



PRUDENTIA IURIS

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

AGOSTO 1981

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 LOPEZ

Por los profesores titulares:

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

Suplentes:

Dr. ALFREDO BATTAGLIA, Dr. OSVALDO COSTALES
y Dr. JOSE MARIA MEDRANO

Por los Profesores no titulares:

Dr. ROBERTO PUNTE

Suplente:

Dr. ERNESTO POLOTTO

Secretario Académico:

Dr. LEOPOLDO P. CAMPANA VIZCAY

AUTORIDADES DE LA REVISTA:

Director:

Dr. SANTIAGO DE ESTRADA

Consejo de Dirección:

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

Secretario de Redacción:

Dr. JOSE LUIS RINALDI

Junta Asesora:

R. P. DOMINGO BASSO, O. P., Dr. JAIME LUIS ANAYA,
Dr. JUAN BARGALLO CIRIO, Dr. JUAN ALFREDO CASAUBON,
Dr. WERNER GOLDSCHMIDT, Dr. JUSTO LOPEZ y Dr. LUIS M. DE PABLO PARDO

Con licencia eclesiástica

LAS DOS CIUDADES

“Fecerunt... civitates duas amores duo, terrenam scilicet amor sui usque ad contemptum Dei, caelestem vero amor Dei usque ad contemptum sui”. Esta sentencia de San Agustín (*“De Civitate Dei”*, XIV, 28) es tan válida hoy, tan adecuada para la realidad actual, como lo era en los azarosos días en que la escribiera el gran doctor y Padre de la Iglesia. Porque hoy, como ayer, aquellos dos amores mueven e impulsan a los hombres en el libre obrar de su conducta moral y de sus empresas, afectos e ideales sociales, políticos y jurídicos con que van construyendo una u otra ciudad: la terrena, cimentada sobre el amor a sí mismos y el desprecio de Dios; la celestial, sobre el amor de Dios y el olvido de sí.

Amor del hombre a sí mismo, idealizado a partir de la revolución francesa por el mito de los derechos del hombre y del ciudadano, juntamente con el desprecio de Dios, quintaesencia del laicismo introducido también por la revolución con el liberalismo y desarrollado luego, hasta sus últimas consecuencias por el marxismo. Amor del hombre y desprