pasaje atribuido a Anaximandro en el cual existe una concreta alusión a un principio de legalidad.

<sup>10</sup> THOMSON, *Los primeros filósofos*, Eudeba, p. 186.

suprimir el conflicto de los opuestos, pues reconoce una misma cualidad originaria para el mundo entero, dio lugar a posteriores desarrollos, no siempre conciliadores con las ideas expuestas por la escuela de Mileto.

## 2. La escuela pitagórica

La doctrina pitagórica tomó de los mitos y leyendas órficas numerosos detalles de organización y de forma de vida.

La dificultad de establecer con precisión las diversas etapas en que se desarrolló la doctrina, impiden también determinar si ésta pertenece a la primera generación de la escuela, o al renacimiento neopitagórico que corresponde al siglo I a. C.<sup>11</sup>

En lo fundamental se trata de una secta religiosa que proporcionó a sus fieles un credo para la purificación y salvación de las almas que consideraban divina e inmortal, y que en su caída, se hallaba encarcelada por el cuerpo y condenada a permanentes reencarnaciones hasta su purificación y posterior reingreso al mundo divino. Como escuela filosófica, debe el pensamiento sus primeros triunfos, en su esfuerzo por extraer las esencias abstractas de las cosas y por asignar a los fenómenos leyes simples e inteligibles.<sup>12</sup>

Pitágoras es el propulsor de la justicia matemática. El mundo es un todo armonioso fundado en una determinada relación numérica, el número sería la medida de todas las cosas, ninguna de las cuales podría tener existencia sin ese principio.

Este pensamiento de la armonía universal fue trasplantado del mundo de la naturaleza al orden social de los hombres. Aparte de que exigió a cada ciudadano el respeto a los dioses, a la ley y a los hombres, requirió una conducta consecuente con las normas señaladas y enseñó que la justicia consiste en la igualdad de lo igual o en el número cuadrado, porque ella recompensa igualmente a lo igual.

En la doctrina pitagórica aparece igualmente la idea de justicia distributiva que ya inquietara a Solón. El legislador asigna a cada ciudadano un orden determinado en el esquema social.

Por eso esto irradia desde un punto central al que deben sumarse todos los ciudadanos con un sentimiento sincero de paz y benevolencia.

La doctrina pitagórica contempla, pues, un orden del universo en armonía, pero también, un orden geométrico en la vida social. Este orden geométrico constituye la expresión de la justicia distributiva, que consiste en la distribución de las cargas y honores sociales conforme con la aptitud de cada persona.<sup>13</sup>

Mediante la igualdad es posible la reconciliación con los vínculos sociales y cesa la competición. Por ello los pobres reciben de los poderosos y los ricos dan a los necesitados, confiando ambos en ella para recibir después igual.

<sup>11</sup> ARMSTRONG, ob. cit., p. 23.

<sup>12</sup> ROBIN, ob. cit., p. 67.

<sup>13</sup> VERDROSS, ob. cit., p. 22.

Regla y obstáculo de los injustos, hace desistir a los que saben reflexionar, antes de que cometan injusticia, convencéndolos de que no podrán permanecer ocultos cuando vuelvan al mismo lugar; y a los que no saben, revelándoles su injusticia en el acto mismo, les impide cometerla.<sup>14</sup>

Estas ideas son fundamento de concepciones filosóficas que tienen hondas implicancias en la filosofía del derecho.

### III. HERÁCLITO Y LA FILOSOFÍA DEL DEVENIR.

Para Heráclito todas las cosas se hallan en un continuo devenir. Pertenece al siglo v a. C. y el fondo de su pensamiento se halla dominado por la antigua cosmología milesia.

No sólo hay en él un perpetuo cambio, sino también un perpetuo conflicto.

Sin embargo el flujo incesante de las cosas y del sujeto cognoscente es el primer momento de la especulación de Heráclito; es el dado por la experiencia al que se opone la razón y la necesidad religiosa de la unidad permanente.<sup>15</sup>

Es que ese mundo de cambio y conflicto no constituye un mero caos, sino que se halla gobernado por un principio permanente de unidad y armonía.

Esa armonía oculta del universo es creada por el *Logos* eterno, todo ocurre en el universo conforme con él.

Según esta doctrina el *logos* eterno que es ley porque es Dios, inteligencia omnigobernante que parece identificarse con el fuego, eternamente vivo, que constituye la materia sustancial del universo, debe ser distinguido del *logos* humano.<sup>16</sup>

No obstante el hombre posee la facultad de captar el sentido del *Logos* divino, pues éste mora en lo más profundo del alma humana, el hombre puede captarlo en el acto de conocerse a sí mismo. Para ello es preciso que busque en lo más profundo de su alma el *Logos* divino.

Si bien en éste está encerrada una comunidad de ver, pensar y actuar y es comprensivo de todo lo existente, se desenvuelve dentro de un devenir en eterno conflicto.

La comunidad del hombre está sometida a las leyes generales del universo y así como existe una ley que rige la armonía de esto, así también los ciudadanos para lograrla deben someterse a la ley de la *polis*.

En la filosofía heraclitiana las contradicciones que se presentan en el mundo empírico se resuelven a través de la lucha y son fundidas en una unidad superior por la ley oculta de la armonía que se halla realizada en el ser.

Aquí se halla presente la idea de lucha y evolución del derecho y la exis-

---

<sup>14</sup> La cita corresponde a un párrafo de Arquitas, discípulo de Pitágoras, transcripto por Mondolfo en la obra citada, p. 73.

<sup>15</sup> MONDOLFO, ob. cit., p. 47.

<sup>16</sup> ARMSTRONG, ob. cit., p. 28.

tencia de un orden divino posible de captar en su sentido a través del alma humana.<sup>17</sup>

En esta etapa no se halla delimitado el campo del derecho, más aún, tampoco lo está el de las ciencias ya que ellas se confunden con la filosofía y con las concepciones cosmogónicas del mundo.

Aparecen sí ciertas ideas como las de justicia conmutativa y distributiva, poder coactivo, existencia de un orden superior y la posibilidad de su captación por el alma humana que van a constituir pilares en los edificios de posteriores sistemas de la filosofía del derecho.

Heráclito coloca a la ley divina por encima de todo y todas las leyes humanas se nutren de ella. Por ello escuchando a la Razón es sabio reconocer lo uno en todas las cosas, ya que lo universal es lo común.

#### IV. LA FILOSOFÍA DEL SER.

Parménides de Elea floreció alrededor del año 500 a. C. Su filosofía por el lugar en que se desarrolla pertenece a los itálicos ya que fue ciudadano de Elea.

Se halla convencido de que toda la realidad es una y su lógica constituye el punto de partida del pensamiento platónico. Su proposición fundamental es la siguiente: "lo que es es, y es imposible que no sea".

El pensamiento por lo tanto no puede seguir el camino del no-ser, ya que es imposible pensar en la no existencia absoluta.

Sostiene que la misma cosa es el pensar y pensar que es, porque sin el ser, en lo que está expresado, no podría encontrarse el pensamiento.

Significa ello que pensar una cosa es pensarla existente y al mismo tiempo la pensabilidad de esa cosa significa su existencia.<sup>18</sup>

De acuerdo con su pensamiento el uno primero, dice, permanece inalterado e inmutable. No puede disminuirse, acrecentarse o dividirse y de esta manera ni nace, ni muere, no se mueve, ni cambia y por último está limitado.

Se trata de un solo geométrico, cuyas propiedades no son ni materiales, ni espirituales, sino meramente matemáticas y lógicas.<sup>19</sup>

Para el ser no hay pasado ni futuro; está en un presente eterno y de esta manera no existe el devenir.

La importancia de este pensador reside en presentar el problema de la unidad y multiplicidad en una forma razonada, clara y aguda.

<sup>17</sup> VERDROSS ob. cit., p. 24.

<sup>18</sup> MONDOLFO, ob. cit., p. 79, en donde se halla la cita del fragmento de la obra de Parménides, sobre la naturaleza.

<sup>19</sup> ARMSTRONG, ob. cit., p. 31.

## V. CARACTERÍSTICAS DESCOLLANTES DE LA ETAPA PRESOCRÁTICA.

Esta época nos revela una permanente preocupación filosófica por la naturaleza. Los pensadores que se destacan en ella tienden a buscar el último principio de las cosas y a establecer una cosmovisión que permitiera comprender cabalmente al mundo.

Es claro que tal manera de pensar debía tener sus inconvenientes dada las limitaciones que presenta la razón humana.

Así mientras que para Heráclito "todas las cosas están en devenir" constituyendo el proceso de cambio la unidad en la diversidad, siendo algunas de sus ideas recogidas por Platón y los estoicos, e incluso, admiradas por Hegel y Nietzsche, Parménides el fundador de la escuela eleática, rechazó el intento del primero de explicar el cambio como unidad en la diversidad.

Para este último el concepto de cambio no es lógicamente ni pensable, ni expresable. Al negar el proceso de cambio se coloca en las antípodas de Heráclito.

Tampoco dan mayor resultado las tratativas de otros pensadores para conciliar posiciones diametralmente opuestas. En este sentido son Empédocles y Anaxágoras quienes realizan los mayores esfuerzos mediante la combinación de los elementos de las distintas teorías.

Empédocles se halla de acuerdo con Parménides en que el ser es creado e indestructible, pero no comparte la idea de que consiste en el Uno. Es lo múltiple lo que no cambia y es eterno. Así aunque los objetos pueden cambiar, existen partículas que no cambian y son inmutables.

Concibe el proceso cósmico como un ciclo en el cual los elementos sufren alternativas de reparación y unión y es sólo en las etapas intermedias, cuando no hay ni completa separación, ni completa unión de los elementos, cuando pueden existir los entes particulares y el universo tal como lo conocemos.

Anaxágoras, figura dominante en la vida intelectual de la Atenas del siglo de Pericles, introduce el concepto de mente que distingue de la materia. Los elementos ya no son ordenados en virtud de principios un tanto místicos como el amor y el odio, sino que lo hacen a través de un principio racional ordenador de la materia.<sup>20</sup>

El movimiento ordenado es concebido como un proceso gradual de separación y distinción a partir de una mezcla original, merced al cual se llega al universo de cosas particulares que conocemos.

Las transformaciones de las cosas son infinitas y ninguna cosa cesa de dar nacimiento a otras; por lo que resulta necesario que cada cosa contenga en sí, mezcladas e indivisibles, la simiente de todas ellas.<sup>21</sup>

Tal diversidad de opiniones, unida a la falta de claridad en el intento de lograr una explicación grandiosa del comportamiento de la naturaleza, hizo que la atención en tal sentido disminuyera y se centrara sobre otras cuestiones.

<sup>20</sup> STUMPF, *De Sócrates a Sartre*, pp. 10 y s.

<sup>21</sup> BREHIER, *Historia de la filosofía*, Sudamericana, t. I, p. 270.

Aquella cosmovisión del universo dejó paso a la preocupación por el comportamiento del hombre.

Tal hecho generó dos consecuencias remarcables. Una de ellas se tradujo en un cierto escepticismo respecto de la posibilidad de lograr una comprensión acabada del universo.

La otra se evidencia porque la actividad filosófica se dirige al problema del conocimiento humano, convirtiéndose el mismo escepticismo en un tema de análisis filosófico.

Los principales momentos de este debate se dan entre los sofistas y Sócrates. Ya veremos sus consecuencias en el campo de la filosofía del derecho.

## VI. LA EVOLUCIÓN DE LAS IDEAS EN LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO

De acuerdo con las teorías expuestas se puede apreciar que los griegos concibieron al derecho como un orden objetivo divino, como un orden cósmico, cuyas puertas se abren al hombre que penetra en él.

Sin embargo, una serie de acontecimientos políticos y sociales hicieron que el pensamiento heleno tomara otros rumbos.

Se extingue la creencia en el orden divino y en los antiguos dioses para ir ganando proporciones un escepticismo que pone el acento en el orden subjetivo, convirtiendo al hombre en el punto central de la meditación filosófica.

De esta manera no solamente se liberaba de sus ataduras con relación al orden cósmico en que se hallaba inmerso, sino que igualmente lo hacía la sociedad humana que quedaba anclada en una permanencia subjetiva.

Tales concepciones traen una modificación en el pensamiento jurídico. La justicia no se asienta ya en un orden universal, sino que lo hace en la cualidad subjetiva del ser humano. Se convierte en un sentimiento que es inexistente más allá de la conciencia humana.

De tal suerte el nuevo derecho no es descifrable de un orden cósmico objetivo. Por el contrario, él responde a los sentimientos de la comunidad y es elaborado por la asamblea del pueblo, adoptando una decisión mayoritaria, después de confrontar las opiniones contradictorias de sus integrantes.

Esta transición del pensamiento objetivo al subjetivo es encarada por diversos pensadores, entre los cuales se puede citar a Protágoras y a Demócrito, fundadores de un relativismo jurídico-filosófico.

La doctrina del primero tiene su raíz en la conocida frase *homo-mensura*. El hombre pasa a ser la medida de todas las cualidades y valoraciones.

La formación de las normas jurídicas se apoya en el sentimiento de justicia, sentimiento de lo justo que no nace de una apreciación aislada, sino que es necesario el choque de las ideas del pueblo, para determinar cuáles normas pueden valer como derecho.

Las opiniones del pueblo deben ser orientadas por los educadores y los

oradores, sin perjuicio de que se considere aptos a los hombres para que, en definitiva, puedan lograr un mejor ordenamiento jurídico.

Protágoras elude caer en un positivismo extremo pero tampoco reconoce, a diferencia de los pensadores citados con anterioridad, ni un derecho natural, ni un derecho divino.

Algunos van más lejos y caen en un relativismo jurídico radical, tal el caso de Gorgias, para el cual lo justo nace de las decisiones de las asambleas del pueblo que conducen a la equidad del caso concreto.

Demócrito entiende al mundo social también compuesto por átomos. La combinación de esas partículas producen en el Universo y en el espíritu una cierta armonía que es esencial para que los hombres puedan vivir en paz.

Esta armonía social descansa en un cierto equilibrio de fuerzas y es inmanente a la comunidad.<sup>22</sup>

Con los sofistas aparece la tesis del derecho natural fundado en la naturaleza y contrapuesto al derecho positivo.

Dentro de estas concepciones, algunas pretenden salvar la dudosa validez del derecho estatal, haciéndolo descansar en el derecho natural.

Otras privan de valor al derecho estatal, declarando contrarios a la idea del derecho natural a aquel derecho o a determinados mandamientos estatales.

La sofística coloca al lado y como medida del orden jurídico vigente en las sociedades griegas, a un derecho ideal que sería conforme con la naturaleza.

Sin embargo, no pudo precisar cuál sería el fundamento de ese derecho natural, ni cuáles podrían ser las normas extraídas de la naturaleza, ya que algunos hicieron referencia al derecho del más fuerte, tal el caso de Calicles y otros a la cualidad zoológica de los seres humanos.

El resultado de tales procedimientos fue una mezcla y confusión que impidieron concretar las normas que correspondían al derecho natural y que les darían validez como tales.

No obstante puede verse en estas ideas un principio iusnaturalista vinculado con la de los derechos universales.

## VII. INFLUENCIA DE LOS SOFISTAS EN EL PENSAMIENTO DE LA ATENAS DEL SIGLO V A C.

Ya se dijo en el capítulo anterior que el interés de la filosofía se desvió hacia nuevos horizontes.

Los sofistas por regla general eran personas de una vasta cultura enciclopédica que llegaron a Atenas desde diversos puntos del mundo antiguo, la mayor parte de ellos en calidad de profesores ambulantes o como en el caso de Hipias de Elis, como embajadores.

<sup>22</sup> VERDROSS, ob. cit., pp. 33-35.

Se dieron asimismo el nombre de sofistas o "intelectuales" y provenían de distintas culturas.

Además del bagaje cultural de que se hallaban compenetrados y que absorbía la mayor parte de los conocimientos vigentes en la época, los sofistas eran peritos en el arte de la retórica. Tales condiciones hicieron que se dedicaran a la docencia, adiestrando a los ciudadanos atenienses, quienes por otra parte participaban en la vida pública, dado el sistema democrático de gobierno.

La reputación de los sofistas fue al comienzo muy favorable, ya que prestaban un importante servicio en la formación de la juventud. Sus amplios conocimientos de la gramática, su capacidad en el discurso y el amplio dominio en la retórica, los convertía en personajes populares.

No obstante su influencia, en definitiva, no puede señalarse como enteramente beneficiosa, pues dadas las características con que se hallaba adornada su cultura y los métodos empleados, aportaron bastante al desarrollo del escepticismo, así como también su influencia fue utilizada en sentido muchas veces negativo o perjudicial.

El arte de la persuasión llevó a enseñar a los jóvenes tanto la defensa de una causa justa como de una injusta. Esto hizo que al aumentar la influencia y divulgación de las ideas expuestas por los sofistas, éstos se convirtieran en sospechosos de introducir concepto disolventes.

Protágoras, que tal vez fue uno de los más influyentes, negó la posibilidad de lograr un conocimiento que descubriera la naturaleza verdadera de cada cosa.

En el aspecto ético, mantuvo la idea de que los juicios morales son relativos y de que cada pueblo tenía sus propias reglas.

Con ello se negaba la existencia de una ley natural para todos los hombres, aunque reconoció la existencia de que la idea de ley reflejaba un deseo general de los humanos.

Distinguió entre naturaleza y convención y afirmó que las leyes se basan en las convenciones. De ello se sigue que cada sociedad posee su sistema normativo y no hay modo de juzgar, aparte de ciertas observaciones de sentido común, cuáles son verdaderas y falsas.

Si bien el relativismo no fue llevado a términos absolutos, ya que no dejó librado al criterio personal decidir cuáles leyes deben ser aceptadas, consideró que es el Estado el que debe hacer las leyes y que éstas son necesarias para mantener una sociedad estable y ordenada.

Tal idea de la convención, del acuerdo o del pacto ha de tener decisiva significación en corrientes filosóficas de la época moderna y ha pasado a ser inspiradora de muchos sistemas de derecho positivo.

Pero la idea de relativismo que introduce, al aceptar un sistema legislativo de validez únicamente para determinada comunidad, sin que pueda decirse de él que constituya algo verdadero y bueno, ha sido también origen de diversas perturbaciones que han tenido concreción en sistemas ideológicos.

De todas maneras la crítica contra tal pensamiento tuvo su desarrollo desde la antigüedad, pues constituyó una de las preocupaciones de Sócrates y Platón.

Gorgias llegó a Atenas en calidad de embajador de su ciudad natal, Leontini, situada en Sicilia.

Es sostenedor de un escepticismo radical dado que entendió que nada existe, que si algo existe es incomprensible, y que si es comprensible, es incommunicable.

Trasímaco afirmó que la injusticia debe ser preferida a la justicia. Mediante ella la persona resulta superior en inteligencia y carácter y llevada a la perfección permite dirigir ciudades y naciones enteras.

La justicia se convierte en el interés del más fuerte, siendo la fuerza equiparada a lo justo. Se equipara justicia a poder con la consiguiente reducción del primer término. Es consecuencia de una constante inclinación de los sofistas a radicalizar posiciones y que llevará a provocar la reacción de otros pensadores, para recuperar las bases de un juicio moral despojado de tales relatividades.<sup>23</sup>

#### VIII. EL PENSAMIENTO DE SÓCRATES.

No es raro encontrar que el pensamiento de un hombre responda a las circunstancias del mundo que lo rodean. De cualquier forma es innegable que el mundo circundante influye poderosamente en la conformación espiritual del individuo.

Analizar el pensamiento de Sócrates es en cierta manera tener presente las condiciones que imperaban en esa época en el mundo de la cultura helénica.

La sofística del siglo v representa un conjunto de esfuerzos independientes para satisfacer, por medios análogos, idénticas necesidades. Estas son las de una época y de un país, en que todo ciudadano podía tomar parte en la discusión de los asuntos públicos, en los que podía acceder a los cargos y magistraturas existentes y en los que la virtud de la palabra asumía contornos preponderantes.

El peculiar sistema de democracia implantado en la Atenas de tal época hacía que los esfuerzos individuales establecieran también una suerte de competencia, que no pocas veces desembocaba en conflictos que se ventilaban ante los tribunales populares.

Generalmente el impulso individual estaba acompañado por ambiciones personales que tensaban la disputa, que impulsaban el ardor en la defensa de las cuestiones, con el afán de demostrar, al menos en la oratoria, el predominio de virtudes personales.<sup>24</sup>

De tal suerte eran necesarios maestros que enseñaran el acto de la oratoria y del triunfo individual, con el consiguiente ahorro de esfuerzos y decepciones de la experiencia.

<sup>23</sup> Ver STUMPF, ídem, pp. 24-27.

<sup>24</sup> ROBIN, *El pensamiento griego y los orígenes del espíritu científico*.

En este arte eran maestros los sofistas. De ahí su influencia en la Atenas de su tiempo y su enseñanza del buen consejo en los asuntos públicos y privados, del medio para convertirse en superiores a sus compañeros y de un especial sentir de la virtud.

Su magisterio, que estaba vinculado con las necesidades existentes, responde por otra parte a un provecho personal del sofista, pues recibía remuneración por sus lecciones, igual que cualquier artesano, con escándalo de Platón y Aristóteles.

Es en ese medio en que nació Sócrates en el año 470 a. C. Atenas había alcanzado un nivel sin precedentes de poder y esplendor y se había constituido en el faro que iluminaba el pensamiento filosófico y científico de la época.

Si bien este pensador no dejó nada escrito, su obra es conocida a través de los trabajos de Aristófanes, Platón y Jenofonte.

Pero también este humanismo, lleno de relativismo, trajo como consecuencia una desintegración y desmoralización final. La efervescencia intelectual y la especulación de los sofistas produjo su efecto en la juventud que puso en práctica las enseñanzas de sus maestros.

Es frente a ese medio en que incursiona Sócrates. Manifiesta Armstrong que en toda la historia de la filosofía europea no se dio otro caso de alguien que, por el mero hecho de ser el que fue, haya cambiado de una manera tan radical la dirección del pensamiento.<sup>25</sup>

A la superficialidad del método utilizado por los sofistas opone la profundidad del análisis. Parte del interior del hombre, de su personalidad consciente, para afirmarse ante él.

Condena la erudición al afirmar la ignorancia y libera a la conciencia de toda autoridad tradicional. El método de Sócrates, si bien formal, tiene un contenido permanente, que es el mismo contenido de la conciencia ante la cual gira el método.<sup>26</sup>

Sócrates descarta lo individual y lo contingente, tratando de extraer lo universal y lo permanente.

Está convencido de que la manera más segura de lograr un conocimiento es a través de una conversación disciplinada, método que llamó dialéctico. Parte de los presupuestos más obvios de un problema para comenzar la discusión.

Pero el aspecto principal de la metodología empleada se resume en la definición. Tras los aspectos mudables o cambiantes en las cosas particulares se oculta algo que permanece invariable, que no cambia, ni deja de ser. Es por ello que Aristóteles le adjudicó "los argumentos inductivos y las definiciones universales"; mientras los sofistas relativizan ideas tales como las de justicia y libertad, Sócrates por su proceso de definición va más allá de las diferencias. Tras el mundo de los hechos cree en un orden de cosas que el alma humana puede descubrir.

<sup>25</sup> ARMSTRONG, ob. cit., p. 50.

<sup>26</sup> ROBIN, ídem, p. 152.

Introduce el concepto de finalidad que fue desarrollado posteriormente por Platón y Aristóteles considerando que hay una actividad adecuada a cada naturaleza. Si el hombre es un ser racional, obrar racionalmente es la conducta apropiada a la naturaleza humana.<sup>27</sup>

Concebido el mundo con un orden, inteligible tras el mundo de la experiencia, las cosas no sólo tienen sus propias funciones y naturalezas específicas, sino que se subordinan en un orden del universo.

#### IX. LA IDEA MORAL EN SÓCRATES

Sócrates parte de un concepto fundamental: identifica conocimiento con virtud.

Pero al mismo tiempo introduce un presupuesto teleológico en el orden moral.

No es el simple conocimiento de las cosas en su aspecto exterior el que haría bueno al hombre. Si conocer es hacer lo bueno e ignorar es el vicio, tal conocimiento se halla referido a la intimidad de la conciencia humana.

Así el hombre puede proceder mal pero ello no es producto de un acto a sabiendas sino que es el fruto de la ignorancia.

Ahora bien, si la persona humana obra racionalmente tienda, asimismo, al deseo de felicidad o el bienestar del alma. Ello significa que, aunque obrando mal se crea que de esta manera puede lograrse una mayor felicidad. Por consecuencia, tal comportamiento, si bien equivocado, responde a idea errónea. Es la ignorancia la que lleva a proceder de esta manera, motivo por el cual la identificación de ignorancia con el vicio no resulta tan contraria al sentido común.<sup>28</sup>

Para Sócrates el cuidado del alma se constituye en algo verdaderamente valioso. Así como nuestro cuerpo no podría vivir si no se conserva a través de un régimen sano, con mayor razón la parte en donde reside la justicia y la injusticia resultaría destruida en el caso de caer en el vicio.<sup>29</sup>

Este sentimiento de justicia, de virtud, que el hombre es capaz de conocer a través de una reflexión sobre su propia conciencia, trasciende al mismo ya que Sócrates creyó que la estructura fundamental de la naturaleza humana es constante y que ciertos comportamientos, y por ello ciertos valores morales, también lo son.

De ahí la posibilidad de concebir un orden racional virtuoso en el *ethos* social con el deber de esforzarse continuamente en su elevación para lograr la categoría moral de los mejores ciudadanos.

#### X. LA IDEA DEL DERECHO EN SÓCRATES.

En la concepción socrática la idea del derecho debe buscarse y afianzarse en la naturaleza del hombre.

<sup>27</sup> STUMPF, ídem, p. 32.

<sup>28</sup> STUMPF, ídem, p. 35.

<sup>29</sup> PLATÓN, *Critón, o del deber*.

Por cierto, al identificar verdad con virtud y hallándose la justicia comprendida en este último concepto, no cabe sino acudir al comportamiento humano para realizar el aspecto concreto de este pensamiento.

Así, en el *Critón* reflexiona que es preciso no hacer injusticia, ni volver el bien por mal, cualquiera que haya sido recibido.

Es en este diálogo donde también aparece Sócrates como respetuoso de las leyes del Estado. Luego de su condena, a la que considera injusta, sostiene que "es preciso respetar la patria en su cólera, tener con ella la sumisión y miramientos que se tiene a un padre, atraerla por la persuasión u obedecer sus órdenes, sufrir sin murmurar todo lo que quiera que se sufra, aun cuando sea verse azotado o cargado de cadenas... y que lo mismo que en los campos de batalla, que ante los tribunales, que en todas las situaciones, es preciso obedecer lo que quiere la república, o emplear para con ella los medios de persuasión que la ley concede...".<sup>30</sup>

Sin embargo Sócrates no es un positivista pese al respeto a la ley que enseña. Éste se basa más bien en un reconocimiento por los beneficios recibidos a través de la república, que en una identificación entre la ley y el derecho, que en esta etapa histórica no se advierte.

Así lo señala en el mencionado diálogo, donde sostiene que impedir el cumplimiento de la sentencia impuesta resultaría injusto, pues la ley lo había alimentado, educado y hecho todo el bien posible.

Reconoce la existencia de leyes injustas y de ahí la no identificación entre la ley y la virtud o la verdad, pero el remedio a tal situación no está en la desobediencia, sino en realizar una labor de convencimiento acerca de la injusticia que aquéllas consagran.

Tal como sostiene Verdross, Sócrates no afirma pura y llanamente la obligatoriedad de las leyes injustas; enseña que existe un deber de obediencia respecto de la ciudad de Atenas por dos razones: una consiste en el agradecimiento por las buenas acciones recibidas de ella, la otra por el sometimiento tácito de los ciudadanos a las leyes de su ciudad natural. De esta manera el fundamento de validez de las leyes y de las sentencias de los jueces reside en el *ethos* de los ciudadanos libres y agradecidos.<sup>31</sup>

Sócrates encuentra el fundamento del derecho, tal como se adelantó anteriormente, en la naturaleza del hombre. Sin embargo, penetra a diferencia de los sofistas, en sus aspectos más esenciales, considerándola un espíritu ético. Se aparta en consecuencia de los fundamentos relativistas que habían dado los sofistas y entiende que entre el derecho natural y el positivo no existe contradicción. Es mediante la virtud y el perfeccionamiento de las virtudes morales de los ciudadanos, que se logrará superar la aparente antinomia que existe entre leyes injustas y la verdad identificada con la virtud.

Es claro también que en Sócrates no aparece bien delimitado el campo del derecho y de la moral.

---

<sup>30</sup> PLATÓN, *Diálogos escogidos*, El Ateneo, p. 79.

<sup>31</sup> VERDROSS, ob. cit., p. 53.

Una de las tareas principales del hombre consiste en el cuidado del alma que aquí pierde un sentido vaporoso que se advierte en los pensadores presocráticos, para convertirse en una personalidad intelectual y moral.

Tal como afirma Armstrong las razones que tenía Sócrates para hacer del cuidado del alma la suprema actividad humana son importantes. La primera de ellas está expuesta en la concepción del alma que acaba de crear, que se aparta de sus antecedentes y que constituye el basamento sobre el cual se ha de asentar buena parte del pensamiento humano posterior. La segunda es que al adquirir una visión teleológica de todo movimiento y esfuerzo, el bienestar del alma logra el mejor de los fines del hombre.<sup>32</sup>

Ahora si la salud del alma se logra a través del conocimiento del bien y, por tanto, toda maldad es involuntaria y debida a la ignorancia, y si por otra parte la justicia como virtud, es posible identificarla con la verdad, no es dable una separación entre, al menos, el derecho natural y la moral, tal como la entendía Sócrates.

Cabe destacar que al haber puesto el centro de su interés en el hombre y en su comportamiento, nace un nuevo pensamiento que tendrá su desarrollo en las teorías de Platón y Aristóteles; al poner, igualmente, el fundamento del derecho natural en el hombre, se abre una nueva perspectiva en el pensamiento jurídico, perspectiva que aún hoy aparece inconclusa y que después de más de dos mil años, plantea un retorno a las fuentes para adquirir nuevo vigor y alcanzar el desarrollo, que por otros senderos, no se logró hasta el presente.

CASIMIRO ARMANDO VARELA

---

<sup>32</sup> ARMSTRONG, ob. cit., pp. 57-58.

## UNA INTRODUCCIÓN A GUILLERMO DE OCKHAM. SUS DOCTRINAS POLÍTICA Y JURÍDICA

Guillermo de Occam u Ockham (según se utilice la grafía latina o la inglesa) es tan célebre como mal conocido. Su doctrina suele merecer las más diversas interpretaciones. Incluso su biografía adolece de tremendas oscuridades.

Aún más, y como dice un renombrado autor, el estudio de su pensamiento "padece, por la falta de buenas ediciones de sus obras, una consecuencia del anatema que, durante siglos, ha pesado sobre el *inceptor* del nominalismo".<sup>1</sup>

Esto, por cierto, es aún más grave en la literatura filosófica de habla castellana, que cuenta con poquísimas obras a él dedicadas, y, lo que es peor, carece de traducciones de las suyas. No es una excepción la edición del *Tratado sobre los principios de la Teología*, en tanto la crítica no atribuye su autoría a nuestro filósofo, sino a alguien que, en la primera mitad del siglo *xiv*, trabajó sobre sus tesis e ideas fundamentales.<sup>2</sup>

No ocurre lo mismo en lenguas francesa, italiana, inglesa o alemana, como habrá de advertirse en las notaciones de este estudio. En Francia e Italia, ello es sumamente explicable: un vigoroso movimiento de estudios medievales anida en sus ambientes filosóficos. Además, los estudios sobre la historia de la Orden Franciscana, de gran riqueza especialmente en el primero de los países nombrados, han hecho renacer el interés sobre este originalísimo pensador. Alemania cuenta con movimientos similares y también con cuidadas ediciones de algunas obras suyas. Inglaterra, por su parte, exhibe una de las más completas ediciones de sus trabajos.

Sin embargo, esta resurgida atención sobre la figura que es nuestro objeto, revela indirectamente lo adelantado a un comienzo. En primer lugar es un interés de este siglo (en el anterior, sólo Hegel —y hasta donde conocemos—, en sus lecciones sobre historia de la filosofía lo hizo objeto de algún análisis detenido). En segundo lugar, pocos son los autores que le han dedicado obras de largo aliento, y el conocimiento que de Ockham tenemos ha avanzado hasta donde ellos lo han hecho.

---

<sup>1</sup> HANS WELZEL, "Introducción a la Filosofía del Derecho", Madrid, 2ª ed. 1971, p. 82, nota 182.

<sup>2</sup> Luis Farré en el prólogo a la edición que realizó la Editorial Aguilar, en "Biblioteca de Iniciación Filosófica", Buenos Aires, 1980.

Lo cual es realmente lamentable para el pensar filosófico. Ockham tiene más importancia de la que normalmente se le confiere (excepción hecha de los mal llamados "neotomistas").<sup>3</sup> Si bien no creo metódico hablar aquí en extenso de tal relevancia, juzgo adecuado para, al menos, evidenciarla, parafrasear a Comte y decir entonces que puede determinarse cuánto sabe una persona de filosofía por la importancia que a Ockham le atribuye. La paráfrasis es, por unilateral, ciertamente exagerada pero cumple la función que aquí la motiva.

Es que en la figura de este autor se concentran muchas líneas de pensamiento que luego, en el transcurso de la historia, habrán de evidenciar una tremenda y disgregadora fecundidad. Por eso, en ocasión de emprender un trabajo detenido sobre nuestro filósofo —del cual se sirve este breve artículo—, no dejamos de asombrarnos al constatar las carencias bibliográficas antes apuntadas. Resulta ciertamente inexplicable que quien, en muy gran medida, puede reclamar una relevantísima coautoría en la construcción del nominalismo, en la separación de la razón y la fe, en el galicanismo, en el voluntarismo y en la consecuente puesta en marcha del contractualismo y del positivismo, carezca del "reconocimiento" que semejantes filiaciones exigen.<sup>4</sup>

Ciertamente el espacio que un artículo y la paciente dirección de esta publicación pueden concedernos, no alcanza para intentar, aun modestamente, cubrir esas lagunas. Hemos pues de restringirnos a algunas consideraciones sobre ciertos capítulos de la filosofía de Fray Guillermo. El título que ilustra el pórtico de esta revista, aconseja que ellas se centren en sus doctrinas política y jurídica.

Quede en claro, de todos modos, que no nos proponemos otra cosa que mostrar unas pocas ideas suyas y resaltar, también, algunas de sus disolventes consecuencias. Todo ello a guisa de introducción a esta relevante personalidad del siglo de la decadencia.

Para ello es previo transitar brevemente las doctrinas gnoseológicas, metafísicas y teológicas que enmarcan, explican y prefiguran sus aportaciones. A esto vamos a continuación.

### *Los universales*

Su construcción sobre el tema es tributaria, en gran medida, de Abelardo —el filósofo de la ciudad o, más precisamente, el primer filósofo de la burguesía—: Con él, ubica el universal en la mente, no fuera de ella, *in anime* no *extra animam*. En otros términos, no está en la esencia de las cosas. Esto es para Ockham lo importante.

---

<sup>3</sup> Es revelador a tal fin que, por ejemplo, Georges de Lagarde, en su monumental *La naissance de l'esprit laïque* (Lovaina, 1956), le haya dedicado los dos últimos volúmenes.

<sup>4</sup> Revela lo hasta aquí dicho que, en las obras generales de divulgación, en que nuestro autor alguna consideración merece, suele aparecer, a lo más, en los índices alfabéticos de autores citados y no en los sistemáticos.

Es que ese universal, *praedicabile de pluribus*, fuera del alma y en las cosas, es singular, uno en número. Y ninguna cosa numéricamente una puede, sin cambiar ni multiplicarse, existir en varios individuos. Nada puede, sin devenir varios, estar a la vez presente en varios seres distintos. “*Toda realidad fuera del alma es realmente singular y una numéricamente*”. Toda cosa subsistente es “una cosa”, un individuo. Lo real es esencial e inmediatamente singular.

Así, de tal modo, en ese mundo crudamente singular, el universal deviene problema. Si Sócrates no tiene más relación con Platón que con un asno, no se podrá jamás comprender cómo Sócrates y Platón verifican la noción del hombre y el asno no. ¿Cómo representarse la conveniencia entre Platón y Sócrates que funda la especie hombre? He aquí la cuestión que divide a realistas y nominalistas. Aquéllos razonan asentando la conveniencia en una naturaleza que les es común. Éstos, con Ockham a la cabeza, y antes con Roscelino, Abelardo y tantos otros, refutan esta naturaleza que se encontraría en los individuos, teniendo en cada uno su realidad distinta. Pero rechazar la conveniencia de una naturaleza, no es rechazar toda conveniencia, ni los grados de conveniencia.<sup>5</sup>

Concebiráse simplemente la semejanza de Platón y Sócrates a la manera como se concibe la semejanza de una criatura y Dios, y que una criatura sea más semejante que otra a Dios: no se coloca sin embargo en la realidad divina y en la creada un elemento común; “*más conviene la naturaleza intelectual con Dios, por ser imagen de Dios, que la naturaleza insensible que no es imagen de Dios; y sin embargo en nada real convienen, que sea de alguna manera distinto de éstos*” (I Comentario a las Sentencias, q. VI, Q). Y sigue: “*De este modo en la proposición, que Sócrates y Platón convienen más que Sócrates y este asno, no por alguna cosa distinta de alguna manera, sino en sí mismo convienen más*” (ídem). Del mismo modo que para explicar que Sócrates es Sócrates, no es necesario acudir a una diferencia que individúe su naturaleza, para explicar que Sócrates es hombre, tampoco es necesario distinguir en el individuo una naturaleza. Delante del ser uno de Sócrates y del ser uno de Platón “*no hay otra causa que deba buscarse sino que Sócrates es Sócrates y Platón es Platón y uno y otro es hombre*” (íd.). Pero “hombre” aquí no designa ninguna realidad distinta, sino simplemente esta semejanza que va del todo Sócrates al todo Platón, y funda en el alma una noción común.

El universal, entonces, será un signo, un término. Ésa es la única forma en que está en la realidad, a través de la relación de signo a cosa significada.

Y el universal, como término, posee una triple existencia: escrita, hablada, pensada. Tal como existe en el pensamiento, antes de todo lenguaje, se llama concepto. La universalidad del concepto no es la misma que la de la palabra. Las palabras son signos de las cosas; su elección para designar las cosas es

---

<sup>5</sup> P. VIGNAUX, “Nominalisme”, en *Dictionnaire de Théologie Catholique*, tomo XI, primera parte, París, 1981, columna 783, II, a quien seguimos bastante de cerca en la exposición de la epistemología ocamista, como luego lo haremos en su teología.

arbitraria. Ciertamente la palabra es un universal, pues ella se dice de muchas cosas, pero no por eso puede sostenerse que el universal sea palabra, pues ésta es un universal de un tipo particular, ya que es capaz de una existencia concreta, en tanto que pronunciado o escrito. Por otra parte, el concepto no tiene origen arbitrario, cual sí lo tiene la palabra. El concepto procede de la naturaleza por intermedio de la inteligencia humana. Como se advierte, Ockham no asimila el universal a la palabra, al menos de la manera como se lo explica comúnmente.

Una palabra es un elemento de una *propositio vocalis*, un concepto es un elemento de una proposición mental. Allí, en el concepto, allí, en el alma, está el universal. Ahora para establecer cómo puede existir el universal en el alma, debemos acudir a las dos posibilidades que el nominalismo ocamista deja abiertas. En efecto, existen dos maneras de ser en el alma, que definen los adverbios: subjetivamente y objetivamente.

Subjetivamente: los conceptos entran en la categoría de cualidad. Y están en el alma cual los accidentes en la sustancia. He aquí pues el universal: "*al-guna cualidad existente subjetivamente en la mente*". A esta cualidad del alma, ya se puede identificarla a la intelección, ya distinguirla.

Objetivamente: los conceptos no existen ahora como accidentes de la sustancia, *subjective*, sino simplemente como objetos, *objective*, de los cuales el ser no es más que ser conocidos. Ese *esse objectivum*, Ockham lo llama —como Abelardo— *fictum*, la imagen. Él presenta al espíritu lo mismo que la cosa es: una imagen. Esta imagen es un objeto delante del espíritu. Esa imagen no tiene existencia real, todo su ser es fingido. No es ni accidente ni sustancia. Ahora bien, a partir de las cosas semejantes, el espíritu forma una imagen común. Estas imágenes, pues, hacen el universal. La imagen común, he aquí el concepto, el universal de naturaleza. Conociendo primero los singulares, nosotros concebimos una imagen común y signo de varias cosas.

Lo cierto es que Ockham vacila entre las dos nociones del concepto —que son, en definitiva, dos estatutos del universal—, y finalmente se inclina por la primera teoría, de la intelección o subjetiva. Las razones de esa inclinación: el peligro de la teoría del *fictum* está en dejar la puerta abierta a un retorno ofensivo del realismo o concepción de los universales como esencias de cosas existentes fuera del espíritu. Ella se reinstalaría ni bien se olvidase un poco el hecho de que, sin el acto del intelecto, no habría universal. Además, el célebre principio de economía: no hay necesidad de poner alguna cosa distinta del acto de intelección.

### *El individuo*

La realidad es toda singular, formada de individuos vaciados en un bloque. Su singularidad no es algo añadido, es su esencia misma. El ser es individuo por lo mismo que él es; la individualidad no requiere explicación. Nada tiene que hacer en él un principio de individualización. La individualidad del ser excluye de él toda universalidad, incluso virtual.

He aquí —muy linealmente expuesta— una metafísica del individuo que Ockham construye cuando edifica su epistemología.

### *Las relaciones*

El problema de las relaciones tiene evidente importancia. La doctrina que sobre ellas elabora guarda un necesario paralelismo y coherencia con su pensamiento sobre los universales socio-políticos (ciudades, comunidades, corporaciones, estado, etc.).

Su enunciado es sencillo. Las cosas son reales, tienen una existencia propia, y se relacionan entre sí. Si las cosas son reales, ¿las relaciones entre ellas también lo son? ¿Qué existencia tienen?

Considera absurdo que las relaciones sean reales y distintas de los sujetos absolutos. Es que toda cosa realmente distinta de una otra, puede ser conocida sin que esta otra lo sea. Ahora bien, es imposible que una relación sea conocida sin referencia a alguna otra cosa (sus sujetos). De lo cual una relación no es realmente distinta (separable) de su sujeto.

Si la paternidad es una cosa distinta del ser que ha engendrado, Dios puede dar la paternidad a un ser que jamás haya engendrado. La distinción real hace a las cosas que ella distingue separables delante de nuestro pensamiento, por la omnipotencia divina. Si la relación se distingue así de sus términos, deviene separable, lo que conduce a toda suerte de absurdidades.

Para escapar a ellas, debemos sostener que la relación no añade una realidad nueva a la realidad absoluta de sus términos. En consecuencia: fuera de las sustancias y cualidades, que existen absolutamente, no hay realidades distintas.

Al igual que el universal, la relación es ubicada entre los signos. Como el universal también la relación es signo de lo real. Lo universal significa los individuos sin ser en ellos, de ninguna manera, una realidad distinta: es suficiente que Sócrates sea Sócrates, no hace falta nada más para que yo pueda decirle "hombre".<sup>6</sup> De igual modo, la relación significa sus términos sin tener, fuera del alma, ninguna realidad propia: "*el orden del universo no es nada distinto de sus partes*" (I Sent., dist. XXX, q. I, S). No es necesario imaginar la relación como una cosa añadida a sus términos, a la manera de un ligamen natural: es suficiente que las partes del universo sean ellas mismas, sin nada que se les sobreañada, para que yo pueda decirlas "ordenadas".

---

<sup>6</sup> JEAN LARGEAULT, "Enquête sur le nominalisme", Publications de la Faculté des lettres et sciences humaines de Paris-Sorbonne, Serie "Recherches", Paris-Louvain, 1971, t. 65, pp. 139 y 140.

## Sustancia

La distinción entre sustancia y cualidad se reduce, para nuestro autor, a una distinción de grado y no de esencia. La diferencia atañe sólo al conocimiento. La sustancia no es directamente captada por el conocimiento, sí lo es la cualidad: “*de hecho no se conoce en sí mismo si no el accidente del fuego (el calor); propiamente se conoce el calor, y así para todos los accidentes*” (I Sent., 3, 2, K).

## Causalidad

Paralela a la incognoscibilidad de la sustancia corre la de la causalidad. Admitiendo causas y efectos en el mundo, niega, sin embargo, el principio aristotélico-tomista de causalidad: todo lo que se mueve se mueve por otro: “*ni la experiencia, ni la razón, ni la autoridad, por ningún lado convencen de que algo sea causa de otra cosa en el entendido de que admitido aquello debe admitirse lo otro y sin ello no puede admitirse*”.<sup>7</sup> Dice luego “*no se puede demostrar que el efecto sea producto de la causa segunda, porque si bien aproximando el fuego al combustible sigue la combustión, puede darse que el fuego no sea la causa de la combustión*” (I Sent., 5, R). Es que puede ocurrir que Dios supla toda causalidad de la causa segunda: podría ser Dios y no el fuego el que inmediatamente cause la combustión.

Con relación a la causa final, plantea dudas y negaciones: “*cuando se trata de cosas que operan no por medio del conocimiento y de la voluntad, es aún más dudoso que obren por un fin, y si en ellas se debe admitir una causa final*” (*Summulae in Libro Pysicorum*, 2, 6), y “*en cuanto a la causalidad de la causa final, es aún más dudoso; una semejante noción del fin no es real sino solamente metafórica*”.

## Omnipotencia divina

Tema clave en Ockham y en el nominalismo del siglo XIV. Los nominalistas gustan considerar las cosas desde el punto de vista de la omnipotencia divina, tomada en su indeterminación radical, *de Potentia Dei absoluta*. Ockham recibe esta idea de la fe: “*artículo de fe: Creo en Dios padre omnipotente...*” (*Quodl.*, VI, q. VI). Dios puede hacer todo lo que no implique contradicción.

Cualquier decreto que Dios adopte, su potencia permanece en sí inter-cambiada: pensar las cosas *de potentia Dei absoluta*, no es olvidar su “dependencia” de una libertad, mostrar su contingencia radical: así de todo lo creado y del orden mismo que Dios le ha dado.

Desde el momento en que ellas no son necesarias bajo pena de contradicción, todas las leyes del mundo podrían ser otras de las que son: todo lo creado es contingente, hasta en su orden.

No hay orden anterior al querer divino. Idéntica a Dios, perfecta en sí, la voluntad divina no tiene necesidad de ninguna ayuda, ni está sometida a regla exterior alguna. Dios es libre, el orden del mundo es contingente; ninguna regla precede la creación para sujetarla.

<sup>7</sup> Centiloquium theologicum, I, D, citado por C. Giacon, “Occam”, Brescia, 1942, 2ª ed., p. 89.

No hay orden interior al querer divino. La simplicidad radical de Dios y su imperfección absoluta, impiden asignar una razón a los decretos divinos e, igualmente, encontrar un orden.

Un orden posterior al querer divino. Si hay leyes de la naturaleza y de la gracia, ello no implica que haya un orden anterior o interior al querer divino, sino que la inmutabilidad de este querer asegura la estabilidad del orden creado.

No nos detendremos en las manifestaciones cognoscitivas de la omnipotencia divina, pues ello extendería indebidamente esta breve relación de ideas. Sí lo haremos en la doctrina de la justificación, que destaca los desarrollos de Ockham y contiene en germen al luteranismo.

Para Ockham toda moral no es necesariamente de autoridad y de revelación, puede haber una ética natural y racional. Si la razón conoce naturalmente los valores morales, la voluntad puede realizarlos naturalmente, pues ella es esencialmente un libre arbitrio.

El hombre es un ser libre; el acto meritorio es esencialmente un acto libre; se puede concebir, *de potentia Dei absoluta*, un acto meritorio que no proceda del *habitus* de caridad; no se puede concebir un acto meritorio que no proceda del libre arbitrio. El libre arbitrio es más esencial al mérito que la virtud infusa de caridad. Nosotros ¿podemos concebir que él acepte por meritorias acciones que no son libres?: un mérito sin libertad es cosa tan inconcebible e imposible en Dios como una evidencia falsa. De hecho, nosotros no merecemos sin que la caridad nos sea dada, pero no es la caridad quien merece, somos nosotros, que somos libres. El libre arbitrio define un orden de valores, que funda la recompensa y la pena. No es un mérito recibir la caridad; pero, de una cierta manera, nosotros merecemos recibirla, preparándonos.

Lo que, entonces, determina el mérito, del lado del hombre, es el libre arbitrio: "*nada es meritorio si no está en nuestra potestad*" (*Quodl.*, VI, q. 1). Pero el libre arbitrio no es suficiente para merecer la vida eterna: ningún acto simplemente moral fuerza a Dios a concedérsela bajo pena de injusticia. Dios no debe la vida eterna a la moralidad.

La doctrina ocamista de la justificación está esencialmente dirigida a subrayar la libertad de la aceptación, a destacar la inexistencia de cosa alguna que exija aceptación.

Los elementos primordiales del mérito son, según queda sugerido, el libre arbitrio y la aceptación divina; la caridad infusa es sobreañadida.<sup>8</sup> El mérito parece así un encuentro de la libertad humana con la libertad divina.

---

<sup>8</sup> Advierta el lector cuánto deben los desarrollos posteriores a ideas tan absolutas.

La vida eterna y una cualidad del alma, cualquiera que ella sea, son dos cosas que una omnipotencia puede separar: ni un acto moralmente bueno, como lo creía Pelagio, ni incluso la caridad infusa, como lo presentaba Auriol, necesita Dios para dar la beatitud. Aparece aquí la imagen de una divinidad arbitraria.

Es el Dios de San Pablo, a quien nadie puede demandar razón de sus actos. Él es justicia, pero esta justicia que él es, no hace necesidad y obligación más que respecto de sí mismo, en el amor necesario que él tiene de sí. Frente a todo el resto, su justicia es tan grande como su poder, y su amor es todo libertad.

Este amor, que da sin deber, absolutamente libre en sus dones, es una pura liberalidad, una misericordia. El Dios de Ockham, por su omnipotencia, no es en la justificación más que misericordia.

Si Dios ha ligado la aceptación a la infusión de la caridad, es por una iniciativa libre y misericordiosa. Él da la gracia por pura bondad: una vez dada la gracia, es Dios, aún libre para acordar, gratuitamente, la vida eterna. Dios puede dar la bienaventuranza al pecador, incluso sin penitencia (I *Sent.*, IV, q. 8 y 9, M).

Con esta sintética relación de ciertas ideas-base de nuestro autor, creemos puede ahora ingresar en aquellos capítulos de su filosofía donde habíamos prometido detenernos un tanto más.

### *Doctrina política*

Algunos intérpretes afirman de nuestro autor que no era un hombre de sistema. Que nada permite sostener que él habría (por pasaje de lo general a lo particular) deducido de su teoría de los universales y de las relaciones, una teoría del orden social.<sup>9</sup> Me permito disentir con tal opinión. Quizás él no sea un espíritu sistemático, al estilo de Santo Tomás o Aristóteles, pero toda su filosofía forma un cuerpo coherente, aun en sus aplicaciones más circunstanciales. Toda ella deriva de unas pocas ideas germinales que, vertidas en los diversos aspectos de la realidad, fecundan los distintos capítulos de su pensamiento.

Esto es lo que ocurre con su doctrina política: aun en el supuesto que Ockham no la hubiese desarrollado, podría perfectamente deducirse de aquellas ideas generatrices que hacen las veces de determinantes filosóficos.

En efecto, su concepción de los universales, la absolutización del individuo, su teoría de las relaciones, su escepticismo en materia de causalidad, su desconocimiento de la sustancia y, fundamentalmente, su concepción de la

---

<sup>9</sup> Así: J. LARGEAULT, ob. cit., p. 149, en cita de Lagarde.

omnipotencia divina —aspectos todos ellos ya sintéticamente reseñados—, no podrían hacer otra cosa que prefigurar una muy especial doctrina política, esencialmente moderna, con toda la carga que lleva esta calificación.

Veamos cómo. La absoluta omnipotencia de Dios determina como contrapartida la absoluta contingencia de todo aquello que no es Dios, excepción hecha del principio de contradicción. La excepción, por cierto, no tiene en nuestro filósofo un alcance tal que controvierta o, al menos, restrinja el dominio de lo contingente. Esa contingencia avanza incluso sobre los universales.

En el fondo, un universal supone necesidad. No lo es aquello que puede ser o no ser. No sería *praedicabile de pluribus* lo que puede estar en uno y no estarlo en otro, o lo que puede ser hoy y no ser mañana. El universal implica un Dios omnipotente que, permítaseme la licencia, se somete al orden por él creado. El universal desplaza, entonces y en algunos campos, a la contingencia. Opónese al Dios de Ockham, arbitrariamente omnipotente (a pesar de los intentos de nuestro autor por disfrazar esa arbitrariedad). El traslado del universal, de las cosas a la mente, es coherente con esto. Ese cambio disuelve al universal en la individualidad. Si el universal está en la mente, de la mente depende su contenido; máxime teniendo en cuenta por cuál de las dos formas de existir *in anima*, opta Ockham, y cuáles son las razones de esa elección. Si el mundo está formado exclusivamente por individuos, quedan así legitimados los innúmeros contenidos individuales de cada universal. Es la disolución del universal en la individualidad, lo cual importa su más absoluta negación.

Un mundo sin universales y compuesto de individuos, todos vaciados en un bloque, en el cual las relaciones no son más que signos mentales que también representan individuos, la sustancia "*cierta predicabilidad e indicación conceptual de las cosas*" (*Expositio aurea*, proem.), que, por otra parte, no puede conocerse en sí misma; y, finalmente, la causalidad algo también incognoscible, máxime si se trata de la finalidad; un mundo semejante no puede caber en la armónica construcción aristotélico-tomista.

Tal construcción, según precisamente afirmara Sampay, no era más que el descubrimiento de la realidad ontológica del estado. En efecto, cuando Aristóteles se propuso indagar "qué cosa es el estado", y advirtió la naturaleza social del hombre y que ésta nada hace sin un fin, no pudo concebirlo más que como un organismo. La filosofía de la Escuela acogió la perspicaz constatación de Aristóteles, completándola con la primordial idea del fin último de la persona humana, trascendente al estado. Esta cosmovisión, sustentada en los conceptos de *unitas* y *ordo*, en la cual el mundo aparece como un todo subdividido en partes ordenadas, a modo de una construcción en grados determinada por la jerarquía de los bienes que cada grado persigue, será totalmente destruída por Guillermo de Ockham.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> "Confundían el orden que es potencia, con el arreglo de los museos. Porque yo digo que el árbol es orden. Pero orden es aquí unidad que domina lo dispar. Porque esta rama soporta mi nido y esta otra no lo soporta. Porque esta soporta su fruto y esta otra no lo soporta. Porque ésta se levanta hacia el cielo y esta otra se inclina hacia el suelo" (A de SAINT-EXUPÉRY, *Ciudadela*, en *Obras Completas*, Barcelona, 1974, t. I, p. 671).

Nuestro autor será el primero en provocar la pérdida de la realidad ontológica del estado,<sup>11</sup> disolviéndolo —como que de un universal se trata— en los individuos que lo componen.<sup>12</sup> Él dirá: “*el pueblo son muchos hombres, los frailes son la orden y la orden son los frailes. De lo que se sigue que la orden no es persona imaginaria y representante*” (*Opus nonaginta dierum*, 62, I, 52-61).

Y esos individuos ya no pueden ordenarse ni unirse en un todo. Al destruir las bases escolásticas de la realidad, a través de su particular gnoseología, debe destruir la *unitas* y el *ordo*. No puede haber *unitas* entre individuos, colados en un solo bloque, que nada tienen en común para justificar su comunión en una unidad. Entre sí lo más que pueden hacer es agregarse, adicionarse o yuxtaponerse. Menos aún podrán ordenarse; no puede haber *ordo*, donde no es nada haber principio de orden. Por otra parte, “*el orden del universo no es nada distinto de sus partes*” (*I Sent.*, Dist. XXX, q. I, S), bastando que las partes del universo sean ellas mismas, sin nada que se les sobreañada, para que ya puedan decirse ordenadas.

Por cierto que Ockham habla de orden, en lugares distintos de los transcritos, pero su concepción no es ya la de la Escuela. No tiene tras de ella el respaldo de otra cosa que lo contingente. No hay una naturaleza a la que ese orden responda. Como siempre, no hay un universal a la manera tomista. En suma, el orden que la filosofía ocamista puede admitir, es de carácter hipotético, no necesario. Puede ser éste o aquél, según que el interés para establecerlo sea éste o aquél. La naturaleza no tiene en él nada que decir.

Un orden así, contingente, y adelantándonos, convencional, permite superar una duda que plantea la visión del mundo de Ockham, un mundo de individuos: ¿Puede una concepción así, que además reduce las relaciones a predicaciones, tener competencia para fundar el orden social? La respuesta es la dada, con alguna connotación especial, o bien la anarquía. En efecto, el nominalismo social de Ockham no tiene, frente a sí y para explicar el estado de sociedad, más que una cruda elección entre justificar la anarquía o inventar un régimen tiránico que se integra por el contrato, anudando convencionalmente los intereses divergentes. La absolutización del individuo conduce a cualquiera de los dos términos de la elección.

### *La laicización del estado*

La concepción teológica de Ockham excluye toda posibilidad de remontarse de este mundo al trascendente por una intuición intelectual. El teólogo

---

<sup>11</sup> Todo cuanto Sampay (*Introducción a la Teoría del Estado*, Buenos Aires, 1964, pp. 30 y ss.), en su descripción del proceso de “desrealización” del estado, atribuye a Descartes, nosotros creemos debe imputarse a Ockham. Permítasenos el atrevimiento, hasta nos parece sorprendente que tan ilustre autor haya ignorado a nuestro filósofo.

<sup>12</sup> Dice J. Largeault, nominalista confeso: “Para un nominalista la palabra estado no es el nombre de una persona moral, es una «manera de hablar», un modo de nombrar los ciudadanos que componen la nación” (ob. cit., p. 19, nota 31).

no puede conocer a Dios más que a través de lo que constata que Él ha efectivamente querido aquí y ahora. Él no razona más que sobre las criaturas; es decir, sobre las objetivaciones de una voluntad de la cual los motivos se le escapan. Por otra parte, sostener que es imposible a la razón humana encontrarse con la razón divina, es sostener la trascendencia radical de Dios respecto de la razón humana. Asimismo Dios es trascendente a la creación en general. De lo que se sigue la autonomía de lo terrestre, pues separar el cielo de la tierra, es también separar la tierra del cielo. Anotemos entonces lo dicho como primer factor del efecto anunciado en el título.

Como segundo: la separación de la razón y la fe, asignándole a cada una dominios distintos, sobre los cuales ellas reinan soberanamente. No pudiendo encontrarse, ellas no pueden chocar o contradecirse.

El escepticismo en materia de causalidad es el tercer agente de la laicización del estado. No hay una causa final que dirija al Estado —o a lo que de él queda en Ockham— hacia el dominio de lo sobrenatural.

El cuarto: el horizonte que la ética de nuestro autor abre a la moralidad natural, asentada sobre el libre arbitrio.

Este estado, por así llamarlo, laicizado y compuesto de individuos absolutizados, implica una serie de consecuencias que a continuación hemos de analizar.

### *Poder civil y poder espiritual separados*

Estando separados el cielo y la tierra, han de estar separados los dos poderes que los representan. Esa separación es el objetivo de Ockham, que trata de delimitar las zonas de acción jurídica de ambas sociedades. Ello sólo puede hacerlo oponiéndose a las “usurpaciones” del Papa. *“La autoridad del Papa no se extiende, según la norma, a los derechos y libertades de los demás para suprimirlos o perturbarlos, ya que los derechos y libertades de este género pertenecen al número de cosas del siglo, no teniendo el Papa autoridad sobre ellas. Por esta razón, el Papa no puede privar a nadie de un derecho que no proviene de él, sino de Dios, de la naturaleza<sup>13</sup> o de otro hombre; no puede privar a los hombres de las libertades que les han sido concedidas por Dios o por la naturaleza”* (Dialogues...).

Quedan pues el papado y el poder civil, cada uno con su rol propio. Es eminentemente deseable que ellos colaboren y que el legislador humano consulte las luces del teólogo. Pero es abusivo de parte de la jerarquía eclesial, cuyas competencias no alcanzan más que a las cosas espirituales, pretender dirigir los negocios temporales.

---

<sup>13</sup> Cuando él habla de naturaleza no es más que por abuso de lenguaje. Con ese término no designa más que las existencias concretas.

Ha de notarse, sin embargo, que la determinación de roles se hace en desmedro del papado. Su intervención en asuntos temporales, aun *ratio peccati*, queda vedada. Y los poderes que se sustraen a la órbita eclesial no se diluyen, sólo se desplazan a la órbita imperial. Tal, por ejemplo, la facultad de emitir dispensas matrimoniales.

Al papado entonces, quédale un poder moderado, "suficiente para permitirle gobernar sabiamente la comunidad de los fieles, pero lo bastante restringido como para evitar el peligro de la tiranía, respetuoso con la libertad que el derecho natural, el derecho de gentes y las leyes civiles conceden a los cristianos".<sup>14</sup> Ningún derecho de propiedad puede reclamar, porque Cristo, de quien es vicario, y San Pedro, de quien es sucesor, profesaron la pobreza absoluta, sin derecho a ninguna cosa. Si algo posee el Papa, es por donación del Emperador y, por tanto, de *Ius Fori* (denominación cuyo significado luego será explicitado). Su supremacía es de orden puramente espiritual, sin potestad coactiva. Además, como el Papa es libre y puede pecar, también puede errar en materia de fe.

### *Origen del poder*

Pasando todo por los individuos, el poder también pasa por ellos. Como luego habremos de ver, suele caracterizarse la doctrina de Ockham como voluntarista. Algo de ello hay. Por ahora digamos que en la voluntad de esos individuos hállase el origen del poder secular.

Y esto es coherente. Si nada hay más que el individuo, si ninguna naturaleza común hay que respetar, si ninguna causa final puede conocerse, la voluntad de aquellos individuos es omnipotente. El problema está en porqué, en tales condiciones, los individuos han de alienarse a un poder ajeno a sí mismo. La razón es la misma que luego habremos de ver en Hobbes: la pendencia, la lucha y discordia entre los hombres.<sup>15</sup> La autoridad política aparece, entonces, para detener la lucha y en lo posible, suprimir la discordia.

La alienación a un poder de esas características, se producirá por un camino —ya presente en la filosofía griega— que luego se hará clásico: *ex ordinatione humane vel ex pacto*.

Esta red de ordenamientos y de pactos constituye normalmente la estructura de la sociedad. Cuando, sin embargo, sobrevenga un desorden grave y duradero en el que la autoridad "constituída" cese prácticamente de ser ejercitada en el interés del orden convenido y de la paz, entonces el pueblo —más

---

<sup>14</sup> VÍCTOR MARTÍN, *Les origines du gallicanisme*, transcripto por J. Touchard, "Historia de las ideas políticas", Madrid, 1977, p. 168.

<sup>15</sup> A. VERDROSS, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, México, 1962, p. 137; H. WELZEL, ob. cit., p. 89.

propiamente, los individuos— recupera su poder constituyente, no sólo como “derecho”, sino también como el más urgente “deber”.<sup>16</sup>

El poder papal tiene su origen en Dios. Mas los individuos no por ello nada tienen que ver con su constitución.

Ha de tenerse presente que en el punto Ockham comparte muchas de las ideas de Marsilio de Padua. Sostiene por ejemplo que, en caso de necesidad, el pueblo romano puede sustituirse en el cardenal caído en desgracia, para elegir al Papa, ya que él ha poseído y, en el origen, efectivamente ejercitado, un derecho tal respecto de la elección de su obispo. (*Dial.*, III, G). Algo parecido a la devolución del poder constituyente en el ámbito de la autoridad secular, admite aquí en caso de manifiesta herejía del Papa. También dice: “*Si bien no se ha de rechazar el testimonio de los Soberanos Pontífices que afirman que el concilio no puede ser reunido sin su autoridad, es necesario comprenderlo bien y no interpretarlo en detrimento de la fe cristiana, que debe ser preferida siempre al Soberano Pontífice*”. Es lícito apelar del Papa al concilio general, el cual, como representante de toda la Iglesia, está por encima del Pontífice. Miembros del concilio pueden ser, no solamente los clérigos, sino los laicos versados en la Sagrada Escritura, y hasta un hombre rudo o una mujer.

#### *Disolución del bien común*

La teoría de las relaciones impide a Ockham concebir algo así como el bien común, distinto de los bienes de los diferentes co-contratantes.

En efecto, no habiendo nada más que individuos —incluso Dios es un individuo— y nada fuera de ellos, la puerta queda abierta para sostener que el solo fin del hombre es la satisfacción de sus deseos. Ello es perfectamente legítimo en un mundo enteramente contingente. El monismo del bien, tan cuidadosamente desarrollado por Santo Tomás, es rechazado y sustituido por el pluralismo de los bienes o, al menos, por el concepto aritmético del bien común.<sup>17</sup> El bien común se disuelve en los bienes individuales.

Y este es un efecto propio de la laicización del Estado. Pues el bien común, concebido a la manera de la Escuela, presupone un estado sacralizado ya que su contenido atiende al fin superior, sobrenatural, del hombre.

El riesgo de esta disolución, no advertido por Ockham, es que, a despecho del libre albedrío, un grupo imponga como bien necesariamente perseguible por todos, el particular suyo: “toda casta social que reina fuera del

---

<sup>16</sup> A. FOREST, F. VAN STEENBERGHEM, DE GANDILLAC, *Storia della chiesa dalle origini fine ai nostri giorni*, vol. XIII, *Il movimento dottrinale nei secoli IX-XIV*, Torino, 1965, p. 606.

<sup>17</sup> G. GRANERIS, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1973, p. 180.

orden jerárquico tiende a universalizar sus características, y lo consigue sobre todo en lo que tienen de negativo".<sup>18</sup> El bien común, sustituido, por ejemplo, por la razón de Estado<sup>19</sup>

### *Doctrina jurídica*

Aquí, como en materia de doctrina política, habrá ideas predeterminantes de las conclusiones. Es que cuanto un filósofo diga, si quiere ser coherente, en materia de política o en materia de derecho, es hijo de cuanto haya sostenido en teología, gnoseología y metafísica.

Y, en este sentido, la omnipotencia divina, en la forma tan acusada como la ha resaltado Guillermo de Ockham, es un tremendo determinante de sus aserciones *iusfilosóficas*.

Hemos dicho que un correlato necesario de una absoluta omnipotencia divina, al modo de nuestro autor, es una absoluta contingencia de todo el resto. Decimos ahora que una tal omnipotencia desconoce toda primacía al intelecto divino sobre su querer —incluso creemos haberlo sugerido antes— y, es más, implica en los hechos, suponer como causa de todo orden única y exclusivamente a su voluntad.

Ya no es el Dios de Santo Tomás que "produce las cosas por su entendimiento, ya que su ser es su entendimiento",<sup>20</sup> en el que "hay voluntad por lo mismo que hay entendimiento, pues la voluntad es consecuencia del entendimiento".<sup>21</sup> El Dios de Ockham es un individuo, en el sentido más lato de la palabra, totalmente simple, en el cual la voluntad no tiene ningún privilegio sobre el entendimiento, ni se encuentra sujeta a ningún orden, ni anterior, ni interior e, incluso, ni posterior.

Así como la contingencia de todo lo creado —correlato de la omnipotencia de su creador— importaba la disolución de los universales, también aquí, habrá de importar una ordenación positivista. En efecto, disueltos los universales, queda disuelta la naturaleza. No habrá ya un "principio del movimiento de los seres naturales"<sup>22</sup> hacia su propio fin, o sea, la tendencia radical que los impulsa a la búsqueda de la propia perfección, en el cual puedan leerse las normas que rigen el orden natural. No habiendo, pues, un principio del movimiento —como tampoco un fin hacia el cual moverse—, su dirección es indiferente, contingente. No viene impuesta necesariamente, con necesidad de naturaleza. La consecuencia se impone: tal dirección será "puesta". En efecto,

---

<sup>18</sup> LEOPOLDO MARECHAL, *Cuaderno de navegación*, Buenos Aires, 1975, p. 58. Toda la "autopsia de Cresco", de la cual extraemos la cita, es una aguda descripción, en el fino estilo de su autor, del proceso que nosotros consideramos definitivamente comenzado a partir de Ockham.

<sup>19</sup> MONTEJANO, *Curso de Derecho Natural*, Buenos Aires, 2ª ed., p. 162.

<sup>20</sup> *Suma Teológica*, I, 10. 14 a 18, B.A.C., t. I, p. 399.

<sup>21</sup> *Ibíd.*, I, I, q. 19, a 1, misma edición, t. I, p. 490.

<sup>22</sup> ARISTÓTELES, *Metafísica*, Libro V, IV.

ya que puede ser ésta o aquélla, que sea una u otra, será porque el legislador así lo estableció, así lo positivizó. Y si ese legislador, como dijimos, no está sujeto a orden alguno, lo habrá establecido así porque así lo habrá querido. Omnipotencia, contingencia, voluntad y positivismo, son los cuatro conceptos que enmarcan la filosofía jurídica de nuestro filósofo.

## Voluntad

Lo esencial de la concepción de Duns Escoto sobre la voluntad divina es receptado por Ockham. El doctor sutil, sostenía que muy lejos de que la voluntad siga al bien que el entendimiento conoce, ella “manda al entendimiento”, inclinándolo a considerar tal o cual objeto. Por lo que, “si el entendimiento es causa de voliciones, es una causa sometida a la voluntad”. Declara que la voluntad es totalmente libre: “Nada sino la voluntad es causa total de la volición de la voluntad”. Y estos puntos de vista los traslada a la teología. Tampoco en Dios hay sumisión de su voluntad a un bien concebido por su entendimiento. La voluntad no puede querer lo imposible y lo contradictorio; y los posibles que concibe por su entendimiento no dan regla alguna a su voluntad creadora: “No hay más causa para que su voluntad haya querido tal cosa, sino que la voluntad es la voluntad”. Tampoco depende de la regla del bien, sino que, al revés, la voluntad es la primera regla y “ninguna regla es recta sino en tanto que es aceptada por la voluntad divina”.

Ockham es aun más radical que Escoto, “rechaza la arrogancia de querer apresar la voluntad divina en cualquier clase de verdades racionales dadas, y no retrocede, para poner esto en claro, ante las afirmaciones más paradójicas y abstrusas: Dios hubiera podido venir al mundo también como piedra, como un trozo de madera o como un asno, y nosotros hubiéramos tenido que creer en ello, pues no hay ninguna proposición de fe que sea demostrable racionalmente”.<sup>23</sup>

Y su sistema lleva a admitir incluso la arbitrariedad de esa voluntad.<sup>24</sup> En efecto, no sería arbitraria si él actuase exclusivamente bajo la forma de *potentia ordinata*. Pero lo cierto es que puede actuar bajo la forma de *potentia absoluta*. Y no obsta a lo dicho que esta forma hállese limitada por el principio de contradicción y la bondad esencial. El límite que puede levantar el principio de contradicción es realmente ínfimo con relación al campo de arbitrio. En cuanto a la bondad, careciendo de universales, faltando la finalidad, y estando separadas la fe y la razón, no podemos saber en qué consista como para constituir la intelectualmente en límite. Lo más que podemos decir, es que, en razón de fe, cuanto Dios quiere y hace es bueno. Fuera de la fe, incurrimos en petición de principio.

---

<sup>23</sup> H. WELZEL, ob. cit., p. 82.

<sup>24</sup> En contra H. Welzel, obra y lugar citados en nota anterior.

## Naturaleza

Varias veces hemos dicho que con la disolución de los universales, operóse la disolución de la naturaleza. No está de más insistir sobre el punto, ya que aquí deviene específico.

“La naturaleza de la cosa... no hay tal cosa”.<sup>25</sup> Es que todo lo real es singular, en consecuencia, la naturaleza no tiene ninguna realidad. Lo más que admite nuestro autor es la difusa “conveniencia”.

En tales condiciones, nada hay en el hombre que fundamente la dirección que a través de las normas, se imprima a su movimiento. La “conveniencia” aludida no puede tener tal virtualidad —y Ockham no parece querer que la tenga—, ya que su contenido —que si alguno tiene—, a lo más que alcanza es a una cierta semejanza en el concepto.

De donde: del lado de Dios, no hay límites; del lado del mundo, terreno de la contingencia, tampoco. La prefiguración de cuál será el orden jurídico es clara: nada habrá de “contener la arbitrariedad del poder divino”.<sup>26</sup>

## Derecho

La originalidad de Ockham en filosofía del derecho es haber identificado éste con las reglas y con las convenciones interindividuales. En cuanto a qué es derecho, en haberlo identificado con el tercer analogado: poder.

Veamos ahora las distinciones establecidas por nuestro autor.

Uno de los problemas que planteaba la larga querrela de la pobreza, para los que en ella sostenían que Cristo y los Apóstoles nada tenían en propiedad, era el de los bienes consumibles. En efecto, cada vez que el Redentor consumía algo cometía un injusto. Pues bien, al tratar la cuestión Ockham establece las distinciones que anunciamos. Diferencia dos *ius*: el *ius poli*, o ley natural divina; y el *ius fori*, o leyes humanas. Con más precisión, positivismo divino y positivismo humano. La propiedad pertenece a este último ámbito. Los franciscanos han renunciado a este *ius fori*, pero no al *ius poli*. Cuando consumen, lo hacen en base a una licencia divina, perteneciente a la órbita de este último *ius*.

### *Ius poli*

Otro elemento de su gnoseología viene también aquí a predeterminar conclusiones.

El bien y el mal son en Ockham conceptos connotativos. Esto es, directamente significan una cosa, y secundaria o lateralmente otra. Teniendo su origen en el conocimiento de varias realidades que ellos significan simultáneamente, resultan pues de una comparación hecha por el espíritu, de un trabajo

<sup>25</sup> Tratado sobre..., ed. cit., p. 51.

<sup>26</sup> E. GILSON, *La Filosofía en la Edad Media*, Madrid, 2ª ed., p. 605 .

de la inteligencia. De donde, se concluye que son entes de razón, construcciones lógicas, creaciones subjetivas, instituidas por la comodidad y sin réplicas reales.

*“Estas palabras (robo, adulterio, odio, etc.) significan tales actos no absolutamente, sino connotando que el sujeto está obligado por mandato divino a lo opuesto... Si estuvieran mandadas bajo precepto divino, entonces el sujeto no estaría obligado a lo opuesto y por consiguiente no se las llamaría robo, adulterio, etc.”* (Sent. II, q. 19, O).

Todo, entonces, se reduce a lo que Dios decide. No solamente los preceptos de la segunda tabla, sino el Decálogo entero pierde todo carácter absoluto. Si lo hubiese querido, Dios pudo hacer otro mundo en el cual fuese meritorio, no sólo el hurto y el adulterio, sino también el odio hacia el Creador.<sup>27</sup> Es más, todavía hoy Él podría dar su sanción a actos que nosotros llamamos “hurto, adulterio u odio” y que son connotados como viciosos sólo porque los referimos al orden positivo que Él ha querido. Esto no es más que una consecuencia de la fe en un Dios verdadera y absolutamente soberano.

*“El derecho natural no manda otra cosa que lo que Dios quiere, ni prohíbe nada más que lo Dios quiere prohibir”. ¿Y dónde podemos encontrar ese querer?: positivismo en grado sumo: pues en la Sagrada Escritura: “Todo derecho natural está contenido explícita e implícitamente en la Sagrada Escritura, porque en la escritura divina hay ciertas reglas generales, de las cuales puede deducirse en sí, o junto con otras, que todo derecho natural de primer orden, segundo orden y tercer orden —aunque no se encuentre en ella explícitamente— es derecho divino”. El derecho natural es, entonces, el positivizado en la Sagrada Escritura a través de la revelación.*

El derecho natural —sin naturaleza— deja de ser tal, es un derecho positivo más.

### *Ius fori*

En el campo en que el legislador divino ha guardado silencio —campo de actos neutros o indiferentes a los ojos de Dios— se construye todo el orden del *ius fori*.

Es el campo del legislador humano, de la voluntad del legislador humano. Tal legislador puede ser el gobernante absoluto de que habláramos en ocasión de considerar la doctrina política de nuestro autor, o bien el individuo al relacionarse con otros individuos mediante convenciones.

---

<sup>27</sup> Con relación al odio a Dios, H. Welzel —ob. cit., pp. 83/84, nota 100— hace notar que Ockham cambió de opinión al advertir: “si la obediencia frente al mandato de Dios es amar a Dios, el mandato de odiar a Dios significaría amar a Dios para odiarle”.

La voluntad humana —como antes la divina— es la primera potencia ética<sup>28</sup> y jurídica. El cuadro es claro: la única fuente del derecho es la voluntad.

En el ámbito que estamos tratando, una idea remarcable, por el futuro que habrá de tener, es la del derecho creado por acuerdo de voluntades. Nuestro artículo 1197 del Código Civil tiene pues inspiración nominalista. Nominalista por lo siguiente: en primer lugar, la norma establecida por el contrato es individualizada y personificada en un doble título. En su génesis, puesto que ella es creada por los sujetos mismos cuyas relaciones jurídicas regirá; emana de necesidades y voluntades concretas. Por otra parte, atribuir al contrato la facultad de crear derecho, es decir, que el derecho nace de él mismo, de la resolución en una posición de equilibrio del conflicto de intereses individuales divergentes.

Debe señalarse, sin embargo, que cuando Ockham habla del contrato como fuente del derecho, no tiene en vista —ni puede tenerlo— los contratos de la era liberal, sino los contratos de vasallaje de la alta edad media o las franquicias y cartas que obtienen las villas y ciudades nacientes.

#### *Relación del Ius fori con el Ius poli*

A pesar de la radicalmente distinta concepción de los términos, permanece intacta la compleja relación existente entre el derecho natural y el derecho positivo. *“Ninguna ley positiva justa puede ser contraria a la natural. Y la razón de esto es que no puede haber ley manifiestamente contraria a la ley superior o a la razón, por lo cual toda ley civil contraria a la divina o a la razón clara no es ley; y, por lo mismo, la letra de la ley canónica o civil no debe cumplirse, si estuviesen en contradicción con la ley Divina, es decir, con la Sagrada Escritura o la recta razón”.* (Dial., I, VI, 100).

No debe confundirnos la invocación a la recta razón. Sabemos ya que la ley divina no puede corresponder aquí a la exigencia absoluta de una razón que se impusiera por sí a la voluntad preceptiva de Dios. Ockham explicó claramente que se entiende por “recta razón”: *“puede decirse que toda voluntad recta se conforma con la recta razón, pero no siempre se conforma con una recta razón anterior que muestre la causa de por qué la voluntad debe hacer esto, sino que por el mero hecho de que la voluntad divina lo quiera, se llama recta razón lo que se quiere”* (I Sent., dist. XLI, q. I, A). De donde todo lo que es contrario al orden querido por Dios es, *ipso facto*, “irracional”.

Con la recta razón, pues, volvemos a la Sagrada Escritura, norma positiva escrita. Ahora bien, esos textos sacros deben ser interpretados más en su “espí-

---

<sup>28</sup> ENZO PIERGIOVANNI, *La metaformosi dell'ética medioevale - Secoli XIII-XV*, Bologna, 1967, p. 54.

ritu” que en su “letra”, y éste es el deber de la recta razón la cual, extrayendo de la palabra de Dios una cadena de consecuencias lógicas, según la intención del Creador que a nosotros es posible comprender, forma propiamente aquel derecho natural sobre el cual se fundan después las instituciones positivas del *tus fori*.

El lugar de la naturaleza, como criterio para distinguir la ley justa de la injusta, queda sólo la palabra revelada cognoscible por la fe.<sup>29</sup> Cayendo la fe —a lo que Ockham mucho contribuyó—, cae el criterio.

### *Derecho-poder*

La metafísica del individuo que Ockham elabora, no puede más que conducirlo a radicar el derecho en el tercer analogado. Contribuyen a tal dirección sus concepciones sobre la voluntad y la libertad, como también los conceptos de contingencia y el consecuente de los universales.

Ya al intervenir en la querrela de la pobreza tuvo el cuidado de establecer que el derecho de propiedad era un poder sobre una cosa, que se puede reclamar ante el estado.

El concepto fue por cierto innovador. Al menos lo fue por su perfecto engarce en toda una construcción filosófica.

### *Justicia*

Como podrá suponerse el concepto clásico de justicia, el de la llamada “Filosofía perenne”, es destruido. Sin una metafísica apropiada de las relaciones y una gnoseología adecuada de los universales, no podía subsistir.

*“Dios no peca cuando, como causa total, realiza toda la acción que ahora verifica con el pecador, como causa parcial... Porque Dios no puede estar limitado por acción alguna y, por tanto, por el mero hecho de que quiera algo, se hace justo... Así, pues, la obligación hace a una persona pecadora o no pecadora. Si, por tanto, como causa total, Dios produjese odio a sí mismo en la voluntad de alguien como ahora lo produce como causa parcial, ese individuo no pecaría, Dios no pecaría, porque no está obligado a nada, ni tampoco el otro, porque el acto no depende de él”* (IV Sent., q. VIII-IX). Es él: es justo porque está mandado.

La justicia procede, pues, de un precepto autoritario, y no puede lograrse por medio de juicios elaborados sobre la base de la realidad. “La justicia se

---

<sup>29</sup> H. WELZEL, ob. cit., p. 88.

convierte en algo exclusivamente teológico, basado totalmente en la fe y no susceptible de justificación alguna filosófica ni de verificación por los hechos".<sup>30</sup>

Ella completa con toda coherencia el cuadro delineado hasta ahora. Cuadro que rodará mucho en la historia y que, a pesar de nosotros, se halla instalado en nuestros días.

JOSÉ ANTONIO IGLESIAS

---

<sup>30</sup> DAVID GRANFIELD, "La controversia escolástica sobre la Justicia: Santo Tomás de Aquino vs. Ockham", en *La Justicia*, compilación de Carl J. Friedrich y John W. Champan, México, 1969, p. 285.

## LA JUSTICIA PENAL MILITAR EN EL RÍO DE LA PLATA (1810-1894)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. LAS FUENTES PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO PENAL MILITAR: LA LEY, LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA. — 2. EL JUZGAMIENTO DE LOS DELITOS COMUNES. NORMATIVA Y REALIDAD. — 3. LA REPRESIÓN DE LAS FALTAS DISCIPLINARIAS. — 4. LOS DELITOS MILITARES Y LA ACTUACIÓN DE LOS CONSEJOS DE GUERRA (ORDINARIOS Y DE OFICIALES GENERALES) EN TIEMPO DE PAZ. — 5. LA ASAMBLEA DEL AÑO XIII Y LA MODIFICACIÓN DE LA COMPOSICIÓN DE LOS TRIBUNALES MILITARES. — 6. EL PROCEDIMIENTO SUMARÍSIMO DE TIEMPO DE GUERRA: LOS JUICIOS A TAMBOR BATIENTE Y LOS CONSEJOS DE GUERRA VERBALES. — 7. LAS COMISIONES MILITARES ACTUANTES COMO CONSEJOS DE GUERRA. — 8. RESTRICCIONES IMPUESTAS A LA ACTUACIÓN DE LOS AUDITORES DE GUERRA CON LA CREACIÓN DE COMISIONES MILITARES PERMANENTES Y FISCALES. — 9. LA APLICACIÓN DE LA LEY MARCIAL. — 10. LA LEY 48 DE 1863 Y LA CUESTIÓN DE LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES MILITARES. — 11. LOS CONSEJOS DE GUERRA ACTUANTES CON MOTIVO DE LOS SUCEOS REVOLUCIONARIOS DE 1874. — 12. AMNISTÍA E INDULTO. — 13. LOS MILITARES PROCESADOS POR EL DELITO DE REBELIÓN. EL CRITERIO DE LA DISYUNCIÓN Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. — 14. ANTECEDENTES DE LA CODIFICACIÓN MILITAR DE 1894. — 15. LA APLICACIÓN DE LAS PENAS EN SEDE MILITAR.

1. Luego de producida la Revolución de Mayo de 1810 la disciplina del personal militar de los ejércitos patrios siguió regulándose hasta el año 1894 —fecha en que se sancionaron los primeros códigos militares— de acuerdo con lo establecido en las ordenanzas militares de 1768<sup>1</sup> tanto en lo relativo al catálogo de los delitos y penas como en lo atinente a las clases de tribunales militares y formas de enjuiciamiento establecidas en ellas, con las modificaciones que se detallan en este trabajo.

La prolongada vigencia de las ordenanzas españolas debe atribuirse a la circunstancia de que ellas conformaban un *corpus* de bondad incuestionable,<sup>2</sup> por lo que tuvieron el privilegio de ser “el último monumento legislativo de la metrópoli en el Río de la Plata”.<sup>3</sup>

A su vez, para facilitar la inteligencia y aplicación de las ordenanzas, fueron dados a luz varios comentarios doctrinarios. La más conocida y completa

<sup>1</sup> *Ordenanzas de S. M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus ejércitos*, Madrid, Antonio Marín (Impresor de la Secretaría del Despacho Universal de la Guerra), 1768. Con posterioridad fueron reimpresas por Antonio Vallecillo (Madrid, 1850-1852) y por José Muñiz y Terrones (Madrid, 1880-1882). También resulta de utilidad la consulta de BERNARDO JIMÉNEZ Y MENSALBAS. *Índice alfabético de las materias contenidas en las Ordenanzas de S. M. ilustradas por D. Antonio Vallecillo*, Madrid, 1854.

<sup>2</sup> CARLOS RUSSO DOMÍNGUEZ, “Historia de la legislación militar argentina”, en *Revista Jurídica y de Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1898, t. I, pp. 214-215.

<sup>3</sup> BENJAMÍN VILLEGAS BASAVILBASO, *Justicia Militar*, Buenos Aires, 1929, p. 3. Hay separata del Boletín del Centro Naval, XXXVIII, pp. 407-424 y 499-515. GUILLERMO PALOMBO, “Vigencia de las ordenanzas militares de Carlos III en nuestro país durante el siglo pasado”, en *Revista Militar* n° 706 (octubre-diciembre, 1981), pp. 98-107.

producción de la doctrina a este respecto fue redactada por Félix Colón de Larriategui con el título *Juzgados Militares de España y sus Indias*, obra conocida en la jerga tribunalicia de entonces simplemente como “el Colón”, cuya primera edición apareció en 1787 y la tercera y última en 1817.<sup>4</sup>

Las opiniones de Colón de Larriategui gozaron de firme predicamento, de una autoridad casi legal, que fue invocada en los procesos castrenses tanto por jueces militares, como por fiscales y defensores. Y ese prestigio adquirido en el período hispánico sobrevivió aun en nuestra época independiente.<sup>5</sup> Ciertamente, la obra de Colón hizo escuela. Al promediar el siglo pasado —en 1848— apareció un *Nuevo Colón*, redactado por Alejandro de Bacardí<sup>6</sup> que puso al día la por entonces ya envejecida obra de Colón y ese nuevo compendio de derecho militar llegó a tener la misma alta autoridad doctrinaria que su predecesor, como puede comprobarse, por ejemplo, mediante la lectura de las ilustrativas notas que pusieron al pie del articulado del proyecto de código penal militar de 1881 sus redactores.<sup>7</sup>

De modo que el primer puesto entre los comentaristas u *ordenancistas* lo comparten Colón y Bacardí. Luego de ellos se ubican otros autores como Julián López de la Cuesta,<sup>8</sup> Perea, Joaquín García Fernández<sup>9</sup> y el francés A. Broutta,<sup>10</sup> que si no alcanzan en la altura de su fama a los primeros no les desmerecen en enjundia.

Claro está que siempre la rica cantera para el estudio de la aplicación del derecho penal militar, con anterioridad a 1894, lo será la jurisprudencia de los tribunales militares. El conocimiento de las causas militares es verdaderamente indispensable para todo intento de reconstrucción histórica tanto de las formas

<sup>4</sup> COLÓN DE LARRIATEGUI fue también autor de un *Compendio de los Juzgados Militares para el uso de los corregidores y alcaldes* (Madrid, 1793).

<sup>5</sup> El valor legal de la obra de Colón es notorio. El auditor de guerra Bernardo de Vera y Pintado le manifestó en una oportunidad a San Martín: “nos gobernamos por las ordenanzas generales y la obra de Colón”. Archivo de la Nación Argentina, *Documentos referentes a la guerra de la independencia y emancipación política de la República Argentina y otras secciones de América a que cooperó desde 1810 hasta 1828*, Buenos Aires, 1917, t. II (*Paso de los Andes y campaña libertadora de Chile*), p. 358.

<sup>6</sup> ALEJANDRO DE BACARDÍ, *Nuevo Colón o sea tratado de derecho militar de España*. Esta obra tuvo tres ediciones sucesivas, impresas todas en Barcelona, en 1848, 1864-71 y 1878, respectivamente.

<sup>7</sup> *Proyecto de código penal militar para el ejército argentino*, Buenos Aires, Establecimiento tipográfico de “La Pampa”, 1881, pp. 4, 69, 93, 109, 112, 120, 135, 137, 146, 157, 159, 170, 177, 188, 213 y 244.

<sup>8</sup> JULIÁN LÓPEZ DE LA CUESTA, *Novísimo compendio de Juzgados Militares de Colón y tratado de las diversas clases de enjuiciamiento, procesos y actuaciones criminales y ordinarias que se practican en el Ejército y la Armada, corregido y aumentado*, Buenos Aires, Imprenta de “La Tribuna”, 1858. La primera edición —según lo consigna José Almirante (*Bibliografía militar de España*, Madrid, 1878, p. 449)— apareció en Madrid en 1845.

<sup>9</sup> JOAQUÍN GARCÍA FERNÁNDEZ, *Justicia Militar. Nociones teórico-prácticas de toda de procedimientos penales*, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1898 (12ª ed.).

<sup>10</sup> BALTASAR ANDUAGA Y ESPINOSA, *Curso de Derecho Militar. Obra escrita en francés por A. F. Broutta. Traducido y arreglado a la legislación española y aumentado con un índice cronológico de las leyes, órdenes y reales decretos concernientes a Guerra y Marina expedidos desde el siglo XVI hasta el día*, Madrid, 1845. El libro de BROUTTA fue traducido al castellano por Federico Mitre y publicado en Buenos Aires en 1878 por el famoso editor Carlos Casavalle.

procesales como para conocer cómo se interpretaba y aplicaba el derecho sustantivo.<sup>11</sup> Esta tarea —verdaderamente insoslayable— ha sido ignorada entre nosotros y al parecer también en otros países.<sup>12</sup>

2. Según las ordenanzas de Carlos III correspondía al capitán general el juzgamiento de los delitos comunes cometidos por el personal de oficiales,<sup>13</sup> los que no estaban taxativamente enumerados con esa denominación pero se los puede ubicar por exclusión de los delitos militares definidos como tales. Eran los siguientes: blasfemia, juramento execrable por costumbre; robo de vasos sagrados, ultraje a imágenes divinas, ultraje a sacerdotes, insulto a lugares sagrados, injurias contra ministros de justicia, desafíos, injurias entre soldados, inducción a riñas, alevosía, lesiones, daño, incendio, fabricación de moneda falsa, violación de mujer, crimen nefando, perjurio, robo, contrabando, etc.

Legalmente el auditor carecía de competencia propia para actuar, en virtud de la delegación de funciones que hacía el capitán general, desempeñándose de acuerdo con la iniciativa y con los bandos que dictaba dicho jefe, que tenían fuerza de ley.

Cuando el ejército se hallaba dividido en cuerpos —actuando separadamente en lugares distintos— el auditor, con acuerdo del capitán general, designaba al funcionario que administraría la justicia castrense bajo su supervisión,

---

<sup>11</sup> A título meramente indicativo dejo consignado que en nuestro máximo repositorio documental los sumarios militares están agrupados en legajos ordenados de acuerdo con la letra inicial del apellido inscripto en la carátula de cada uno. Archivo General de la Nación (Buenos Aires), *División Nacional, Sección Gobierno, Sumarios Militares, letra A*, exptes. 1-40 (10.29.9.6); exptes. 41-63 (10.29.9.7); exptes. 64-83 (10.29.9.8); *letra B*, exptes. 84-109 (10.29.9.9); exptes. 110-138 (10.29.10.1); exptes. 139-161 (10.29.10.2); *letra C*, exptes. 162-202 (10.29.10.3); exptes. 203-237 (10.29.10.4); exptes. 238-272 (10.29.10.5); *letras D y E*, exptes. 285-311 (10.29.11.2); *letra E*, exptes. 312-330 (10.29.11.3); *letra F*, exptes. 331-363 (10.29.11.4); *letra G*, exptes. 364-393 (10.29.11.5); exptes. 394-439 (10.29.11.6); *letras H, I y J*, exptes. 440-82 (10.29.11.7); *letra L*, exptes. 483-533 (10.30.1.1.), *letra M*, exptes. 534-598 (10.30.1.2); exptes. 599-611 (10.30.1.3); *letras M y N*, exptes. 612-639 (10.30.1.4); *letra O*, exptes. 640-666 (10.30.1.5); *letra P*, exptes. 667-707 (10.30.2.1); *letras P y Q*, exptes. 708-738 (10.30.2.2); *letra R*, exptes. 739-769 (10.30.2.3); exptes. 770-792 (10.30.2.4); exptes. 793-823 (10.30.2.5); *letra S*, exptes. 824-872 (10.30.2.6); *letras S y T*, exptes. 873-920 (10.30.3.1); *letra V*, exptes. 945-955 (10.30.3.2); exptes. 956-977 (10.30.3.3); *letras U, V, X, Y y Z*, exptes. 921-944 (10.30.3.4); varios exptes. 979-1020 (10.30.3.5). Con relación a los legajos precedentemente detallados puede consultarse el *Índice de sumarios militares 1808-1860* (10.44.9.29). En el *Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires* se conservan numerosas causas criminales, provenientes del fondo de la Real Audiencia y de la Cámara de Apelaciones, en las cuales son parte militares. En el *Museo Mitre* existen cuatro carpetas caratuladas *Justicia Militar*, tres de ellas correspondientes a los años 1815-1819 y la restante a 1818, con un total de 120 piezas documentales. Otra fuente son los expedientes conservados en el Archivo del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas (Buenos Aires).

<sup>12</sup> Con respecto a Francia lo ha señalado el importante aporte de J. L. GAZZANIGA, "Les conseils de guerre de la 10e. Division sous le Consulat et l'Empire: la Justice aux armées de l'intérieur", en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* (nouvelle série), Sirey, 1978, nº 1 (enero-marzo), pp. 61-62.

<sup>13</sup> HÉCTOR JOSÉ TANZI, "El derecho militar indiano (importancia, contenido de la materia y estado actual de la investigación)", tirada aparte de: Academia Nacional de la Historia (Venezuela), *Memoria del IIIer. Congreso Venezolano de Historia*, Caracas, 1979, t. III, p. 273.

quien quedaba sometido a su vigilancia en el proceso. Es decir, que el capitán general ejercía la función de supervigilancia establecida por las ordenanzas de 1587.<sup>14</sup>

Las ordenanzas de 1768 sentaron la regla de que “la jurisdicción militar y su ejercicio debe residir en los capitanes o gobernadores generales y no en los auditores, aunque aquéllos tengan precisión a proceder en las materias de justicia con acuerdo de éstos”.

Como la jurisdicción residía en el capitán general o comandante de operaciones, la iniciativa para la formación del sumario a incoarse dependía no del auditor sino del jefe militar, de modo que ahí está el origen de la tendencia moderna a considerar la justicia militar como una función de mando y sostener, en consecuencia, que la jurisdicción de sus tribunales es dependiente o delegada. Como consecuencia de ello el encabezamiento del proceso debía hacerse a nombre del jefe militar de quien el auditor dependía. Y su marcha era de competencia de este último, es decir del auditor, pero los decretos interlocutorios y definitivos debían redactarse a nombre del capitán general o comandante o jefe militar cuya firma era esencial para la validez de las providencias respectivas.

Estando la tramitación del proceso a cargo del auditor, éste era el responsable de lo proveído a menos que el jefe militar se separase de lo proyectado por él, en cuyo caso el auditor quedaba exento de responsabilidad por lo proveído.

En los casos en que los jefes considerasen que debían separarse del dictamen del auditor, debían elevar los autos —no estando el ejército en operaciones de guerra— con expresión de los fundamentos de su disidencia al Real y Supremo Consejo de Guerra y Marina, quien por vía de consulta resolvía el artículo en forma definitiva.

Con las variantes que he estudiado en otro trabajo<sup>15</sup> fue la intervención de los auditores en los casos de delitos comunes cometidos por personal perteneciente a las milicias, aplicándose en esos casos las disposiciones del Reglamento de Milicias de 1801.

En la práctica, dispuesto el procesamiento de un militar por el jefe que correspondiese, la causa quedaba en manos del auditor, quien redactaba por sí la respectiva providencia y el superior se limitaba a la confirmación y cumplimiento de lo actuado, recurriéndose sólo en muy contados casos al Real y Supremo Consejo de Guerra y Marina por primar el parecer del capitán general o jefe militar que lo reemplazase ya que el auditor debía proceder de acuerdo con los bandos que aquellos estaban autorizados para dictar. Es decir, que

<sup>14</sup> Ver J. MORENO CASADO, “Las ordenanzas de Alejandro Farnesio, de 1587”, en Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1961, t. XXXI, pp. 431-450.

<sup>15</sup> GUILLERMO PALOMBO, “La aplicación del derecho penal militar en el Virreinato del Río de la Plata”, en *Prudentia Iuris*, VI, pp. 41-60 y “La justicia penal militar en el Río de la Plata durante los últimos años del período hispánico”, en *Publicaciones del Instituto de Estudios Iberoamericanos*, Buenos Aires, 1983, vol. III (en prensa).

el auditor era, por delegación, un verdadero juez letrado de primera instancia competente para el juzgamiento de los delitos comunes cometidos por militares.

La resuelta impugnación de las atribuciones que en la práctica tomaban los auditores, ciertamente que por la sencilla razón de que los jefes militares así lo permitían admitiendo y reconociendo su insuficiencia técnica, no se hizo esperar. Una Real Orden de fecha 12 de marzo de 1802 proclamaba taxativamente que "los auditores son verdaderos dependientes de los capitanes generales, que la jurisdicción reside en éstos, y en ellos sólo el ejercicio en los términos prescriptos por la ordenanza y demás órdenes del asunto".<sup>16</sup> Y por si ello hubiese caído en saco roto, la reprimenda fue reiterada por medio de la Real Orden del 29 de enero de 1804: "Su Majestad declara que las funciones de los auditores de guerra designadas en el artículo 1º, tratado 8º título 8 de las ordenanzas del ejército deben entenderse conforme a lo que determina en los artículos siguientes. Que la jurisdicción militar reside en los jefes militares que la tienen declarada y no en los auditores. Que los auditores no pueden empezar ninguna causa civil ni criminal sin decreto del jefe a no ser en algún raro caso y aun en éste deberán darle parte dentro de las veinticuatro horas. Que empezada la causa legítimamente podrán los auditores proseguirla pero todos los autos interlocutorios y definitivos irán siempre en nombre de los jefes, firmados por ellos con precedencia a los auditores, y éstos deberán ir a sus casas a despachar. Que sólo los auditores sean responsables de las providencias que se dieran con su voto, pero no de las en que no intervengan. Que los jefes, antes de separarse del dictamen de sus auditores remitan los autos al Consejo Supremo de la Guerra para que decida en justicia. Que todos los despachos aunque estén acordados con los auditores, vayan firmados por los jefes que tengan la jurisdicción militar".<sup>17</sup>

Pero en nuestra evolución histórica desapareció la atribución del capitán general o comandante de armas —y, por ende, del auditor— para el juzgamiento de los *delitos personales*. Ello ocurrió como consecuencia de la ley de la provincia de Buenos Aires del 7 de julio de 1823 que abolió los fueros personales. Lo expresó en la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación, en 1860, el teniente coronel José A. Álvarez Condarco: "habiendo cesado el fuero personal, cesaban por consiguiente las causas militares por delitos que no eran puramente militares, cesaba asimismo toda atribución del auditor como juez".<sup>18</sup>

3. Los jefes militares eran responsables de la disciplina de sus cuerpos y por ello las ordenanzas los facultaban para castigar correccionalmente las faltas de sus subalternos (tratado 2, títulos 15 y 17), pero debían dar parte a la autoridad superior dentro de las 24 horas.

Se consideraban faltas disciplinarias: el refugiarse en sagrado para hacer peticiones, emplearse al soldado como asistente de un oficial, valerse del hom-

<sup>16</sup> PEDRO TOLEDO SÁNCHEZ, *Derecho penal militar indiano y su jurisprudencia chilena*, Santiago, Universidad de Chile, 1950, p. 163. JUAN JOSEPH MATRAYA Y RICCI, *Catálogo cronológico de pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales (1819)*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1978, n° 2199. VALLECILLO, *Ordenanzas*, etc., t. III, p. 412.

<sup>17</sup> MATRAYA Y RICCI, ob. cit., n° 2307.

<sup>18</sup> NÉSTOR T. AUZA, *El ejército en la época de la Confederación (1852-1861)*, Buenos Aires, Círculo Militar, Biblioteca del Oficial, vol. 633-634, 1971, p. 55.

bre del jefe, injurias entre soldados, daños, venta de ropa o munición, malgastar el dinero del rancho, ebriedad, juego ilícito y quedarse la noche fuera del cuartel sin licencia para ello.

Bastaba la orden verbal o escrita del comandante, que comisionaba a un ayudante o a otro oficial para levantar la sumaria. A su vez este oficial nombraba un actuario y tomaba las declaraciones pertinentes y la indagatoria y confesión sin necesidad de nombramiento de defensor. Luego de evacuadas las citas, sin necesidad de ratificaciones ni careos —lo que era de rigor en cambio en los consejos de guerra— se tenía por celebrada la causa en sumario. Ponía el ayudante su dictamen y lo pasaba al jefe militar quien daba vista al auditor y con acuerdo de éste o sin él aplicaba la pena correspondiente: arresto o represión.<sup>19</sup>

Cuando algún oficial quisiera sincerar su conducta, si se sintiera agraviado, y no hubiese causa grave como para formar consejo de guerra, se debía dirigir a su superior jerárquico quien previa información resolvería en justicia sin formar sumaria (Real Orden del 25 de abril de 1780). Este procedimiento fue confirmado por ley de octubre 19 de 1813.<sup>20</sup>

4. En el juzgamiento de los delitos militares conocían los consejos de guerra, que eran tribunales colegiados no letrados y de conciencia.

Los delitos militares tipificados en las ordenanzas pueden clasificarse en: a) delitos contra la soberanía y seguridad exterior del Estado (infidencia, espionaje, reclutamiento de tropa para otro príncipe); b) delitos contra el orden y seguridad del ejército (sedición, alboroto o insulto contra centinela); c) delitos contra los deberes y el honor militares (delitos del centinela, desertión, abusos de autoridad, falta de puntualidad en acudir a su puesto y cobardía); d) delitos de insubordinación (desobediencia, ultraje o maltrato a superiores); e) delitos contra la disciplina (murmuración y solicitud de gracia); f) delitos contra los intereses del ejército (robo o hurtos de armas y/o de municiones), y g) delitos de falsedad (disimulo de nombre, patria, edad o religión). Estos eran los delitos militares (ver TEJEDOR, *Curso de derecho criminal*, Buenos Aires, 1860, t. I, pp. 350-356).

La ley promulgada en la provincia de Buenos Aires el 7 de julio de 1823 abolió en su artículo 1º los fueros personales. Éstos implicaban el sometimiento de sus beneficiarios a una jurisdicción especial, por su condición personal. La ley operó la conversión del *fuero personal* en *real* o *de causa*. El artículo 3º dispuso que la jurisdicción militar debía conocer en las causas instruidas "para la averiguación y castigo de delitos que solo son tales cometidos por un militar". Y en el artículo siguiente se especificaba que en ese conocimiento se incluían también los delitos cometidos por "militares dentro de los cuarteles, en marchas, en campaña o en actos de servicio".<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Arts. 4º y 7º, títs. 40, 8, 9 y 11, títs. 16, 4 del lib. 17, trat. 2 y art. 1º, tít. 8, trat. 3 de las ordenanzas.

<sup>20</sup> *El Redactor de la Asamblea*, noviembre 20 de 1813.

<sup>21</sup> ABELARDO LEVACCI, "Los fueros especiales. Contribución al estudio de la administración de justicia en el Río de la Plata", en *Revista del Instituto de Historia del Derecho "Dr. Ricardo Levene"*, nº 22, Buenos Aires, 1971, pp. 44-91. La jurisprudencia de la C. S. J. N. aceptó dicha ley de 1823 como disposición nacional (CARLOS J. COLOMBO, *El*

El consejo de guerra ordinario juzgaba a la tropa y clases por delitos comunes y militares. Con el tiempo adquirió carácter de permanente. Tomada noticia por un jefe de la comisión de un delito militar —por querrela o denuncia— designaba a un ayudante o a otro oficial como juez fiscal. Este último instruía los primeros procedimientos y debía presentar un memorial al capitán general refiriendo el hecho y sus circunstancias y pedir autorización para tomar las informaciones y poner al reo en consejo de guerra. Desde esa presentación, el juez fiscal ya no dependía del comandante sino del capitán general a quien podía dirigirse en derecho. Ese memorial —decretado—, con la filiación del reo, servía como auto cabeza de proceso. Se nombraba luego un actuario (sargento, cabo o soldado) y luego de examinados los testigos y practicadas todas las diligencias comunes a los juicios criminales y recibida la declaración indagatoria al acusado, se tenía por concluida la sumaria pudiendo el fiscal resolver sobreseer o decretar la prosecución de la causa en el plenario. Si optaba por esto último debía pedir autorización —por ser competencia del consejo de guerra el fallo de la causa—. Los autos se pasaban al jefe que había nombrado al fiscal y éste los remitía al auditor, quien debía expresar si el dictamen fiscal se hallaba ajustado a derecho. Si de aquí resultaba una providencia definitiva la causa se cerraba. Caso contrario, si pasaba a consejo de guerra, se hacía saber ello al acusado y se procedía al nombramiento de defensor. Luego se recibía al reo la confesión —que era la indagatoria con cargos— y tomada ésta se evacuaban las citas y se careaba al reo con los testigos. Luego la causa se elevaba al capitán general quien corría vista al auditor para que dictaminase si estaba o no bien arreglada, antes de procederse a la formación del consejo. Si el auditor solicitaba medidas ellas debían cumplirse. Volvían los autos al fiscal, quien los pasaba al defensor y volvían nuevamente al juez fiscal que exponía su conclusión. Se celebraba luego el consejo: leídos todos los cargos, las diligencias y la defensa —con comparecencia de los testigos si fuese necesario— se oía al reo por si éste tuviera algo que decir en su descargo y en ese caso hablaba bajo juramento de decir verdad. Después votaban los miembros del consejo y vista la pena decidida por la pluralidad el fiscal debía hacer extender la sentencia

El consejo de guerra de oficiales generales conocía y castigaba los delitos militares cometidos por personal de oficiales y no tuvo carácter permanente, se formaba para cada causa. El auditor de guerra asistía siempre como asesor del consejo, pero sin voto en él y su lugar era el último. Una Real Orden del 2 de septiembre de 1794<sup>22</sup> estatuyó que el auditor de guerra en los consejos firmaría su “mero dictamen” no como conjuez. Evidentemente la práctica debió

---

*Derecho Penal Militar y la Disciplina*, Buenos Aires, 1953, p. 53 nota 12). C. S. J. N., *Fallos*, 126-280 in re “Burrueco Mansilla” del 13/10/1917 y jurisprudencia remisiva allí citada. Conviene recordar que en el período hispánico el fuero privilegiado del ejército fue llamado *fuero de guerra* y se dividía en *fuero militar* (cuando concernía al personal militar) y *fuero político* (cuando concernía a funcionarios civiles del Ejército o la Armada). A su vez el *fuero militar* se dividía en *ordinario*, que era concedido a la mayor parte del Ejército, y en *privilegado* que era el gozado por cuerpos especiales como el Real Cuerpo de Artillería que debía contar con un asesor (auditor de guerra) propio, tal como lo reglamentó la Real Orden del 8 de marzo de 1778 (Museo Mitre, Armario B, caja 21, pieza 2, nº 44) y la Real Cédula del 26 de febrero de 1782 (COLÓN DE LARRIATEGUI, *Juzgados Militares*, Madrid, 1797, t. II, 2ª ed., pp. 420-425).

<sup>22</sup> VALLECILLO, *Ordenanzas* cit., t. III, p. 261. TOLEDO SÁNCHEZ, *Derecho penal militar indiano* cit., p. 163.

ser muy otra. El procedimiento era similar al del consejo ordinario, salvo —claro está— las diferencias debidas a la jerarquía de los acusados.

5. La composición de los tribunales militares tales como estaban establecidos en las ordenanzas se vio alterada por la decisión tomada por la Asamblea General Constituyente en la sesión del 5 de marzo de 1813, cuando a moción de Carlos María de Alvear dispuso que la jerarquía militar más alta sería la de brigadier, con lo cual quedó abolido el grado de capitán general de ejército.<sup>23</sup>

Puesto que los consejos de guerra de oficiales generales se integraban con oficiales de graduación de generales tuvo que determinarse cómo sería su composición al no haber ya capitanes generales ni demás jefes previstos por las ordenanzas, cuya lista quedó subrogada. Con ese fin, el cuerpo mencionado, en la sesión del 1º de septiembre de 1813 declaró que a los efectos de la constitución de los consejos de guerra de oficiales generales se considerarían como oficiales de superior graduación a los brigadieres, coroneles y tenientes coroneles “en defecto de los capitanes generales y demás que preveían las ordenanzas del ejército”.<sup>24</sup> Es decir que los brigadieres fueron tenidos como oficiales generales del estado.

Al producirse, en 1822, en la provincia de Buenos Aires, la famosa reforma militar, en las sesiones de la Junta de Representantes de los días 20 y 22 de mayo de ese año se consideró lo relativo a aquellas graduaciones modificadas por la Asamblea del año XIII. Como ésta había suprimido tres grados militares establecidos en las ordenanzas (mariscal de campo, capitán general y teniente general) y declarado que las graduaciones más altas serían las de brigadier —sin sueldo fijo y perteneciente a la clase de generales de la Nación— y de coronel mayor —perteneciente a la clase de jefes de brigada con funciones tales como mandar en jefe un ejército que no tuviera más que coroneles, sin necesidad de nombramiento en comisión— hubo quienes interpretaron que el sentido de la disposición de la Asamblea del año XIII había tenido por objeto que en el ejército no hubiese empleos efectivos sino hasta coronel inclusive y de allí arriba meros grados (brigadieres y coroneles mayores) para premiar con el honor y distinción las acciones extraordinarias.<sup>25</sup> Otros —entre quienes estaba Gervasio Antonio de Posadas— entendieron que el de coronel mayor era un empleo efectivo y no un mero grado.<sup>26</sup>

Otra reforma fundamental en la composición de los tribunales militares consistió en la obvia pérdida de jurisdicción en nuestro territorio del Real y Supremo Consejo de Guerra y Marina que entendía en última instancia —por intermedio de su sala segunda— de las sentencias dictadas por los capitanes generales de ejército.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> EMILIO RAVIGNANI (dir.), *Asambleas Constituyentes Argentinas*, t. I, p. 19.

<sup>24</sup> *Asambleas Constituyentes Argentinas*, t. I, p. 71. ERCILIO DOMÍNGUEZ, *Colección de Leyes y Decretos Militares concernientes al Ejército y Armada de la República Argentina, 1810 a 1896*, Buenos Aires, 1898, t. I, p. 188.

<sup>25</sup> Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, *Acuerdos de la Honorable Junta de Representantes. 1822*, Documentos del Archivo (XV), La Plata, 1981, pp. 33-35.

<sup>26</sup> Museo Mitre, *Documentos del Archivo de Pueyrredón*, Buenos Aires, 1912, t. III, p. 119.

<sup>27</sup> ARISTÓBULO DEL VALLE, *Los Consejos de Guerra y los delitos políticos (Informe del Dr. Aristóbulo del Valle ante la Suprema Corte de Justicia Nacional en la causa del Coronel Mariano Espina)*, Buenos Aires, Imprenta y Casa Editora “Argos”, 1893, p. 43.

Suprimida la jerarquía de capitán general y caduca la competencia del Real y Supremo Consejo de Guerra, la instancia en apelación ulterior fue organizada por la Asamblea del año XIII mediante una de las disposiciones finales del *Estatuto dado al Supremo Poder Ejecutivo*, aprobado en la sesión del 27 de febrero de 1813, por la cual se estableció que al gobierno "se le delega particularmente el poder de confirmar, o revocar con arreglo a ordenanza en último grado las sentencias dadas contra militares o por los consejos de guerra en que respectivamente cada uno debe ser juzgado".<sup>28</sup>

Esta competencia atribuida al Poder Ejecutivo en subrogación del Real y Supremo Consejo de Guerra fue ampliada por dos leyes delegadas, sancionadas ambas el 19 de octubre de ese año, por las cuales —y de acuerdo con lo dispuesto en el tratado 8 de las ordenanzas— se le facultó para conocer en todos los casos resueltos en causas incoadas ante los consejos de guerra ordinarios y de oficiales generales.<sup>29</sup>

La ausencia de una judicatura suprema que entendiéndose en apelación en materia castrense obligó a más de un gobierno provincial —durante el período de secesión preconstitucional— a adoptar similares providencias a las mencionadas. La ley cordobesa del 6 de agosto de 1830 dispuso en su artículo único: "facúltase al gobierno por seis meses para la creación de un tribunal militar que juzgue y falle definitivamente con arreglo a las ordenanzas militares y con consulta al gobierno sobre los criminales".<sup>30</sup>

6. La actuación reseñada del auditor de guerra como juez militar era la que correspondía en tiempo de paz, pues estando los ejércitos en operaciones las reglas procesales indicadas quedaban de lado, dado que entonces actuaban los llamados *tribunales a tambor batiente*, cuyo nombre habla por sí solo del procedimiento sumarísimo empleado, con prescindencia de las formas del que conocemos como *debido proceso*.

El procedimiento de los tribunales a tambor era puramente verbal. No debe confundirse no obstante con el *consejo de guerra verbal*, en el que —especialmente en cuanto a la sesión del consejo de guerra de oficiales generales— se dejaba constancia escrita de lo actuado (interrogación de testigos, acusación, defensa y sentencia, en términos breves y perentorios).<sup>31</sup>

En definitiva, la determinación de si se trataba de un consejo de guerra verbal o de un juicio a tambor dependía no tanto de la celeridad impresa al procedimiento cuanto de que se guardasen o no las formas del debido proceso. Prueban esta afirmación, por ejemplo, las instrucciones que dio el coronel Domingo F. Sarmiento (gobernador de San Juan, director de la guerra y coman-

<sup>28</sup> *Asambleas Constituyentes Argentinas*, t. I, p. 17. DEL VALLE, *Los Consejos de Guerra*, pp. 43-44.

<sup>29</sup> *Asambleas Constituyentes Argentinas*, t. I, p. 76. DOMÍNGUEZ, *Colección de Leyes y Decretos Militares*, t. I, pp. 109-110. *Registro Nacional de la República Argentina que comprende los documentos expedidos desde 1810 hasta 1873*, Buenos Aires, Imprenta La República, 1879, § 574 y 575.

<sup>30</sup> *Compilación de leyes, decretos, acuerdos de la Excm. Cámara de Justicia y demás disposiciones de carácter público dictadas en la provincia de Córdoba desde 1810 hasta 1870*, Córdoba, Imprenta del Estado, 1870, p. 56.

<sup>31</sup> Ver C. S. J. N., *Fallos*, 54-577, consid. 608.

dante general de las fuerzas de línea y milicias de las provincias de Cuyo) al comandante Arredondo con motivo de las acciones bélicas libradas con las bandadas insurrectas y armadas acaudilladas por el general Ángel Vicente Peñaloza, el "Chacho", y en las cuales, preocupado por restringir la aplicación indiscriminada de la pena de muerte, le recomendaba a dicho jefe subordinado "usar con mesura la pena de muerte y no aplicarla sino en los casos de ordenanza, y siempre con intervención de consejo de guerra verbal, que hiciese constar los hechos incriminados y dar lugar a la defensa".<sup>32</sup>

De acuerdo con la crónica que nos ha dejado el doctor Aristóbulo del Valle del proceso que se le siguiera al oficial de la Armada Mariano Espina, en 1893, por rebelión, por ante un consejo de guerra de oficiales generales<sup>33</sup> surge que el mismo fue más bien un juicio a tambor batiente dado que en él sólo se tomó declaración al acusado; el fiscal se limitó a solicitar la imposición de la pena capital —con la sola invocación del artículo 26, título 10, tratado 8 de las ordenanzas— para acordar luego la palabra al defensor. Por esa razón pudo decir luego del Valle en otro alegato ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación —sobre cuestión de competencia y a nombre del mismo patrocinado— que las formas seguidas ante el tribunal marcial habían sido las de un *lynchamiento*.<sup>34</sup> Recordemos que Espina fue mandado juzgar por el consejo de guerra de oficiales generales por decreto del Poder Ejecutivo, ejercido por el doctor Luis Sáenz Peña, de fecha 27 de septiembre de 1893.<sup>35</sup>

La Corte en esta causa, y a diferencia de lo ocurrido en 1874 en el proceso seguido también por rebelión contra el general Ignacio Rivas y otros oficiales, no llegó a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión planteada, que era la determinación de si las ordenanzas militares contemplaban el delito de rebelión entre sus penalidades y si esa infracción al orden jurídico debía considerarse como delito político y, por lo tanto, ajena a la competencia de los tribunales militares.

La Corte, en su primera sentencia de fecha 7 de diciembre de 1893 declaró que la cuestión de competencia planteada por del Valle con el fin de que entendiese en la causa Espina la justicia federal había sido deducida en tiempo hábil (véase el famoso informe *in voce* pronunciado ante el alto tribunal).<sup>36</sup> La segunda sentencia de la Corte es del 30 de diciembre de 1893 y en ella al resolverse sobre el fondo de la cuestión, con relación al delito de rebelión

<sup>32</sup> AUGUSTO G. RODRÍGUEZ, *Sarmiento Militar*, Buenos Aires, Peuser, 1950, p. 200.

<sup>33</sup> COLOMBO, *El Derecho Penal Militar y la Disciplina*, p. 62. CLODOMIRO ZAVALÍA, *Historia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina en relación con su modelo americano*, Buenos Aires, Peuser, 1920, pp. 306-312.

<sup>34</sup> DEL VALLE, *Los Consejos de Guerra*, 10, 11 y 19. Consúltese para la mejor comprensión del procedimiento a MANUEL M. ANÍBARRO, *Instrucciones para la celebración de los Consejos de Guerra Verbales* (Burgos, 1875, 104 pp.).

<sup>35</sup> DOMÍNGUEZ, *Colección de Leyes y Decretos Militares*, t. III, p. 559. Ese mismo día, por unanimidad de votos, el reo fue condenado a ser ejecutado, y al día siguiente, previa vista del Auditor General de Guerra, el Presidente de la Nación puso el *cumplase* a la sentencia. DOMÍNGUEZ, en la p. 560, reproduce el decreto que conmutó a Espina la pena de muerte por la de veinte años de presidio, en cuyos considerandos se advertía que la disciplina del ejército no podía "sentirse relajada por la conmutación de la última pena impuesta a un militar que abandonó sus filas en mala hora, con una audacia desmedida en el momento solemne de la prueba".

<sup>36</sup> DEL VALLE, *Los Consejos de Guerra*, pp. 55 y 126.

—previsto y reprimido como delito militar por el artículo 42, título 10, tratado 8 de las ordenanzas— resolvió que por tratarse de una infracción a la disciplina cometida por un militar en servicio, de acuerdo con el artículo 14 de la ley 49 debía declararse la incompetencia de la justicia federal y entender en la causa la justicia militar.<sup>37</sup>

Hay que advertir que esta memorable y fundada sentencia fue pronunciada por la mayoría (doctores Bazán, Bunge y Torrent) con la disidencia del presidente, doctor Benjamín Paz, a quien acompañó con su voto el conjuce José María Gutiérrez, votando en disidencia en cuanto a los fundamentos Octavio Bunge.<sup>38</sup>

7. Con la instalación de las comisiones especiales —de esas fulminadas con el anatema del artículo 18 de la Constitución Nacional de 1853— se operó la introducción de una reforma fundamental a las ordenanzas en cuanto a la determinación de la competencia para entender en las causas que caían en la jurisdicción militar.

Para enjuiciar a la facción alvearista depuesta por la asonada de 1815 se mandó instalar por decreto una *Comisión Militar*<sup>39</sup> cuya creación quedó legalizada por imperio del artículo 26 (cap. 1, sección III) del *Estatuto Provisional para la Dirección y Administración del Estado* del 5 de mayo de 1815 que dispuso que el Director Supremo podía confirmar o revocar en último grado —con arreglo a ordenanza y con el dictamen del asesor general y auditor de guerra— las sentencias dictadas por dicha comisión militar u otros consejos de guerra ordinarios.

Para uniformar las reglas procesales que aplicaba la *Comisión Militar Permanente*<sup>40</sup> y demás consejos de guerra dependientes se había dictado el *Reglamento* del 7 de mayo de 1814, luego convalidado por el *Estatuto Provisional* de 1815 (art. 2, cap. 2, sección VI).<sup>41</sup>

De las sentencias dictadas por las comisiones militares —que actuaban como consejos de guerra— la apelación ordinaria era pues para ante el Director Supremo, régimen que sufrió una variación en cuanto a Cuyo por haber resuelto la Junta de Observación el 17 de noviembre de 1815 que todo general en jefe de ejército que actuase frente al enemigo quedaba autorizado con sólo dictamen del auditor para hacer ejecutar con su aprobación las sen-

<sup>37</sup> C. S. J. N., *Fallos*, 54-577.

<sup>38</sup> La sólida argumentación de la disidencia puede verse en ZAVALÍA, *Historia de la Corte Suprema*, pp. 311-312.

<sup>39</sup> GREGORIO F. RODRÍGUEZ, *Historia de Alvear con la acción de Artigas en el período evolutivo de la Revolución Argentina desde 1812 a 1816*, Buenos Aires, 1913, t. II, p. 481. *Registro Nacional* § 758. DOMÍNGUEZ, *Colección de Leyes y Decretos Militares*, t. I, p. 157.

<sup>40</sup> Museo Mitre, *El Redactor del Congreso Nacional. 1816-1819* (reimp. facsimilar), Buenos Aires, 1916, p. 172. Sobre la actuación de la Comisión Militar Permanente puede consultarse la documentación existente en Archivo General de la Nación, *Comisión Militar Permanente. Borradores de oficios. 1813* (10.3.9.3) y *Ministerio de Guerra. Comisión Militar Permanente, 1815-1816* (10.8.9.1). La famosa causa del Desaguadero, instruida con motivo de la derrota de las armas patriotas en Huaqui, en la que intervino un tribunal militar, ha sido publicada en: Senado de la Nación, *Biblioteca de Mayo, XIII* (Sumarios y expedientes), Buenos Aires, 1962, 11.479-11.760.

<sup>41</sup> *Registro Nacional* § 767.

tencias que dictase la comisión militar actuante como consejo de guerra contra espías, infidentes e inductores a la comisión del delito de desertión y "demás que puedan comprometer la causa pública y el honor de las armas de la patria".<sup>42</sup>

Con posterioridad, como ocurrió en la provincia de Entre Ríos, se crearon comisiones militares pero no para juzgar hechos que cayeran bajo el imperio de la ley militar sino para entender en causas criminales de procesados comunes, alegándose como fundamento que esa provincia carecía de abogados y que el número de jueces era insuficiente para substanciar el excesivo número de causas pendientes. En dicha provincia por ley del 11 de abril de 1833 se ordenó constituir una comisión militar compuesta por un presidente, seis vocales, fiscal y secretario nombrados por el Poder Ejecutivo para juzgar "a más de cien reos presuntos de crimen que en la actualidad oprimen los calabozos de esta Capital".<sup>43</sup>

Al discutirse en la sesión del 29 de octubre de 1817 del Congreso de Tucumán el artículo 8º (cap. 1, sección VI) del proyecto de *Reglamento Provisorio para la Dirección y Administración del Estado* se acordó que la *Comisión Militar* permanente quedaba extinguida "y reemplazada en la capital y ejército por tribunales militares bajo el pie y forma que detallará el reglamento mandado formar para el régimen de los Estados Mayores particulares de los ejércitos". En la sanción definitiva, la parte pertinente del artículo citado quedó redactado con una variante, pues se estableció que el tribunal militar que debía subrogar a la Comisión Militar permanente se regiría por "el reglamento que actualmente se gobierna con la calidad de que el defensor de los reos deba asistir a la confesión personalmente".<sup>44</sup>

La abrogación institucional que queda referida fue confirmada por el decreto del 2 de octubre de 1817.<sup>45</sup> Posteriormente, en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, el Tribunal Militar creado por el decreto referido fue extinguido por otro decreto, expedido por el gobernador Juan Gregorio De Las Heras y refrendado por su ministro de Guerra y Marina, Francisco Fernández de la Cruz, de fecha 13 de septiembre de 1821, en el que se dispuso a título subrogatorio que las causas seguidas contra los individuos sometidos al fuero militar deberían substanciar con arreglo a las ordenanzas y reglamentos vigentes y que los procesos a seguirse contra militares que no pertenecieran a regimiento alguno serían proseguidos ante el fiscal o secretario que designase el Inspector General de Armas.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> Archivo de la Nación Argentina, *Documentos*, t. II, p. 358.

<sup>43</sup> *Recopilación de Leyes, Decretos y Acuerdos de la Provincia de Entre Ríos desde 1821 a 1873*, Uruguay, Imprenta "La Voz del Pueblo", 1875, t. IV, p. 21.

<sup>44</sup> *El Redactor del Congreso Nacional*, p. 172.

<sup>45</sup> La disposición no ha sido publicada pero se halla referenciada en el art. 1 del decreto del 13 de septiembre de 1821 que ordenó la extinción del tribunal (*Registro Nacional* § 1510). DOMÍNGUEZ (*Colección de Leyes y Decretos Militares*, t. I, p. 315), afirma que el tribunal militar no fue establecido en la fecha indicada —octubre 2 de 1817— sino el 30 de marzo de 1820, por lo que se ve que no tuvo presente que el *Reglamento* de 1817 convalidó la existencia del tribunal militar. De allí el error de haber supuesto que la disposición de 1817 aludiese a un organismo que se crearía tres años después.

<sup>46</sup> *Registro Nacional* § 1510. DOMÍNGUEZ, *Colección de Leyes y Decretos Militares*, t. I, p. 315. Ver la documentación existente en Archivo General de la Nación, *Gobierno, Guerra, Tribunal Militar 1815-1821* (10.8.8.7).

8. Con la creación de las comisiones militares en la forma que se ha indicado, las atribuciones que por las ordenanzas les correspondían a los auditores de guerra les fueron evidentemente retaceadas, desde que sus funciones como jueces de sentencia fueron traspasadas a las mencionadas comisiones, quedándoles a los auditores sólo la correspondiente a la incoación del sumario de prevención y aún esa facultad pasó luego al respectivo fiscal militar que tenía por misión instruir el proceso, hecho lo cual debía entregarlo al consejo de guerra actuante —o comisión— para que éste dictara la sentencia.

De esa forma los auditores se transformaron en simples asesores. Con carácter permanente creóse como adjunto ante las autoridades centrales el cargo de asesor general para expedirse en los asuntos de guerra, funcionario que con la denominación de asesor general de guerra tuvo intensa actuación. En 1816 ejerció ese cargo el doctor Juan José Paso.<sup>47</sup>

El *Reglamento Provisorio* de 1817 le dio carta de naturaleza al asesor general de guerra, quien asociado a tres personas designadas por el Director Supremo debía proceder a redactar un nuevo tratado en reemplazo del 8º de las ordenanzas, como lo disponía el artículo 16, capítulo 1, sección VI de dicho cuerpo legal, lo que no llegó a concretarse.

La denominación de auditor y asesor general de guerra recayó en la misma persona a quien se le anexó la Auditoría de Marina por decreto del gobierno de la provincia de Buenos Aires del 7 de octubre de 1834.<sup>48</sup> Ciertamente, la denominación de auditor, dada al asesor en asuntos militares, lo fue para diferenciarlo del asesor general de gobierno. En cuanto al tema de las atribuciones de los auditores, lo ha desarrollado Bartolomé Mitre en su proyecto de código para el Estado de Buenos Aires de 1857.<sup>49</sup>

Los auditores fueron considerados con *estado* militar y en servicio activo y como tal sujetos a las disposiciones de las ordenanzas. Su jerarquía o grado en el escalafón militar (coronel) fue determinada por la ley 241 del 4 de septiembre de 1860. La designación recayó siempre en prestigiosos letrados como el doctor Juan Agustín García, designado por decreto del 17 de junio de 1880.<sup>50</sup>

El tiro de gracia a las atribuciones que las ordenanzas conferían a los auditores de guerra fue dado por los autores de los códigos militares sancionados en 1894 al proyectar una nueva organización para los auditores, asesores y fiscales, de acuerdo con la evolución que se había desarrollado. Desde entonces la facultad de incoar los sumarios que habían tenido los auditores y que luego habían pasado a los fiscales —como en su momento lo observó

<sup>47</sup> Archivo de la Nación Argentina, *Documentos*, II, 357. Ver también los siguientes trabajos: OSCAR R. SACHERI, "La Auditoría General de las Fuerzas Armadas. Importancia de su misión. Reseña Histórica", en *Boletín Jurídico Militar* nº 5, Buenos Aires, 1955, pp. 13-39; H. TANZI, "Juan José Paso y la Independencia" en *La Nación* del 9 de diciembre de 1979, cuarta sección, 3 y del mismo autor "Misión del Auditor en las Fuerzas Armadas", en *Revista Jurídica Militar de la Armada Argentina*, nº 5-6 (julio-diciembre 1965), Buenos Aires, 1966, pp. 49-59. Documentación inédita en Archivo General de la Nación *Asesor Auditor General de Guerra*, 1819 (10.11.5.6), 1821 (10.22.5.5) y 1822 (10.12.10.1).

<sup>48</sup> DOMÍNGUEZ, *Colección de Leyes y Decretos Militares*, t. I, p. 559.

<sup>49</sup> Museo Mitre, *Archivo del General Mitre*, Buenos Aires, 1912, t. XV, p. 246.

<sup>50</sup> DOMÍNGUEZ, *Colección de Leyes y Decretos Militares*, t. II, p. 638.

el doctor José María Moreno en su defensa del general Rivas— fueron subrogadas por el artículo 47 de la ley de organización y competencia de los tribunales militares en los comisarios de instrucción.<sup>51</sup>

Aceptada la evolución operada en cuanto a la refundición de los cargos de asesores y auditores y su posterior conversión en consejeros jurídicos gubernamentales, a dichos funcionarios les quedaron únicamente las tareas de asesoramiento en cuestiones jurídicas a los vocales de los consejos de guerra, por lo que —definitivamente— se les cercenó la atribución que habían tenido en el pasado como jueces militares.<sup>52</sup>

Con relación a la Armada,<sup>53</sup> debemos recordar que en las ordenanzas navales españolas las funciones de auditor y asesor eran ejercidas por un mismo letrado que actuaba ante el comandante de la provincia marítima que residía en el respectivo apostadero. El juzgado de marina que actuaba en la capital indicada dependía —contrariamente a lo que sucedía en el ejército— directamente del capitán general que tenía a sus órdenes un departamento marítimo. En los distritos alejados de la comandancia de marina actuaba un abogado para entender en las causas de justicia que se promovían en el lugar, pero bajo la dependencia del ayudante marítimo de distrito. El juzgado de marina tenía competencia universal. Entre nosotros, en 1834 se unificaron las auditorías de guerra y marina.

9. Entre los casos de aplicación en el país de la llamada *ley marcial* en el sentido anglonorteamericano (sometimiento de los civiles a los consejos de guerra por la subrogación de los tribunales civiles por militares) puede citarse lo ocurrido en la provincia de Buenos Aires a raíz del levantamiento porteño contra Urquiza del 11 de septiembre de 1852, cuando mediante la ley del 9 de diciembre de este año se facultó al Poder Ejecutivo provincial para tomar una serie de medidas de emergencia, especialmente restrictivas del ejercicio de las garantías individuales, entre las que destacaba lo preceptuado en el artículo 4º que disponía que “mientras las mismas circunstancias subsistan, en todos los delitos militares y en los de complicidad con el enemigo, comunicaciones con él, motín o conspiración contra las autoridades no se

<sup>51</sup> OSVALDO MAGNASCO, “Introducción” a los *Códigos Militares para el Ejército y Armada de la República Argentina*, Buenos Aires, 1895, p. LIII.

<sup>52</sup> MAGNASCO, ob. cit., p. LV.

<sup>53</sup> Ver GUILLERMO PALOMBO, “La jurisdicción naval militar en el Río de la Plata (1748-1895), en *Prudentia Iuris*, X, pp. 82-93. Con referencia a este trabajo debo hacer aquí dos aportes y una rectificación. Una comunicación real del 5 de junio de 1794 dio cuenta del envío al Río de la Plata de los 2 tomos de la primera parte de las Ordenanzas Generales de Marina (Archivo General de la Nación, *Comunicaciones y Resoluciones Reales*, lib. VIII, f. 47). Otra comunicación real —no menos importante— del 12 de septiembre de 1799 dio cuenta de la aprobación de la sentencia del consejo de guerra de oficiales generales formado contra los generales y oficiales procesados por su mal desempeño en el combate librado el 14 de febrero de 1799 en el cabo San Vicente contra la escuadra inglesa (id., lib. IX, f. 262). La rectificación; en la p. 87 dije que el doctor Ramón Ferreyra fue el primer profesor de la cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho porteña. Ciertamente que Ferreyra nunca ejerció la docencia universitaria, pero sí fue el primer tratadista de la materia. El primer titular fue el colombiano Florentino González (ver JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO, “Panorama histórico del derecho administrativo argentino, 1866-1950”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* “Dr. Ricardo Levene”, nº 25, Buenos Aires, 1979, p. 172) a quien le sucedió José Manuel Estrada.

atenderá a otra disposición para su castigo sino a la ordenanza militar ni se reconoce más tribunal competente que los consejos de guerra".<sup>54</sup>

El estado de emergencia en que se hallaba la ciudad de Buenos Aires, sitiada por las fuerzas del coronel Hilario Lagos, motivó que el gobernador—general Manuel Guillermo Pinto— adoptara medidas drásticas, como las contenidas en el decreto del 26 de diciembre de 1852, que reglamentó la ley antes citada, disponiendo en el artículo 2º que toda persona que entablara relaciones directas o indirectas con los sublevados en la campaña bonaerense sería juzgado "sumariamente por un consejo de guerra y aplicada la pena de ordenanza" según lo dispuesto en el artículo 4º de la citada ley.<sup>55</sup>

La composición del tribunal militar fue fijada por decreto del 24 de diciembre de 1852 que encomendó la presidencia al veterano general José Matías Zapiola,<sup>56</sup> tribunal que fue disuelto por decreto del 16 de marzo de 1853 al haber desaparecido los motivos que dieron causa a su creación.<sup>57</sup>

10. En la ley 48 del 14 de septiembre de 1863 sobre jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales se insertó una cláusula fundamental contenida en el artículo 7º por la cual se dispuso que "la jurisdicción criminal atribuida por esta ley a la justicia nacional en nada altera la jurisdicción militar en los casos en que, según las leyes existentes, deba procederse por consejos de guerra".<sup>58</sup>

El doctor del Valle —en su defensa de Espina— ha dado el verdadero sentido de la disposición legal transcripta al expresar que ello implicaba decir que se mantenían dentro del régimen nacional los tribunales de la ordenanza que son los que hasta ahora subsisten".<sup>59</sup>

---

<sup>54</sup> *Registro Oficial de la Provincia de Buenos Aires (1851-1852)*, Buenos Aires, 1875, p. 225. La disposición no era novedosa. En febrero de 1852 se creó en Buenos Aires una Comisión Militar para reprimir el robo y el saqueo después de Caseros, comisión que ordenó unos 200 fusilamientos. El texto: "Bando. ¡Viva la Confederación Argentina! Jor cuanto el primer deber del gobierno provisorio es asegurar en las críticas circunstancias actuales la propiedad y personas de sus habitantes para que se restituya el completo reposo que algunos pocos criminales intentaron turbar. Acuerda y decreta. 1 Todos los ciudadanos de la milicia activa y pasiva de la ciudad enrolados en los diversos cuerpos quedan bajo las órdenes de los jefes que han reconocido hasta la fecha y son estrictamente obligados a concurrir al servicio en la forma en que lo dispusiese la autoridad suprema. 2 Los que contraviniesen a la orden precedente quedan sujetos a las penas que su reincidencia exigiese. 3 En el término de ocho días, contados desde la publicación de este bando, todo individuo que se hallase por las calles robando y se lo tomase *in fraganti* será fusilado en el término de un cuarto de hora y en el mismo lugar de la perpetración del delito. 4 Pasado este término se nombrará una comisión militar encargada exclusivamente de juzgar en breve y sumariamente a todo acusado de robo y será sentenciado según el mérito del proceso y en conformidad a las órdenes que el gobierno expidiere. Y para que llegue la noticia al pueblo se publicará por *Bando*, y al son de tambor, y se fijará en los parajes públicos. Buenos Aires, febrero 4 de 1852. (Fdo.: Vicente López)". (CRISTINA V. MINUTOLO, "El saqueo de Buenos Aires. 4 de febrero de 1852", en *Anuario del Departamento de Historia* nº 1, Universidad Nacional de Córdoba, 1963, p. 207, nota 73).

<sup>55</sup> *Registro Oficial*, cit., p. 228.

<sup>56</sup> *Idem* nota anterior.

<sup>57</sup> *Registro Oficial de la Provincia de Buenos Aires (1853)*, Buenos Aires, 1875.

<sup>58</sup> *Adla. (1852-1880)*, p. 366.

<sup>59</sup> DEL VALLE, *Los Consejos de Guerra*, p. 88.

La Corte Suprema, por su parte, en dicha causa —fallada el 30 de diciembre de 1893— declaró que las “leyes existentes” a que aludía el artículo 7º de la ley 48 no eran sino las contenidas en las ordenanzas de 1768 las que resultaban convalidadas por vía legislativa.<sup>60</sup>

El principio de la separación del fuero jurisdiccional militar del común u ordinario en el sentido de que la competencia de este último no alteraba la de aquél, fue aceptado por Carlos Tejedor en el artículo 4º de su proyecto de código penal<sup>61</sup> por los fundamentos que dio en la nota respectiva siguiendo a Pacheco, quien sostenía el carácter especialísimo de la jurisdicción militar destinada a mantener con una penalidad propia una disciplina severísima.<sup>62</sup>

En el artículo 2º, inciso 3º del proyecto de reformas al proyecto Tejedor, preparado por Villegas, Ugarriza y García, de 1881, de acuerdo con lo dispuesto en la ley 250 del 16 de octubre de 1868, se mantuvo el mismo principio al proyectarse que las disposiciones del Código Penal no serían aplicables a los delitos del fuero militar.

El Código Penal de 1887, la ley de reformas al mismo —ley 4189 del 22 de agosto de 1903— y el código en vigor desde 1922 nada dispusieron al respecto por cuanto se entendió que era inoficioso repetir la prescripción de la ley 48 ya que un código penal debe limitarse a legislar sobre los delitos cuyo juzgamiento corresponde a los tribunales ordinarios.

La tradicional jurisprudencia interpretativa ha concordado —con limitaciones— con la tesis sostenida por del Valle al sostener que la jurisdicción federal no alteraba la militar prevista en el título 6, tratado 8 de las ordenanzas, salvo en lo que se refiriese a la subrogación del fuero personal militar por el real o de causa.<sup>63</sup>

El fuero militar concedido a las fuerzas milicianas —esto es importante recordarlo— lo fue sólo para cuando dichas fuerzas estuviesen en servicio o en campaña. Se hizo así para prevenir eventuales abusos derivados de la aplicación del privilegio.<sup>64</sup>

La ley promulgada en la provincia de Buenos Aires el 7 de julio de 1823 abolió en su artículo 1º los fueros personales en cuanto ellos significaron sometimiento de sus beneficiarios a una jurisdicción especial por su sola condición personal, operando su conversión en fueros reales o de causa. Respecto del personal militar el artículo 3º de dicha ley dispuso que correspondía a la jurisdicción militar conocer en las causas instruidas “para la averiguación y castigo de delitos que sólo son tales cometidos por un militar”. Y precisando más el concepto, el artículo 4º refería que los delitos a que la ley refería-

<sup>60</sup> C. S. J. N., *Fallos*, 54-577, consid. 595.

<sup>61</sup> Edición de 1866.

<sup>62</sup> Joaquín Francisco Pacheco. Eminente penalista español del siglo XIX.

<sup>63</sup> Consúltese la sentencia de la Corte del 19 de febrero de 1867 (C. S. J. N., *Fallos*, 4-225, consid. 229) y la providencia del Superior Tribunal de Justicia de Mendoza del 15 de abril de 1893 (*Fallos*, 52, consid. 222).

<sup>64</sup> Ver LEVAGGI, *Los fueros especiales*. En 1818 Güemes concedió por bando a los escuadrones de gauchos que formaban las milicias el fuero de guerra a perpetuidad (FRANCISCO GÜEMES, “Fuero gaucho”, en *Boletín del Instituto Güemesiano de Salta*, nº 5, Salta, 1981).

se<sup>65</sup> eran los cometidos por "militares dentro de los cuarteles, en marchas, en campaña o en actos de servicio". Resulta evidente entonces que era la naturaleza del acto y no la calidad del sujeto activo de la infracción lo que determinaba la jurisdicción competente. Lo determinante era el acto en sí. Y de esa forma lo entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación al pronunciarse en el sentido de que eran atraídos por el fuero jurisdiccional militar los actos que cumplieren los requisitos ya enunciados y que dicho fuero se basaba "en la naturaleza, lugar y ocasión de los actos que sirven de fundamento a los respectivos juicios".<sup>66</sup>

De acuerdo con tal interpretación, los militares quedaban sometidos a la jurisdicción federal u ordinaria en los casos de comisión de delitos comunes y a la jurisdicción militar cuando los hechos acriminados afectasen al servicio militar, a las instituciones armadas, importasen la violación de deberes militares o fuesen cometidos en parajes sometidos al comando militar o dentro de cuarteles, campamentos y en marchas o actos de servicio.<sup>67</sup>

La Corte en otro de sus pronunciamientos —de fecha 16 de abril de 1874— confirmó por sus fundamentos la sentencia del juez de sección de La Rioja, doctor Mardoqueo Molina, dictada el 26 de noviembre de 1872, declarando en la oportunidad el alto tribunal que lo estatuido por el artículo 7º de la ley 48 sólo era aplicable en el supuesto de que el caso planteado estuviese sujeto en forma conjunta a dos jurisdicciones: la federal y la militar, en cuyo caso primaba la jurisdicción militar sobre la federal, como sucedía por ejemplo "en los delitos de rebelión y sedición ejecutados por tropas de línea contra la estabilidad de los poderes públicos de la Nación".<sup>68</sup>

El principio de la prevalencia de la jurisdicción militar sobre la federal fue reiterado luego por la Corte en la causa criminal seguida contra el capitán José Fernández Castro, resuelta el 30 de mayo de 1893, declarándose que "la jurisdicción militar es excluyente de toda otra cuando se trata de delitos del fuero militar".<sup>69</sup>

11. Una interpretación corroboratoria respecto de que el artículo 7º de la ley 48 de 1863 no alteró en nada la competencia de los consejos de guerra previstos en las ordenanzas fue dada por el Poder Ejecutivo a raíz del enjuiciamiento de los militares rebelados contra las autoridades nacionales en septiembre de 1874.

<sup>65</sup> José María Moreno se preguntaba cuál era la distinción establecida por la ley del 5 de julio de 1823 y concluía: "Después de abolir todo fuero personal y de declarar que eran delitos militares los que solo tenían ese carácter cometidos por un militar, única causa en que la jurisdicción militar era legítima, la ley distinguía los delitos comunes en dos categorías: los unos que por su naturaleza, por el fuero real de la causa, y a virtud del principio general de la abolición del fuero personal, debían ser sometidos a la jurisdicción ordinaria, los otros, que a pesar de ser delitos comunes, y no obstante la abolición del fuero, debían atribuirse a la jurisdicción militar, por razón de haberse cometido por militares, en cuartel, en marchas, en campaña, o en actos de servicio. La distinción era pues en los delitos comunes, de los que se exceptuaban algunos de la regla general, conservándose el fuero personal a su respecto". ("Proceso político de los revolucionarios de septiembre de 1874" en *Obras Jurídicas*, Buenos Aires, 1883, t. III, p. 388).

<sup>66</sup> Ver lo dicho en la nota 21.

<sup>67</sup> C. S. J. N., *Fallos*, 4-212; 9-533; 14-253; 16-176; 27-110; 54-577 y 100-233.

<sup>68</sup> C. S. J. N., *Fallos*, 14-453.

<sup>69</sup> C. S. J. N., *Fallos*, 52-211.

El Presidente Sarmiento por decreto del 11 de octubre de ese año declaró desertores y por tanto pasibles de las sanciones que impusiesen los respectivos consejos de guerra a los jefes y oficiales que rebelándose hubiesen combatido contra las autoridades constituidas.<sup>70</sup>

De acuerdo con ese anuncio, Nicolás Avellaneda, sucesor de Sarmiento, expidió el decreto del 18 de diciembre de 1874 en el cual ordenó someter a enjuiciamiento a los militares vencidos en las acciones de "La Verde" y "Santa Rosa", a cuyo efecto dispuso la constitución de dos consejos de guerra de oficiales generales —uno en Buenos Aires y el otro en Mendoza— sobre la base del siguiente considerando: "Debiendo ser juzgados con arreglo a las leyes militares los jefes y oficiales de línea que tomaron parte en la rebelión iniciada el 24 de septiembre último de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7º de la ley de septiembre de 1863 sobre jurisdicción y competencia de los tribunales federales y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º, título 6, tratado 8 de las ordenanzas y en el artículo 2º del mismo título y tratado".<sup>71</sup>

Los consejos de guerra mencionados llevaron a cabo su cometido. El Poder Ejecutivo por decreto del 30 de abril de 1875 aprobó los pronunciamientos del tribunal militar que enjuició a los rebeldes apresados con motivo de la derrota en el combate de "Santa Rosa" por considerarlos ajustados "a las prescripciones de las ordenanzas y a las constancias del proceso".<sup>72</sup>

Empero, con respecto a la sentencia dictada para los prisioneros que estuvieron comprometidos en la acción de Junín ("La Verde"), ella fue reformada actuando la salvadora equidad en atención a los antecedentes de los procesados —entre ellos Bartolomé Mitre, quien para demostrar el poco valor que concedía a su enjuiciamiento designó como defensor suyo en principio a un alférez <sup>72 bis</sup> de 16 años—. Por ello, la parte dispositiva de la sentencia fue morigerada mediante el decreto dictado por Avellaneda el 24 de mayo de 1875 como Comandante en Jefe de las fuerzas de mar y tierra y en uso de las atribuciones que le confería la conocida cláusula constitucional— y jurisprudencia interpretativa— que facultaba al Presidente de la Nación para reformar las sentencias definitivas dictadas por los consejos de guerra.<sup>73</sup>

Al acordar el Poder Ejecutivo indulto general a los soldados que habiendo abandonado las filas de varios regimientos se habían plegado al movimiento rebelde, por decreto del 17 de agosto de 1875 se formuló la humanitaria declaración de que al personal de tropa no se le aplicarían las penas previstas por la legislación en vigor para los delitos de rebelión y desertión

<sup>70</sup> DOMÍNGUEZ, *Colección de Leyes y Decretos Militares*, t. II, p. 487. ZAVALÍA, *Historia de la Corte*, pp. 186 y ss. TANZI, "Mitre y la Revolución de 1874", en *Investigaciones y Ensayos*, editada por la Academia Nacional de la Historia, n° 13, Buenos Aires (julio-diciembre) 1972, pp.651-680. Del mismo autor ver "Los delitos contra los poderes públicos. Evolución histórica a través del derecho indiano y patrio", separata de la *Revista Jurídica de San Isidro*, primavera de 1973, p. 57.

<sup>71</sup> DOMÍNGUEZ, *Colección de Leyes y Decretos Militares*, t. II, p. 504.

<sup>72</sup> DOMÍNGUEZ, *idem*, t. II, p. 528.

<sup>72 bis</sup> Era el alférez de Artillería Santiago Stoppani. Ver TANZI, "Mitre y la Revolución de 1874", pp. 674-675.

<sup>73</sup> DOMÍNGUEZ, *Colección de Leyes y Decretos Militares*, t. II, p. 529 y Auditoría General de Guerra y Marina, *Justicia Militar. El Presidente de la Nación y los Tribunales Militares*, Buenos Aires, 1927.

en razón de que “los sargentos, cabos y soldados no deben ser considerados comprendidos en las disposiciones de las ordenanzas y de la ley de reclutamiento por cuanto no está probado que voluntariamente hubiesen hecho fuego contra la bandera nacional sino por el contrario que fueron violentados o seducidos por sus superiores como lo demuestran los fusilamientos de los sargentos del 3 de Línea que se resistieron a seguir la bandera de la rebelión”.<sup>74</sup>

12. Para apaciguar los resquemores ocasionados a causa del estallido de la rebelión de 1874 —y su consiguiente y firme represión— se dictó una ley denominada “de olvido” —una de tantas— que lleva el número 714 y es del 26 de julio de 1875.<sup>75</sup> El título de esa ley es “de amnistía”, pero en realidad se trató de una amnistía-indulto, que constituye una figura de derecho público que requiere alguna explicación. Los distingos tradicionales que existían entre amnistía e indulto fueron desapareciendo desde que las leyes de amnistía no estuvieron reservadas para borrar el carácter criminal de algunos actos como son los llamados *delitos políticos*. A su vez, cada vez fue acentuándose más la tendencia según la cual el Poder Ejecutivo indultaba a procesados que aún no habían sido condenados. Otro de los caracteres considerados diferenciales entre amnistía e indulto era que a la primera se la consideraba como una situación irrenunciable a diferencia del segundo conceptuado como un beneficio renunciabile, distinción que también tendió a desaparecer, por haberse tenido la idea de que de lo contrario se debía admitir que el procesado tenía derecho a la condena. Que tales distingos se esfumaron lo prueba el hecho de la concesión de indultos-amnistías y de amnistías-indultos.

El primer supuesto se producía cuando el Poder Ejecutivo por sí o por intermedio de un funcionario autorizado al efecto indultaba a determinados procesados con cargo de la ulterior aprobación por parte del Congreso. En nuestro país se presentaron varios de estos casos declarados como buenos por la Corte, como ocurrió en la causa criminal seguida por rebelión contra Crisólogo Andrade en la que el tribunal con fecha 16 de abril de 1872 revocó el fallo del inferior que había negado validez constitucional a tal régimen,<sup>76</sup> ocurriendo lo mismo posteriormente en el sonado proceso seguido contra Severo Chumbita, también por rebelión, fallado el 4 de noviembre de 1875, oportunidad en que se siguió el mismo criterio.<sup>77</sup>

La figura inversa —es decir la amnistía-indulto— se producía cuando mediante una determinada ley se facultaba al Poder Ejecutivo para que extendiera los beneficios de la ley de amnistía a determinadas personas no comprendidas en la ley amnistiante. Un ejemplo es la ley 714 del 26 de julio de 1875 que dispuso: “Artículo 1º. Concédese amnistía general, por todo delito político anterior a la presente ley. Artículo 2º. Concédese igualmente amnistía, por todo delito militar cometido con ocasión de rebeliones o sediciones anteriores a esta ley, salvo lo dispuesto por el Poder Ejecutivo, sobre bajas de jefes u oficiales del Ejército o Armada de la Nación. Artículo 3º. Exceptúanse de lo dispuesto en el artículo anterior, (a) los que al estallar la última rebelión tenían en el Ejército o Armada de la Nación, mando superior de división, bata-

<sup>74</sup> DOMÍNGUEZ, *Colección de Leyes y Decretos Militares*, t. II, p. 546.

<sup>75</sup> EDLA (1852-1880), p. 996.

<sup>76</sup> C. S. J. N., *Fallos*, 11-405, consid. 409, 411-412 y 414-416.

<sup>77</sup> C. S. J. N., *Fallos*, 17-22, consid. 26, 31 y 37.

llón, regimiento o buque. Artículo 4º. El Poder Ejecutivo podrá hacer extensivos los beneficios de esta ley, a los exceptuados por el artículo precedente cuando y en los casos que estime conveniente”.

En virtud de la delegación contenida en el artículo 4º de la precitada ley el gobierno nacional por decreto del 24 de mayo de 1877 extendió los beneficios señalados con ocasión de celebrarse un nuevo aniversario patrio al disponer la reincorporación al Ejército de aquellos jefes y oficiales dados de baja con motivo de la rebelión mitrista de 1874 bastando la sola presentación de los mismos ante la Comandancia General de Armas para la concesión del beneficio.<sup>78</sup>

Las malas prácticas políticas de la época son notorias. Avellaneda mismo lo había advertido, y en su discurso pronunciado el 17 de diciembre de 1874 a los efectivos de la Guardia Nacional que regresaban de los teatros de operaciones les recordó que “la anarquía por más que subleva ejércitos es impotente ante la ley que será siempre sostenida por el patriotismo, por los verdaderos intereses y por la razón ya formada de los pueblos”.<sup>79</sup>

La ardua y discutida cuestión en aquel entonces de la determinación respecto de si la infracción catalogada como rebelión, cometida por militares, era justiciable por los tribunales militares o federales no pudo ser resuelta por la Corte porque los procesados, después de haber sido condenados por los consejos de guerra que los juzgaron,<sup>80</sup> fueron indultados por el Poder Ejecutivo de la Nación.

13. La opinión en el sentido de que había *contrafuero* o pérdida del fuero personal militar y por lo tanto que la competencia federal era la que debía entender en los casos de asonadas, motines o rebeliones cometidos por militares fue sostenida con conocimiento por el doctor del Valle en su defensa de Espina, quién citó a título corroboratorio lo resuelto por Carlos III con motivo del “motín de Esquilache” ocurrido en 1766.<sup>81</sup>

El estado de la jurisprudencia de la Corte con anterioridad a 1874 era favorable hacia la competencia de la justicia federal para el juzgamiento del delito de rebelión cuando éste era cometido por un civil.<sup>82</sup> Pero tanto la sedición —contra las autoridades provinciales— como la rebelión —ataque armado contra el gobierno nacional— podían ser ejecutadas por civiles o por militares, en forma separada o conjunta, configurándose de ese modo un delito conexo. De allí que fuera conveniente establecer reglas precisas de competencia para determinar qué juez debía conocer en tales casos.

La cuestión —intrincada— tenía dos formas posibles de resolución. Si se entendía que no había fueros de clase y que la jurisdicción era una sola, la competencia de los tribunales militares se debía reducir a entender únicamente en las infracciones que afectasen al deber, la disciplina y la obediencia militar, por lo que la rebelión cometida por un militar en servicio activo no debía

<sup>78</sup> DOMÍNGUEZ, *Colección de Leyes y Decretos Militares*, t. II, p. 557.

<sup>79</sup> NICOLÁS AVELLANEDA, *Obras Completas*, t. XI, p. 19.

<sup>80</sup> C. S. J. N., *Fallos*, 16-176 consid. 194.

<sup>81</sup> DEL VALLE, *Los Consejos de Guerra*, pp. 57 y 59.

<sup>82</sup> C. S. J. N., *Fallos*, 5-297, consid. 299 y 7-205 consid. 217.

causar fuero militar correspondiendo su juzgamiento a la jurisdicción ordinaria. Tal era el criterio de la ley francesa del 30 de septiembre de 1791<sup>83</sup> y el punto de vista sostenido por José María Moreno en 1874 y por del Valle en 1893 desde que ellos pusieron de manifiesto que los tribunales militares eran incompetentes para juzgar a militares por rebelión dado el carácter político de la misma.<sup>84</sup>

Contra tal tesis puede invocarse un precedente poco conocido: entre los militares reincorporados al ejército del entonces Estado de Buenos Aires, de acuerdo con lo dispuesto en el Pacto de San José de Flores quedó comprendido el coronel Baldomero Lamela, pero este jefe militar se amotinó luego contra el gobierno local. El 8 de mayo de 1860 se dictó el decreto del 15 de mayo de ese año que dispuso "dejar sin efecto la disposición que le dio de alta sin perjuicio de las penas que establecen las ordenanzas para estos delitos en el tratado 8, título 10, artículo 26".<sup>85</sup>

La orientación jurisprudencial especialmente administrativa se inclinó desde temprana época por la prevalencia del criterio de la *disyunción* según el cual, tratándose de delitos que tanto podían ser cometidos por civiles como por militares la jurisdicción se diversificaba: los civiles debían ser enjuiciados por los jueces ordinarios y los militares por tribunales marciales.<sup>86</sup>

Favorables a la prevalencia de la disyunción o doble jurisdicción hay varios antecedentes. El Director Supremo Pueyrredón el 16 de marzo de 1816 resolvió respecto de las milicias de Cuyo que "los delitos puramente militares que cometan los cívicos que se hallen al servicio de las armas se juzgarán por jurisdicción militar y en los civiles por los juzgados ordinarios".<sup>87</sup> Claro está que aquí, no se consideraron los delitos de sedición y rebelión con el cariz que adquirirían promediado el siglo. Los autores del proyecto de código penal militar de 1881 dispusieron, en los artículos 6º, inciso final y 114, incisos 1º y 3º, que las personas sujetas a la jurisdicción militar quedarían sometidas —precisamente— a la jurisdicción y penalidad establecida por las disposiciones castrenses y los civiles a la jurisdicción y penalidad ordinarias.<sup>88</sup> Este criterio para los delitos conexos mixtos (militar y común) fue reproducido en el *Código Militar para el Ejército* de 1894, en el artículo 95 *in fine* de la ley de jurisdicción y competencia de los tribunales militares y rezeptado en el *Código de Justicia Militar* (art. 125) de 1898.

La jurisprudencia interpretativa de la Corte, posterior al proyecto de código penal militar de 1881, es concordante con los principios expuestos. Así en la causa Espina al declarar la competencia de la justicia militar para conocer en el delito de rebelión la Corte dijo que "la designación de tribunales nacionales

<sup>83</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, *Justicia Militar*, p. 23.

<sup>84</sup> JOSÉ MARÍA MORENO, *Proceso político* (edición de 1875), pp. 90, 92 y 116.

<sup>85</sup> *Registro Oficial de la Provincia de Buenos Aires* (1860), Buenos Aires, 1876, p. 25.

<sup>86</sup> La tesis de la disyunción ha sido impugnada en razón de haberse sostenido que tiende a resucitar el abolido fuero militar desde que el militar por su calidad de tal es juzgado por un tribunal especial distinto del que le corresponde a su coautor o cómplice civil (CARLOS RISSO DOMÍNGUEZ, *La Justicia Militar. Conceptos Fundamentales*, Buenos Aires, 1939, t. I, p. 249).

<sup>87</sup> Archivo de la Nación Argentina, *Documentos*, t. II, p. 396.

no puede excluir siquiera los tribunales militares, que son igualmente tribunales de la Nación y así lo han comprendido los autores del proyecto de código penal".<sup>88 bis</sup>

En el proceso seguido a Aragona y otros por violación, hecho en el que eran coautores civiles y militares, la Corte al resolver la causa el 8 de marzo de 1906 estableció que el conscripto Hidalgo —procesado— era justiciable por los tribunales militares pero que los demás procesados civiles debían ser sometidos a la jurisdicción federal, en atención al lugar donde se había cometido el atropello, que fue el campo militar de los Andes.<sup>89</sup>

Muchos años después, en proceso instruido contra el mayor Lezica y otros por conspiración —como acto preparatorio de una rebelión— el alto tribunal reiteró —el 31 de agosto de 1945— su antigua doctrina: "si un delito es a la vez militar y común, los militares deben juzgados por la jurisdicción militar y los civiles por la federal o la ordinaria según los casos".<sup>90</sup>

14. El orden disciplinado de las tropas que estuvieron bajo el comando de San Martín estuvo respaldado en leyes penales compendiadas que siempre se han reputado como de alto ingenio. La naturaleza, alcance y valor de las providencias que adoptó San Martín como capitán general de la provincia de Cuyo para la organización del Ejército de los Andes que iba a entrar en operaciones— a fin de salvaguardar la disciplina— está normatizada en la ordenanza de septiembre de 1816 que lleva el título *Deberes militares y penas para sus infractores*, integrada por un exordio, 41 artículos y una exhortación final. El texto fue impreso originariamente por Sarmiento en 1839 y en 1870 lo dio a conocer Antonio Zinny. Biedma al reeditarlas en 1917<sup>91</sup> dijo que eran un calcó del título 10, tratado 8 de las ordenanzas de 1768. Riso Domínguez en su *Historia de la legislación militar argentina* la calificó como la primera ordenanza de origen nacional, advirtiendo que si bien modificaba la legislación militar imperante, se inspiraba en ella. Reduciendo Alvarado en carta a Gerónimo Espejo afirmó que el redactor fue José Ignacio Zenteno "bajo la inspiración y quizá dictado por el mismo general en jefe".<sup>92</sup>

Ciertamente hubo reformas parciales en cuanto a las penalidades a aplicarse por los jueces militares o para el castigo de las faltas disciplinarias en el período patrio, pero su enumeración sería monótona. Por decreto del 1º de septiembre de 1824 el gobierno de Las Heras designó una comisión encargada de redactar un código militar, integrada por Ignacio Álvarez Thomas, Blas José Pico y Pedro Somellera, pues —como se consigna en el decreto— era "indispensable la reforma del código penal que hasta ahora rige y consiguientemente la formación de uno, que habiendo de adoptarse, tenga por base principal el conservar en todo su vigor la disciplina más severa, la subordinación sin límites y la más ciega obediencia a sus jefes, en fin, un código tal que expresando las reglas y los casos, separe toda ocasión de interpretar y sea la

<sup>88</sup> Proyecto de Código Penal Militar, arts. 135, 139 y notas a los arts. 6 y 138.

<sup>88 bis</sup> C. S. J. N., Fallos, 54-577.

<sup>89</sup> C. S. J. N., Fallos, 103-403.

<sup>90</sup> C. S. J. N., Fallos, 202-404.

<sup>91</sup> Archivo de la Nación Argentina, Documentos, t. II, p. 152.

<sup>92</sup> Carta fechada en Salta el 20 de febrero de 1861 (Archivo General de la Nación, Archivo de Angel J. Carranza).

norma invariable que haya de dirigir a los obligados a observar y hacer observar la ley". Al parecer dicha comisión designada no pudo cumplir su cometido.<sup>93</sup>

Tiene fecha de 1832 una obra del coronel mayor Mariano Benito Rolón, jefe del Batallón Guardia Argentina, intitulada *Ordenanza para el régimen, disciplina, subordinación y servicio del Ejército de la Provincia de Buenos Ayres (Un tomo subdividido en tres partes)*. En 1836 apareció la compilación *Obligaciones militares. Tratado para Caballería de Línea y Milicias de Campaña* (Buenos Aires, Imprenta Argentina, 1836).

En 1859 el general Tomás de Iriarte fue invitado por Mitre para colaborar en la redacción de un nuevo código militar,<sup>94</sup> y en 1861 apareció el volumen *Leyes penales de las ordenanzas vigentes, extractadas y modificadas por la comisión de oficiales generales nombrada al efecto por el Gobierno en 1855*.

Por decreto del 21 de enero de 1881 el Gobierno nacional encomendó a una comisión integrada por los doctores Manuel Obarrio, Estanislao S. Zeballos y el general Octavio Olascoaga —actuando como secretario el doctor Ernesto Quesada— “la revisión de los proyectos elaborados sobre organización y competencia de los tribunales militares, leyes de procedimiento y de fondo, en materia penal, que formarán el código penal militar”, y a otra comisión compuesta por los doctores Aristóbulo del Valle, Amancio Alcorta y coronel de Marina Daniel Solier (Jefe del Estado Mayor de la Armada) —actuando como secretario Alberto V. López, director de la *Revista Militar y Naval*— igual proyecto de ley de organización y competencia pero respecto de los tribunales de Marina. Luego por fallecimiento de Olascoaga ocupó su lugar el coronel Simón A. de Santa Cruz. Las comisiones aunaron sus esfuerzos y procedieron de acuerdo para el estudio de codificación que les fue encomendado y se dieron un presidente común: el doctor Obarrio. El 20 de agosto y 1º de septiembre de 1881 las comisiones se expidieron presentando los proyectos al gobierno, anunciando a su vez el próximo envío del código de Marina y de los códigos de forma.

El proyecto de código penal militar está dividido en dos libros de nueve títulos cada uno y un título final de disposiciones complementarias, además de precederlo un informe explicativo.

Los codificadores reconocieron la necesidad de tribunales especiales para el juzgamiento de determinados delincuentes, entendiendo que la competencia debía decidirse según la calidad del reo. En cuanto a la organización de los tribunales se aceptaron dos instancias, y tres para casos excepcionales “casi como una exigencia de nuestro régimen constitucional, en tanto que la Suprema Corte está llamada a resolver ciertos conflictos de los tribunales entre sí o con relación a los principios consagrados en la Constitución”; y se precisaba: “el Consejo de Guerra es el tribunal de primera instancia que resuelve *estudiando los hechos y aplicando el derecho* que a dichos hechos corresponde. El Consejo Supremo de Guerra y Marina, es el tribunal de segunda instancia con carácter

<sup>93</sup> ABELARDO LEVAGGI, *Historia del Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1978, p. 180. COLOMBO, *El Derecho Penal Militar y la Disciplina*, pp. 54-55.

<sup>94</sup> ALBERTO G. ALLENDE - ALBERTO G. ALLENDE (H.), “El General Tomás de Iriarte”, en *La Nación* del 7 de junio de 1981, cuarta sección, p. 3.

de un tribunal de casación en general, aunque en algún caso tenga que avocar la causa y resolver en el hecho y el derecho por nulidad antes pronunciada y sus facultades pasan en campaña al general en jefe del Ejército, a las autoridades superiores en las plazas sitiadas, y a los jefes de columna que operan aisladamente. La Corte Suprema, no siendo un tribunal militar, viene a constituir una tercera instancia cuando se trata de recursos por incompetencia del fuero militar y en los casos del artículo 14 de la ley de 14 de septiembre de 1863, o cuando es necesario resolver los conflictos de jurisdicción entre tribunales militares y ordinarios”.

A la administración de la justicia militar en tiempo de paz y en tiempo de guerra y a las diferencias en la formación de los consejos de guerra se dedican dos interesantes capítulos con los que termina el informe al libro I. En el libro II se estudia la competencia de los tribunales militares explicando el alcance de las reglas generales sentadas a comienzo del título I, el cual trata de salvar las dificultades que podría suscitar el exclusivismo de la jurisdicción militar respecto de los tribunales ordinarios.

Esta distinción entre tiempo de paz y tiempo de guerra no había existido en forma expresa en las ordenanzas españolas. Al menos no se había dividido en ellas la normativa en función de esa clasificación. Ciertamente es que a los fines de los plazos en que los sumarios debían instruirse, aquellas ordenanzas de 1768 —que había innovado algo en la materia, para bien o para mal, respecto de sus predecesoras de 1748— se decía que en guarnición ese plazo sería de tres días (72 horas), en tanto que en campaña el término se reducía a 24 horas. En esto radicaba fundamentalmente la distinción respecto del tiempo de paz y del de guerra.

En cuanto al código procesal, si bien el Gobierno había exigido únicamente la revisión de los proyectos anteriores —tales los que realizaron José Ignacio Garmendia y Lucio V. Mansilla—, fue necesario rehacer todo, consultando a las autoridades y ajustando el procedimiento a la forma de juicio aceptado en la República, labor que fue realizada por el doctor Amancio Alcorta. El código ritual está dividido en dos secciones que se ocupan, respectivamente, de los procedimientos en tiempo de paz y en tiempo de guerra.<sup>95</sup>

Pero hasta 1894 el país no contaría con sus códigos militares, pese a los antecedentes mencionados. Recordemos aquí que las comisiones encargadas por la ley 36, promulgada el 9 de junio de 1863 (ADLA, t. 1852-1880, p. 357), de redactar los proyectos de códigos civil, penal, de minería y las ordenanzas del ejército, no concretaron su cometido con relación a las últimas. Similar tarea les incumbió a las comisiones especiales codificadoras designadas por decreto del 21 de enero de 1881 que elaboraron un proyecto que no tuvo sanción legislativa. El 6 de septiembre de 1893 se promulgó la ley 2962, proyecto de los diputados Osvaldo Magnasco y Manuel B. Gonnet, sobre supresión de la confesión con cargo en el procedimiento penal militar (ADLA, t. 1189-1919, p. 259). El 11 de diciembre de 1894 se promulgó la ley 3190 (ADLA, 1889-1919, p. 303) que puso en vigor los *Códigos Militares para el Ejército y la Armada*, cuyo proyecto fue redactado por una comisión revisora del proyecto de 1881, integrada por los doctores Obarrio, Alcorta, Magnasco, y Ceferino Araujo; el comodoro Clodomiro

<sup>95</sup> COLOMBO, ob. cit., p. 59.

Urtubey, el general Garmendia y el diputado sargento mayor Alvarez. Posteriormente, la ley 3202 promulgada el 4 de enero de 1895 (ADLA, 1899-1919, p. 333) modificó el artículo 2º de la ley 3190 sobre la fecha de entrada en vigencia de esta última. Pero no estaba todo dicho. El doctor José María Bustillo redactó un nuevo proyecto de *Código de Justicia Militar*, organización, competencia y procedimientos de los tribunales militares, remitido por el P. E. al Senado de la Nación en 1897, el que con modificaciones fue sancionado como ley 3679 el 10 de enero de 1898 (ADLA, t. 1889-1919, p. 384) y el 4 de noviembre de 1893 se sancionó la ley 3737 (ADLA, t. 1889-1919, p. 656) que puso en vigencia el tratado III del código redactado por Bustillo. En 1905 el Presidente Manuel Quintana remitió al Congreso un proyecto de *Ley orgánica del Ejército*, cuyo título VI —correspondiente a la Justicia Militar— fue redactado por el doctor Bustillo, fue desglosado, separándolo del despacho y procediéndose a formar con él una ley aparte, que fue sancionada como ley 4708 (ADLA, t. 1889-1919, p. 671). Desde entonces, pese a numerosos proyectos de reforma —total o parcial— que tuvieron trámite parlamentario, el código de Bustillo se mantuvo incólume hasta la sanción de la ley 14.029 de 1951, cuyo anteproyecto fue redactado por el doctor Oscar Ricardo Sacheri, que le introdujo enmiendas parciales. Este código de 1951 y sus modificaciones ulteriores fueron sustancialmente modificados por la reciente ley 23.049.

15. Los castigos impuestos en sede militar fueron siempre muy rigurosos. Bien les cabe el aforismo de Valerio Máximo *aspero et acciso castigationes generis militaris, disciplina indigent*. Pero también es cierto que en la práctica muchas veces se dejaron de lado y no se aplicaron disposiciones de las ordenanzas que prescribían la imposición de penas atroces, como el taladramiento de la lengua del blasfemo o la pena de la mano cortada para el homicida alevoso de un superior jerárquico.<sup>96</sup>

En un oficio librado al gobernador intendente de Cuyo el 16 de octubre de 1817 hacía saber San Martín desde su cuartel general en Santiago de Chile: “el soldado español Domingo Graña (cuyo destino desea V.S. saber por su nota del 7 a que tengo el honor de contestar), fue condenado a perder la mano derecha conforme a ordenanza. Pero por un rasgo de generosidad americana siempre contrapuesta a las leyes de sangre que demarcan la crueldad de la España, se le salvó de la horrible ejecución sentenciándole a diez años de presidio en Patagones, y que trabajase en las obras públicas de esa capital mientras se presentaba la oportunidad de remitirlo. En habiendo esta ocasión se servirá V. S. dar efecto a la condena”.<sup>97</sup>

Pero la generosidad no fue moneda corriente. El carácter sangriento que adquirieron las guerras civiles en que las partes intervinientes hicieron gala de desenfrenada barbarie en su ciego y mutuo afán de exterminio llevó al desprecio de las formas procesales castrenses.

Las ejecuciones a lanza y cuchillo eran corrientes. Y todavía promediado el siglo estaba en uso la exposición de miembros mutilados. El oficio que a

<sup>96</sup> MAGNASCO, *Introducción*, pp. X-XII.

<sup>97</sup> JUAN DRAGHI LUCERO, “Oficios firmados por el General San Martín (1817)”, separata de la *Revista de Historia y Geografía de Cuyo*, Mendoza, 1948, t. II (octubre de 1946), p. 57.

continuación se transcribe relativo a la aprehensión y ejecución del desertor del cuerpo de serenos Elías Oliva que integraba la cuadrilla acaudillada por el desertor de la División Palermo llamado Juan de la Cruz Cuello es ilustrativo: "Palermo de San Benito, enero 9 de 1851. Este individuo ha sido fusilado hoy por superior orden del Excmo. Señor Gobernador y Capitán General de la Provincia de Buenos Aires don Juan Manuel de Rosas, previos los auxilios espirituales conforme S.E. ha tenido a bien ordenar y en cumplimiento de la suprema orden de S. E. se le ha cortado la cabeza, y ha sido embalsamada para remitirla al partido donde cometió los asesinatos a fin de que sea colocado en una lanza (fdo.:) Juan J. Hernández".<sup>98</sup>

Otro ejemplo de las prácticas imperantes: durante la expedición al Desierto de 1833 Rosas toma conocimiento de que en el campamento de la costa del Río Colorado se han peleado dos oficiales —ambos embriagados— de cuyas resultas un alferez que intentó separar a los contendientes resultó herido en una mano. La decisión fue fulminante: "Noviembre 18 de 1833. Vuelva al mayor don Leandro Ibáñez para que en el acto mismo de recibir ésta le haga arrimar al pulpero que vendió el aguardiente 300 azotes bien pegados, en su misma presencia, a lazo trenzado doblado, siendo prevención que los expresados 300 azotes debe cuidarse que todos sean en las nalgas y que ninguno sea despacio ni parte en el suelo, sino todos como corresponde y queda ordenado. También le advierte al mayor Ibáñez que si al aplicarle el castigo se desmayase el reo no por eso debe cesar el castigo, ni ser menos fuerte, pues repito que debe seguir siempre del mismo modo y con la misma severidad, sin ningún género de indulgencia aun cuando muera en el castigo el delincuente. Hecho el castigo procederá el mayor Ibáñez a decomisar cuanto tenga el pulpero sin dejarle más que la ropa puesta y lo que use para taparse y su cama. Todo lo demás sin excepción, ni exclusión de caballos, será embargado, y de ello se me pasará una relación hoy mismo después del castigo. Dos cabos o soldados aparentes deben castigar uno de un lado y otro de otro, debiendo pegar 25 azotes uno y 25 azotes el otro y así seguir de a 25 hasta el entero de los 300, siendo de advertencia que a los dos militares que han de castigar les advertirá antes que si cumplen con su deber castigando como corresponde, fuerte, serán gratificados con \$ 50 cada uno y si no cumplen, ellos llevarán igual castigo que el ordenado respecto del pulpero. Fecho, debe el mayor Ibáñez anotar a continuación el cumplimiento y devolverme esta nota. Los dos oficiales seguirán arrestados hasta nueva orden. (fdo.:) Juan Manuel de Rosas". Y al pie de la providencia se extendió la siguiente constancia: "Noviembre 18 de 1833 a las 5 de la tarde. Excmo. Señor General: se ha cumplido en todas sus partes la orden de S. E. por el mayor don Leandro Ibáñez. (fdo.) Antonino Reyes".<sup>99</sup>

Bastaría recorrer las obras de Álvaro Barros, Gutiérrez, Ebelot, Paz, y tantos otros para encontrarnos con cuadros precisos respecto de cómo se mantenía la disciplina en el pasado siglo, o detenerse en los debates legislativos que el tema provocó.<sup>99 bis</sup> Pero para cerrar este trabajo he seleccionado una reflexión de otro contemporáneo por la verdad que encierra y por haber sido escrita por un

<sup>98</sup> Archivo General de la Nación, *Juzgado de Paz de Matanza, 1846-1852* (10.21.2.7).

<sup>99</sup> Archivo General de la Nación, *Correspondencia de Rosas con varios, 1832-1850* (10.24.5.3).

<sup>99 bis</sup> LEVAGGI, *Historia del Derecho Penal Argentino*, p. 122, nota 7.

hombre que actuó casi toda su vida en las oleadas bélicas que sufrió la patria desde su mismo nacimiento. El testimonio del general Iriarte: "es cosa muy sabida que la severidad es conveniente y útil en la carrera militar, y mucho más en el período solemne de una campaña, cuando es tan indispensable la obediencia ciega, pasiva y sin apelación, pero es necesario para usar de tan delicado resorte un gran tino y discernimiento y no importa que los golpes sean fuertes, amargos los reproches, cuando las expresiones no son ultrajantes, y sobre todo cuando hay delito, falta, por leve que sea. Es preciso, en una palabra, estar siempre premunido de razón, entonces no hay un gran inconveniente en que, contrario al espíritu de la buena legislación, la pena sea desproporcionada al delito. Es ésta una excepción en un ejército en campaña. Pero exasperar el ánimo de un guerrero con denuestos, faltar a las reglas de equidad, ni es propio de nobles corazones ni puede traer otro resultado que el descontento, que siempre es perjudicial al servicio, y la revuelta, que es la consecuencia del despotismo y del abuso de autoridad".<sup>100</sup>

GUILLERMO PALOMBO

---

<sup>100</sup> TOMÁS DE IRIARTE, *Memorias*, Buenos Aires, 1945, t. III, pp. 382-383.

## Escolios

### INSTRUCCIÓN SUMARIAL A LA ABORTANTE DEL ARTÍCULO 88, SOBRE LA DENUNCIA FORMULADA POR UN PROFESIONAL DEL ARTE DE CURAR

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. — II. ENCUADRE JURÍDICO. — III. POSICIONES EN CONTRA DE LA INSTRUCCIÓN SUMARIAL. — IV. POSICIONES A FAVOR DE LA INSTRUCCIÓN SUMARIAL. — V. POSICIÓN DE LA DOCTRINA. — VI. CONCLUSIÓN.

#### I.) *Introducción*

Es cuestión controvertida, en doctrina, y sobre todo en jurisprudencia, el decidir si corresponde instruir sumario criminal en contra de la mujer que, según lo dispone el artículo 88 del Código Penal, ha causado su propio aborto o consentido en que otro lo causase, sobre la base de la denuncia o *notitia criminis* formulada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo (oficial o no). Este planteamiento, mereció la consideración, con disímiles conclusiones, de dos fallos plenarios: "Natividad Frías", abordado por la Cámara del Crimen de la Capital Federal (26/8/66), y que rige actualmente; el otro es un fallo reciente (julio 1981) de la Cámara Penal de Lomas de Zamora, que concluye de manera opuesta al anterior, señalando cuestiones interesantes de rever, sobre todo por la actualidad e importancia crucial del tema:

"¿Cómo no volver a afirmar solemnemente que la vida del ser humano es Sagrada desde que brota bajo el corazón de la madre en el momento del nacimiento? (...) ¿Cómo olvidar que ha alcanzado cumbres pavorosas el número de vidas suprimidas en el seno materno? Yo *conjuro* a los hombres conscientes de la dignidad insuprimible de estos hombres todavía no nacidos, a *tomar una posición* digna del hombre, para que este oscuro período que amenaza con envolver en tinieblas la conciencia humana *pueda ser superado finalmente*".

JUAN PABLO II

#### II) *Encuadre jurídico*

Para un mejor estudio de la cuestión se hace necesario su encuadramiento dentro de las normas jurídicas que lo regulan.

Por el artículo 156 del Código Penal es sancionada la violación del secreto profesional con prisión de seis meses a dos años, multa e inhabilitación al "que teniendo noticias, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelase sin justa causa".

A su vez, en el Código de Procedimientos Criminal, el artículo 167 establece la excepción de denunciar en los casos de revelaciones hechas bajo secreto profesional, y dentro de este Código, el artículo 165 impone al profesional la obligación de denunciar ante la autoridad judicial o policial los envenena-

mientos y otros graves atentados personales en los cuales haya prestado socorro su arte.

Debemos tener en cuenta, también, que el Código Penal castiga el delito de la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare, con prisión de uno a cuatro años (art. 88).

Expuesto esto, pasaremos al estudio breve de las dos corrientes antes dichas, al que añadiremos, modestamente, nuestra conclusión personal.

### III) *Posiciones en contra de la instrucción sumarial*

El fallo "Natividad Frías" precisa que no se debe instruir sumario a la mujer según el delito del artículo 88, pero sí corresponde hacerlo "en todos los casos respecto de sus coautores, instigadores o cómplices", sobre la base de la denuncia hecha por el profesional del arte de curar.

El doctor Lejarza, en su voto negativo, mencionó el artículo 18 de la Constitución Nacional: "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo", expresando que "una forma larvada, cruel é innoble de conculcar el precepto es utilizar el ansia vital de la abortada para la denuncia de su delito". Confirmando esto, el doctor Frías Caballero, en su voto, señaló que la presencia de la mujer ante el médico implica una autoacusación forzada, entonces "no es posible admitir que una autoacusación de índole semejante sea jurídicamente admisible para pronunciarse en favor de la prevalencia de interés social —si bien indiscutible— de reprimir su delito, en desmedro del derecho a la subsistencia".

En conformidad con el artículo 167, el doctor Peña expresó que la noticia que tuvo el médico, sobre la intervención culpable de la madre (como autora o consentidora del aborto), la recibió en razón de su profesión y por eso "se encuentra bajo la tutela de la prohibición".

Continuando este análisis, el doctor Amallo señaló: "el enfermo que busca los auxilios de un médico piensa que lo hace con la seguridad de que sus males no serán dados a conocer, porque el secreto más estricto los ampara".

El acuerdo plenario de la Cámara Penal de Lomas de Zamora, en una cuestión de similares características al precedente pero fallando en forma opuesta, presentó divergencias entre sus miembros. El doctor Pattener dijo que no podía formarse un sumario sobre la base de una *notitia criminis*, que el profesional brindó incurriendo en el delito de violación de secretos. Agrega: "La obligación de guardar secreto sobre lo que le fuera confiado, con motivo del ejercicio profesional resulta una regla para el recipiendario, y la facultad de revelarlo una excepción limitada a muy pocas hipótesis que la ley resume en la fórmula "justa causa".

Corroborando esto, el doctor Solsana señala tres supuestos al que hacía referencia la "justa causa" del tipo legal del artículo 156:

- 1 — La ley que obliga sin reservas a efectuar la revelación (leyes sanitarias);
- 2 — "a la propia autorización de la víctima (léase abortante)";
- 3 — en defensa de intereses particulares del profesional.

En el mismo plenario, la doctora Pividal de Almeida planteó el dilema que se le presenta a la abortante entre dejarse morir o ir a la cárcel y dice: "en tal disyuntiva y siempre en la inteligencia de que el derecho tiene en mira en primer término a la persona humana, pareciera y así lo sostengo, que la vida de un individuo se antepone en el presente al correlativo derecho de la sociedad de punir los eventos criminosos que sucedan".

Coinciden todos los votos aquí expuestos en no diferenciar según el médico sea funcionario o no.

#### IV) Posiciones a favor de la instrucción sumarial

Como anteriormente lo hemos mencionado para la Cámara Penal de Lomas de Zamora en pleno corresponde instruir sumario criminal en contra de la abortante, sobre la base de la *notitia criminis* o denuncia efectuada por el profesional del arte de curar (funcionario público o no) que se informó del hecho en razón de su profesión.

El doctor Luna Peña señaló que, como el delito de aborto es de acción pública, no rige el secreto profesional establecido en el artículo 156 del Código Penal. Asimismo, en el artículo 71 se determina que deben iniciarse de oficio las acciones que no son de instancia privada y/o acción privada. En el plenario capitalino, el doctor Munilla Lacasa, en su voto afirmativo, se pronunció sobre la no omisión de la formación de sumario en este delito de acción pública; y en este mismo, el doctor Black basó su posición: "en cumplimiento de claras disposiciones procesales que obligan a los funcionarios policiales a formar causa penal no bien tuvieren conocimiento de un delito de acción pública". El doctor Ure opinó que el sumario, en este delito de acción pública, debe iniciarse cualquiera sea el conducto por el que la autoridad llegó a conocerlo.

Coinciden tres camaristas de Lomas de Zamora en señalar como inconstitucional el fallo plenario "Frias", ya que se resiente la igualdad ante la ley, porque hay diferencias con la obligatoriedad de la denuncia de un hecho posible de acción pública, "donde un homicida en similares condiciones también debería quedar silenciado y nadie ha recogido argumentos a su favor" y dice el doctor Black que se llegaría a la incongruencia institucional de perseguir la criminalidad por los órganos de seguridad y, al mismo tiempo, a favorecerla, asegurando a los delincuentes su impunidad asistiéndose en establecimientos públicos.

El doctor Millán, en el plenario capitalino, expresó que la ley ha escogido incriminar el aborto porque ha considerado que la vida en gestación es un bien superior a todo otro, como el repudio a la madre soltera, sus penurias, etc. Por ello, concluye: "es justa causa de revelación de un aborto cuando éste haya sido obtenido mediante maniobras que la ley represiva castiga". El doctor Prats Cardona, señaló aquí que el artículo 167 se refería a las revelaciones en secreto de la víctima del delito, por lo tanto, en los casos de aborto provocado o consentido por la madre, ésta no asume tal calidad, sino la criatura por nacer. A propósito de esto el doctor Silvestrini señaló: "y es así como el delincuente puede llamarse víctima o damnificado, tal como muchas veces se ha denominado a la mujer que consiente el aborto". Además, para este último existe la

justa causa del artículo 156, porque se somete a proceso a quien ha matado a su propio hijo. El doctor Frías Caballero expresó: "Basta tener conciencia de que se trata de un delito para que con justa causa se lo denuncie".

El voto desempata del doctor Lugones, en el plenario de Lomas de Zamora es, a nuestro entender, claro y lúcido. Luego de recordar que la vida del niño por nacer se muestra como "una presencia incontrastable, como persona que es", manifestó que no son convincentes los argumentos esgrimidos para decir que el supuesto no configura la justa causa del artículo 156. Además, "si la defensa de los intereses particulares del profesional —cobro de honorarios— la configuran, el umbral de esta justa causa es asaz pequeño como para detener el paso de la cuestión que nos trae".

Es interesante la refutación hecha por el doctor Millán con respecto a la "autoacusación" de la abortante, tratada anteriormente. Explica que basta con que ella no revele su asentimiento o individualice al que se las produjo, porque no está obligada a declarar contra sí misma, "pero si así lo hace deberá atenerse a las consecuencias de cualquier confesión judicial o extrajudicial". En cuanto al tan mentado "dilema" presentado a la abortante, de arriesgar su vida o perder su libertad, expresó el doctor Prats que todas las cosas tienen un precio debido cuando el motivo que las causa no es ajeno a la propia conducta y, por lo tanto, "la culpabilidad es un peso que se debe cargar, tarde o temprano".

El instante en que debe ubicarse el problema es para el doctor Millán, cuando opta entre conservar o perder la vida de su hijo.

Citando a Carlos Massini, el doctor Lugones manifestó que el juez realiza la justicia, según el mandato constitucional, y como lo enseña el derecho natural, la idea de que la ley es completa, es sólo una pretensión del racionalismo normativista.

#### V) *Posición de la doctrina*

Soler enseña que la obligación de guardar el secreto para el médico es genérica, por eso, siempre que medie secreto, no existe obligación de denunciar.

Entonces concluye: "no existe deber de denunciar, y sí deber de guardar secreto, cuando la denuncia expone al necesitado a proceso, porque su padecimiento es el resultado de la propia culpa criminal".

Para Núñez, como lo explica en su *Derecho Penal Argentino*, la regla es el secreto profesional y la excepción es el deber de revelarlo por causa justa.

Las exigencias procesales de denuncia sólo pueden actuar lícitamente si faltan los requisitos del secreto, o de su dañosidad, o una causa justa para revelarlo. Esta es, por ejemplo, "el consentimiento del interesado, la defensa en juicio por el profesional de su propio interés, o el ejercicio de su derecho (cobro de honorarios)".

Dice que la reserva del profesional se debe a la prevalencia que la ley le atribuye a la salud del paciente, incluso delincuente, sobre el interés social del castigo del delincuente.

“Cualquiera que sea el espíritu que en estos momentos está aflorando en el país, y que pueda hacer ver esa prevalecencia como objetable y peligrosa, esa razonable determinación legal debe prevalecer”. (“Violación de secreto profesional y denuncia del aborto”, LL, 1980-D-473).

El doctor López Bolado en su libro *Los médicos y el código penal* expuso que la infidencia del secreto constituye delito únicamente cuando existe la posibilidad de causar un daño, con la revelación; y para él “la iniciación de un proceso contra un paciente es suficiente perjuicio”. Si media una causa justa (exclusivamente legal) de revelación, no es delito el abandono del secreto médico.

Podemos citar también al doctor Quintano Ripollés, mencionado en el plenario capitalino, quien dice que obligar al médico a denunciar a su propia cliente es “sobrecargar su conciencia” y sería “un grave perjuicio y riesgo de las asistidas”.

La opinión de estos juristas es citada en ambos fallos, pero curiosamente los argumentos aquí expuestos fueron ampliamente refutados, sin desmerecer, por ello, la autoridad de quienes los emitieron.

## VI) Conclusión

En nuestra modesta opinión, nos inclinamos a pensar que se debe instruir sumario criminal a la abortante del artículo 88 del Código Penal, sobre la base de la denuncia formulada por un profesional del arte de curar.

Teniendo en cuenta las muy respetables opiniones de los juristas que opinan en contrario, y la autorizada opinión de la doctrina, pensamos, sin embargo, que los argumentos favorables a la instrucción sumarial, expuestos sucintamente, son más de fondo, de allí nuestra adhesión a ellos.

De todos modos, creemos que la “justa causa” del tipo legal del artículo 156 del Código Penal merece un tratamiento más profundo. Los juristas, en general, la interpretan identificándola únicamente con la ley, de acuerdo con una concepción de “lo justo”. Pero la justicia recibe su pleno sentido de un principio, de un “suyo natural”, es decir, del derecho natural, que es fundamento directriz y normativo. El derecho positivo lo habrá de tener en cuenta para arbitrar las soluciones de cada caso concreto.

Como lo señala el doctor Casares en *La justicia y el derecho*, en la interpretación y aplicación de la ley “el acatamiento debido a la norma positiva no es, ni puede ser un acto ciego y mecánico, sino de discernimiento racional”.

Entonces vemos que en la misión de “hacer justicia”, dando a cada uno su derecho, el derecho natural está presente “como inextirpable elemento de objetividad en virtud del cual algo del ser prevalece siempre sobre el mero parecer individual”... como lo expresara el doctor Casares en su obra.

Las decisiones jurisdiccionales deben remitirse a los principios del orden natural, ya que como actos libres de la voluntad, son actos de la razón. Parafraseando al doctor Casares decimos que “es el derecho natural, testigo de Dios (...) algo así como Su Sombra”.

El primer derecho del hombre es el derecho a la vida y, tal como lo señalara el 9 de junio de 1978 la Conferencia Episcopal de Italia: "El aborto voluntario y provocado contrasta abiertamente con la ley natural escrita en el corazón del hombre y expresada en el mandamiento «no matarás»".

Por último, podremos preguntarnos si puede el Estado como legítimo monopolizador de la fuerza, desentenderse, no aplicándola al abortista. A lo que el doctor Fernández Carvajal, catedrático español, responde: "Es cierto que derecho es un *minimum* ético, y que en una sociedad pluralista, como lo son las sociedades contemporáneas, no puede erigirse en código la conciencia de un grupo. Pero hay dos circunstancias que limitan estos principios: I) que con el encogimiento del ámbito de la ley no queden vulnerados derechos esenciales (el más esencial es el derecho a la vida); II) en la realidad ocurre que el vacío producido por el reconocimiento de las exigencias del pluralismo, es ocupado por una ambición uniformadora y antipluralista de otros. Por lo tanto, son ciertos criterios morales o inmorales, los que terminan imponiéndose como norma jurídica" (Revista *Línea*, Murcia, 30/10/79).

Por todo ello, nos parece que es justo el enjuiciamiento a la abortante del artículo 88 del Código Penal sobre la base de la denuncia efectuada por el profesional, ya que el hecho en sí es una abierta violación al derecho natural, que merece su castigo; y media, en este caso, la "justa causa" que releva del secreto profesional.

Nos permitimos concluir con un pensamiento de la Madre Teresa de Calcuta, Premio Nobel de la Paz, y que es un llamado a la reflexión y al amor:

"Creo que el peor enemigo de la paz es el aborto, porque es una verdadera guerra, un verdadero crimen que la misma madre realiza. Lo leemos en las escrituras cuando Dios claramente nos dice: «Aun si una madre pudiese olvidar a su hijo, yo nunca lo olvidaré...». Ese niño que no pudo nacer ha estado tan cerca de Dios como nosotros, ha sido esculpido en la mano de Dios.

"¿Dónde está el hijo no nacido?... ¿Dónde?... Muerto. ¿Por qué? ¿Porque no lo queremos, ese niño tuvo que morir? Un día, no obstante, habremos de encontrarnos con el Señor del Mundo, ¿qué le diremos sobre ese niño?... ¿CUÁL SERÁ LA RESPUESTA?..."

MARÍA ALEJANDRA L. GUILLOT

#### BIBLIOGRAFÍA

- Plenario "Natividad Frías", LL, 123-842.  
Plenario de Lomas de Zamora, "Marturano, Amelia M.", JA, 2/11/81, nº 5228.  
SOLER, S., *Derecho Penal Argentino*, t. 4, pp. 124 y ss.  
NÚÑEZ, R., *Derecho Penal Argentino*, t. 5, p. 130 y t. 4, p. 129.  
NÚÑEZ, R., "Violación del secreto profesional y denuncia de aborto", LL, 1980-D-473.  
LÓPEZ BOLADO, J., *Los médicos y el Código Penal*, Universidad, 1981.  
QUINTANA RIPOLLÉS, A., *Tratado de la parte especial del derecho penal*, t. I, pp. 130 y ss.  
TERESA DE CALCUTA, "Llamado a la Paz", Revista *Papiro*, nº 125, nov. 1980.  
MONTEJANO, B., *Curso de derecho natural*, Perrot, 1979.  
CASARES, T., *La justicia y el derecho*, A. Perrot, 1974.  
RODRÍGUEZ VARELA, A., "El derecho a nacer", ED, 96-859.  
FACONE, V., "A propósito del aborto", Revista *Criterio*, nº 1683, 24/1/74.  
JUAN PABLO II, Roma, alocución del 22/12/79.  
PRATS CARDONA, J., "Situación jurídica de las personas por nacer". Comunicación al Consorcio de Médicos Católicos, 1980.

## Documentos

### ORIENTACIONES PARA LA APLICACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO

(Discurso del Papa a los prelados auditores, oficiales y abogados del Tribunal de la Rota Romana, 26 de enero de 1984)

#### *Servicio a la verdad y a la justicia*

1. Me proporciona gran alegría reunirme, en la circunstancia tradicional de la inauguración del año judicial, con toda la familia de vuestro Tribunal: auditores oficiales y colaboradores de la Rota Romana.

Agradezco a Monseñor Decano sus corteses palabras, expresión de profunda adhesión y sincera comunión de todo vuestro Tribunal con el Sucesor de Pedro, y saludo cordialmente a todos los prelados auditores, a los oficiales, a los abogados y a los estudiantes del curso rotal.

Esta tradicional inauguración solemne del año judicial me ofrece la grata ocasión de reiteraros mi estima y deciros cuánto os agradezco la preciosa labor que desempeñáis con laudable diligencia en nombre y por mandato de esta Sede Apostólica.

Vuestro nobilísimo ministerio de servir a la verdad en la justicia, aumenta de valor con las gloriosas tradiciones de este Tribunal a las que responden dignamente la laboriosidad y la competencia reconocida universalmente con que desempeñáis vuestro delicado servicio.

#### *Una guía autorizada para la aplicación del Concilio Vaticano II*

2. Nuestro encuentro de este año está marcado por un hecho de particular repercusión eclesial que nos impone, por así decir, el tema. Hace unos dos meses entró en vigor el nuevo Código de Derecho Canónico promulgado el 25 de enero del año pasado. Fruto de un trabajo prolongado, paciente y cuidadoso, enriquecido por las varias consultas al Episcopado que le han dado una nota particular de colegialidad, el Código es una guía autorizada para la aplicación del Concilio Vaticano II y podría considerarse, como ya he dicho en otra ocasión, el último documento conciliar (Discurso a los participantes en un curso sobre el nuevo Código de Derecho Canónico; *L'Osservatore Romano*, Edición en Lengua Española, 4 de diciembre, 1983, p. 1). Cuando lo promulgué, formulé este deseo: "*Efficax instrumentum evadat, cuius ope Ecclesia valeat se ipsam perficere secundum Concilii Vaticani II spiritum, ac magis magisque parem se praebeat salutifero suo muneri in hoc mundo exsequendo*" (Const. *Sacrae disciplinae leges*, 25 de enero, 1983: AAS 75, pars. II, p. XIII).

El cumplimiento de este deseo mío depende en buena parte de cómo se acoja y observe la nueva ley canónica. Ya lo decía mi venerado predecesor Pa-

blo VI hablando a un Congreso internacional de canonistas: "*Verumtamen addamus oportet, fore ut fructus praestantissimi canonicarum legum recognatarum illo tempore et illo tantum modo percipiantur, quibus leges Ecclesiae convictui et societati Populi Dei revera inserantur. Hoc enim nisi fieret, si leges ecclesiasticae, quamvis accuratissime conscriptae et rectissime dispositae, in hominum usu et consuetudine ignorarentur, aut vocarentur in controversiam, aut respuerentur, vanae, pro dolor inertes et salubri efficacitate destitutae manerent; atque adeo impulsio ad renovationem, nisi in usu niteratur, ad quem leges esset deductae, infirmaretur vel esset fortasse fluxa et evanida ac procul dubio minus sincera et certa*" (Alocución al Congreso internacional de canonistas, 25 de mayo 1968: AAS 60, 1968, p. 340).

### *Conocimiento adecuado de las nuevas leyes*

3. La promulgación y entrada en vigor del nuevo Código de Derecho Canónico afecta a toda la Iglesia en medida diferente, claro está, según la situación jurídica y, sobre todo, según las diferentes tareas y funciones.

Hablándoles a vosotros, jueces rotales, quisiera hacer algunas reflexiones sobre el papel y la responsabilidad peculiar que tenéis en la tarea eclesial a la luz de cuanto establece la nueva ley de la Iglesia a este respecto.

Vuestro ministerio de *dicere ius* os sitúa institucionalmente en relación estrecha y profunda con la ley, en cuyo dictado debéis inspiraros adecuando vuestras sentencias a él. Sois los servidores de la ley y, como dije en otra ocasión citando a Cicerón, sois la misma ley que habla (cfr. AAS 72, 1980, p. 177). Permitidme ahora que ponga de relieve algún otro elemento de los que deben caracterizar vuestra actitud ante la ley.

En primer lugar, un interés especial de *conocer* adecuadamente la nueva ley. En el delicado momento de pronunciar una sentencia que puede tener repercusiones muy profundas en la vida y el destino de las personas, habéis de tener siempre ante los ojos dos órdenes de factores de naturaleza diferente, pero que encontrarán en vuestra sentencia la conjunción ideal y sabia del *factum* y del *ius*. Los "hechos" recogidos cuidadosamente en la fase instructoria y que vosotros habéis debido ponderar y escrutar concienzudamente hasta llegar, si fuera necesario, a las profundidades recónditas de la *psique* humana. Y el *ius* que os da la medida ideal y el criterio de discernimiento a aplicar en la evaluación de los hechos. Este *ius* que os guiará y ofrecerá parámetros seguros es el nuevo Código de Derecho Canónico. Debéis dominarlo no sólo en el sector peculiar procesal y matrimonial que os son tan familiares, sino también *en su conjunto* para tener un conocimiento completo como *magistrados*, es decir, como maestros que sois de la ley.

Este conocimiento supone un estudio asiduo, científico, profundo, que no se limita a destacar las posibles variaciones respecto de la ley anterior o a fijar su sentido puramente literal o filológico, sino que llega a tener en cuenta también la *mens legislatoris* y la *ratio legis*, para daros una visión global que os permita penetrar en el espíritu de la nueva ley. Pues sustancialmente se trata de esto: el Código es una ley nueva y se la debe evaluar primordialmente con la óptica del Concilio Vaticano II, al que ha querido adecuarse plenamente.

## *Fidelidad a las prescripciones eclesiásticas ya establecidas*

4. Al conocimiento sigue casi espontáneamente la *fidelidad* que es el primero y más importante deber del juez respecto de la ley, como les dije en el discurso ya recordado (cfr. *ib.*).

Fidelidad es ante todo aceptación sincera, leal e incondicional de la ley promulgada legítimamente; y ésta, a su vez, ha de verse cual expresión ponderada del *munus regendi* confiado por Cristo a la Iglesia y, por consiguiente, manifestación concreta de la voluntad de Dios.

Tal recomendación de fidelidad podría parecer del todo superflua por ir dirigida a personas como vosotros que no sólo son insignes cultivadores del derecho, sino que además, por formación y profesión, tienen una orientación fundamental de adhesión a la ley. Sin embargo, dos consideraciones me mueven a hacerla.

La primera nace de la situación particular de *ius condendum* que hemos visto durante más de veinte años. En este período resultaba espontánea y hasta obligada, diría, en particular para los entendidos y especialistas, una actitud crítica en relación con los proyectos o esquemas de ley, cuyos defectos y aspectos incompletos se ponían de relieve, con el fin de mejorarlos. Esta actitud podía ser entonces muy útil y constructiva en orden a una más cuidada y perfecta formulación de la ley. Pero hoy, después de la promulgación del Código, no hay que olvidar que el período *ius condendum* ha terminado y que ahora la ley, no obstante sus posibles límites y defectos, es una *opción* ya hecha por el legislador tras ponderada reflexión y que, por tanto, exige plena adhesión. Ahora ya no es tiempo de discusión, sino de aplicación.

La otra consideración parte también de una motivación parecida. El conocimiento del Código ya abrogado y la larga familiaridad con él podría llevar a alguno a una especie de identificación con las normas en él contenidas, considerándolas mejores y merecedoras, por tanto, de nostálgica añoranza; esto no sólo en cuanto a las partes que reproducen casi literalmente el *ius vetus*, sino también en las que objetivamente son innovaciones reales.

Esta actitud, aunque psicológicamente es muy explicable, puede llevar incluso a anular casi la fuerza innovadora del nuevo Código; la cual, por el contrario, en el campo procesal debe resultar particularmente visible. Como bien podéis comprender, se trata de una actitud sutilmente insidiosa porque parece encontrar justificación en la sana regla de hermenéutica jurídica contenida en el canon 6 del CIC de 1917 y en el principio de continuidad legislativa, característico del derecho canónico.

## *La recta administración de la justicia*

5. En la reforma del derecho procesal canónico, se han hecho esfuerzos por salir al paso de una crítica muy frecuente y no del todo infundada, sobre la lentitud y duración excesiva de las causas. Acogiendo, pues, una exigencia muy sentida y sin querer lesionar ni disminuir lo más mínimo las necesarias garantías ofrecidas por el *iter* y formalidades procesales, se ha procurado hacer más

ágil y funcional la administración de justicia simplificando los trámites, aligerando las formalidades, acortando los términos, aumentado los poderes discrecionales del juez, etc.

Este esfuerzo no debe anularse con tácticas dilatorias o falta de diligencia en el estudio de las causas, aptitudes de inercia que impiden entrar en la nueva vía de aligeramiento, ni tampoco por impericia en la aplicación de los procedimientos.

#### *La justa interpretación de la ley y la elaboración de una nueva jurisprudencia*

6. Otro aspecto importante de la relación del juez con la ley gira en torno a la *interpretación* de ésta.

En sentido estricto, la verdadera interpretación auténtica que explica el sentido general de la ley para toda la comunidad está reservada al legislador, según el conocido principio: "*unde ius prodiit, interpretatio quoque procedat*" (*Innocentius III, X, V, 39, 31*).

No obstante esto, al juez compete una participación muy relevante en la determinación del sentido de la ley. En primer lugar, la sentencia representa para las partes una interpretación auténtica de la ley (canon 16, par. 3). Aplicándola a un caso concreto, el juez hace una interpretación que aunque no tenga valor general vincula a las partes con la fuerza misma de la ley.

Pero la fuerza interpretativa ha de ponerse sobre todo en la elaboración de la *jurisprudencia*, es decir, en ese conjunto de sentencias concordantes que tiene el notable papel de rellenar las posibles *lacunae legis* (canon 19), aunque no tenga el carácter absoluto de la antigua "*auctoritas rerum perpetuo similiter iudicaturum*" (*Dig. I. 3. De legibus, l. 38. Nam Imperator*).

El valor de la jurisprudencia rotal en la Iglesia ha sido siempre notable, dada la ciencia y experiencia de los jueces y la autoridad de que gozan por ser jueces papales. El canon 19 del nuevo Código la reconce expresamente.

#### *Estudio y discernimiento a la luz de los principios perennes de la teología católica y de la nueva legislación canónica*

7. En el nuevo Código, especialmente en materia de consenso matrimonial, se han codificado no pocas explicitaciones del derecho natural aportadas por la jurisprudencia rotal.

Pero todavía hay cánones de importancia relevante en el derecho matrimonial, que necesariamente se han formulado de modo genérico y esperan una ulterior determinación, a la que podría contribuir valiosamente la cualificada jurisprudencia rotal. Por ejemplo, pienso en la determinación del "*defectus gravis discretionis iudicii*", en los "*officia matrimonialia essentialia*", en las "*obligationes matrimonii essentialia*" a que alude el canon 1.095, y también una precisión posterior del canon 1.098 sobre el error doloso, por citar sólo dos cánones.

Estas importantes determinaciones que deberán servir de orientación y guía a todos los tribunales de las Iglesias particulares, han de ser fruto de un

estudio madurado y profundo y de discernimiento sereno e imparcial a la luz de los perennes principios de la teología católica, pero también de la nueva legislación canónica inspirada en el Concilio Vaticano II.

### *La santidad, dignidad e indisolubilidad del matrimonio*

8. Y todos conocen el ardor y tenacidad con que la Iglesia sostiene, defende y promueve la santidad, dignidad e indisolubilidad del matrimonio, amenazadas y corroídas con frecuencia por culturas y leyes que parecen no estar ancladas ya en los valores trascendentes profundamente enraizados en la naturaleza humana; son los valores que constituyen la urdimbre fundamental de la institución matrimonial.

La Iglesia cumple este deber a través de su continuo Magisterio, con sus leyes y, de forma particular, por medio del ministerio de su potestad judicial que en las causas matrimoniales no puede separarse de estos valores, pues ellos constituyen un punto indispensable de referencia y un criterio seguro de discernimiento.

Pero la preocupación por salvaguardar la dignidad e indisolubilidad del matrimonio poniendo un dique a los abusos y a la ligereza, que por desgracia hay que lamentar en esta materia, no puede llevar a prescindir de los progresos reales e innegables de las ciencias biológicas, psicológicas, psiquiátricas y sociales, pues así se perjudicaría el valor mismo que se quiere tutelar, el matrimonio realmente existente, y no el que tiene sólo apariencia de tal por ser nulo ya desde el principio.

Aquí precisamente es donde deben brillar la ecuanimidad y la sabiduría del juez eclesiástico; *conocer* bien la ley penetrando en su espíritu para saber aplicarla; *estudiar* las ciencias auxiliares, especialmente las humanas que permiten conocer profundamente los hechos y sobre todo a las personas; y, en fin, acertar a *encontrar equilibrio* entre la defensa imperiosa de la indisolubilidad del matrimonio y la obligada atención a la compleja realidad humana del caso concreto. El juez debe actuar imparcialmente y libre de todo prejuicio, tanto de querer instrumentalizar la sentencia para corregir los abusos, como de prescindir de la ley divina o eclesiástica y de la verdad, tratando sólo de responder a las exigencias de una pastoral mal entendida.

### *El papel del Tribunal de la Sacra Rota Romana*

9. Estas son, queridos hermanos, algunas consideraciones que me urgía haceros, seguro de que pensáis al unisono en una materia de tanta importancia y gravedad, sobre todo porque cuanto os he sugerido lo estáis haciendo ya con diligencia digna de todo encomio. Os expreso mi complacencia con plena confianza en que vuestro Tribunal continuará en la Iglesia orientando en el difícil *munus* de "*dicere ius cum aequitate*" (Lefebvre Ch., *Les pouvoirs du juge en droit canonique*, 1938, pp. 164 y ss.).

A todos imparto muy de corazón la bendición apostólica propiciadora de la ayuda divina para vuestro trabajo eclesial.

## Notas bibliográficas

"DE LA LIBERTAD DE LOS MARES", por Hugo Grocio, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, 174 pp.

La reimpresión de esta obra clásica del pensamiento político del siglo XVI por parte del actual Centro de Estudios Constitucionales (ex Instituto de Estudios Políticos) marca claramente la preocupación de sus investigadores por continuar su importante tarea de divulgación de los clásicos de la política.

Esta nueva edición se completa con el importante estudio preliminar y erudito realizado por don Luis García Arias en la edición de 1956, quien, por otra parte, colaboró en la traducción del latín sobre la base de la edición *Mare liberum, sive De iure quod Batavis competit ad Indicana commercia, dissertatio*, Amsterdam, apud Guilielmum Blacuw, MDCXXXIII, in 8º.

En dicha introducción García Arias nos recuerda que Hugo de Groot —más conocido como Grocio— era un joven holandés de 22 años a quien la Compañía Holandesa de las Indias Occidentales había encargado hacia 1603 la redacción de un escrito destinado a convencer a los accionistas mennonitas de la Compañía sobre la licitud de las ganancias obtenidas con el apresamiento de la carraca portuguesa "Catalina", en 1602. Resultado de este encargo fue la aparición en 1604/5 del voluminoso *De iure praede Commentarius* (hay edic. inglesa. Washington, 1949) como obra de autor anónimo.

En 1609, igualmente como anónimo, fue publicado el capítulo XII de dicha obra que se denominó *De mare liberum*. Este texto, reeditado en 1618 con el nombre de Grocio, añadía a su redacción original las teorías político-del jurista hispano Fernando Vázquez internacionalistas de Suárez en la línea

de Menchaca, quien ya se había dedicado a la temática del dominio de los mares. La obra de Grocio estaba destinada fundamentalmente a defender la libertad de pesca frente al avance naval de España y Portugal. Su publicación motivó una verdadera batalla libresca —cuyos jalones expone con gran erudición García Arias— en la que adquirió mayor fama la obra del inglés John Selden (*De mare clausum*) escrita en 1635 por encargo del rey James I (Jaime I de Inglaterra, y no Jacobo como suele traducirse erróneamente) para defender la posición inglesa. Por curiosa ironía del destino no se cumplieron los objetivos de Selden sino los de Grocio y así "no habrá mares cerrados... pero los controlará la flota inglesa".

En cuanto al contenido Grocio aclara que su interés no radica en los mares interiores sino que "se trata del Océano, al cual los antiguos le llaman inmenso, infinito, padre de las cosas y límite del cielo; con cuya perpetua humedad creyeron los antiguos que se alimentaban no sólo las fuentes, los ríos y los mares, sino también, en cierto modo, los astros; el mar, en fin, rodeando a la tierra, sede del género humano, por medio de sus recíprocas alteraciones, no puede ser contenido ni cerrado, y más bien posee que es poseído" y agrega: "los portugueses reclaman para sí todo lo que existe entre dos mundos, separados por tan gran espacio que en muchos siglos no han podido dejar fama de sí. Y si atendemos a la parte de los españoles, los cuales se encuentran en la misma causa, casi todo el Océano está repartido entre dos pueblos y quedan todos los demás reducidos a las estrecheces de la zona ártica. Así queda muy defraudada la Naturaleza que, al rodear todos los pueblos con las aguas, creyó que el agua sería para todos" (p. 106). Cabe destacar que en ocasión del libro de Grocio la corona de Portugal estaba unida a la de España.

Más adelante Grocio divide la obra en tres partes diferenciadas destinadas a probar que los lusitanos no poseen títulos legítimos sobre las Indias, que no tienen dominio sobre el mar ni sobre la navegación y que consecuentemente tampoco tienen derecho a impedir el comercio, objetivo final de la obra de Grocio, como vimos. El mismo autor aclara sus objetivos cuando escribe: "nos hemos propuesto demostrar breve y claramente que los holandeses como súbditos de las Provincias Unidas belgo-germánicas, tienen derecho de navegar, como lo hacen, a las Indias y de comerciar con sus habitantes. Fundamentaré mi argumentación en el Derecho de gentes que llaman primario, como regla certísima, y cuya clara e inmutable razón es la siguiente: que todas las gentes pueden relacionarse y negociar entre sí" (p. 62).

El mismo Grocio —muchas veces considerado erróneamente como el fundador del derecho internacional— reconoce la deuda que tiene con la nueva escolástica hispánica que a través de Vitoria y Suárez entre otros había estudiado cuidadosamente la cuestión de "los justos títulos". El autor afirma: "en esta controversia apelamos a los que entre los hispanos son principales maestros de Derecho divino y humano, y apelamos a las mismas leyes hispánicas" (p. 58).

Respecto de la inexistencia del dominio luso-hispano sobre el mar, Grocio escribe que "el mar se encuentra entre aquellas cosas que no son propias de comercio, esto es, que no pueden convertirse en propiedad privada" (p. 101) y que los portugueses no las poseen ni por haberlas descubierto ni menos aun por haber ocupado un territorio vacío; tampoco por donación pontificia, ya que el Papa no puede conceder bienes temporales, ni por prescripción, pues ésta es aplicable solamente al derecho civil. De este modo concluye el capítulo reafirmando categóricamente que "de esta suerte, la intención de los holandeses descansa sobre el Derecho común, ya que todos tienen permiso de navegar por el mar, aun sin licencia de príncipe alguno, lo cual en las leyes de España está expresamente manifestado" (p. 115).

Más importante aún resulta la tercera parte consistente en defender la libertad de comercio —o sea, el comercio para los holandeses—. En este caso retoma los mismos argumentos planteados anteriormente y remarca que "la libertad de comerciar es, por lo tanto, de Derecho de gentes primario, que tiene una causa natural y perpetua y, por lo mismo, este derecho no puede ser suprimido y, aunque pudiese serlo, esto no podría realizarse sin el consentimiento de todas las naciones. Tan lejos está de lo justo, que una nación se interponga entre dos que quieren comerciar" (p. 143).

Planteadamente nuevamente la cuestión de la donación pontificia, Grocio señala que "el Papa, no siendo señor temporal del mundo entero, lo cual niegan los sabios, no puede poseer el derecho universal del comercio. Máxime cuando el comercio en sí mira a un interés meramente material sin relación con el gobierno espiritual de los pueblos, fuera del cual, como confiesan todos, cesa la potestad pontificia. Además, si el Papa concediera tal derecho a los portugueses únicamente y con exclusión de los demás hombres, cometería doble injuria: primeramente contra la India, que está fuera de la Iglesia... La segunda injuria sería a todos los hombres, cristianos y no cristianos, a los que no puede retirar ese derecho sin la causa dicha. Además, ni siquiera los señores temporales en sus territorios pueden prohibir la libertad de comercio, según las razones y autoridades antes expuestas" (pp. 146-7).

El *quid* de la cuestión se encuentra claramente detallado en los capítulos referidos a la prescripción y a la equidad. En el primer caso expresa Grocio para concluir la discusión sobre el tema que "los portugueses pueden gritar como les plazca: «Estáis aminorando nuestras ganancias». Los holandeses responderán: «No, lo que hacemos es procurar las vuestras» (p. 156) y más aún, en el segundo justifica la posición del uso de la fuerza para defender dicha libertad de comerciar, concluyendo la obra con un párrafo tan elocuente como éste: «siendo esto así, no hay que temer que Dios secunde los co-

natos que violan el mismo Derecho natural establecido por Dios; y los hombres no deben dejar sin castigo a los que con vistas a su particular ganancia se oponen a un beneficio común al género humano» (p. 163).

Sobre el valor de la obra de Grocio —al margen de su popularidad y trascendencia— señala García Arias que “es el haber ordenado y sistematizado las doctrinas de los tratadistas inmediatamente antecesores, y el exponerlas lógicamente encadenadas compendiándolas con buen sentido jurídico. Su disertación no es tan erudita como lo será luego la obra de Selden, ni tan sutil como habrá de ser la impugnación de Freitas”. (Se refiere al mercedario lusitano fray Serafín de Freitas, profesor de Valladolid y autor de *De Iusto Imperio Lusitanorum Asiatico*, pp. 42-3).

La relectura de estos clásicos nos permite apreciar una vez más la necesidad tantas veces reiterada de “volver a las fuentes”, con el fin de aligerarlas de tanta mala interpretación que han sufrido tendenciosamente a través de los siglos. Por otra parte, nos permite interpretar claramente el “espíritu de la época” tan diferente en los neoescolásticos españoles preocupados por sentar y defender los grandes principios y el pragmatismo calvinista de los holandeses interesados en su propio engrandecimiento comercial. La historia del siglo xvii puede interpretarse “ideológicamente” por medio de una cuidadosa lectura de este texto, como ocurre con casi todos los clásicos, cuya lectura e interpretación debe ser nuevamente el mejor método de enseñanza en medio de la crisis pedagógica en que vivimos.

FLORENCIO HUBEÑÁK

---

Impreso en los Talleres Gráficos de  
UNIVERSITAS, S. R. L.  
Ancaste 3227 - Buenos Aires

---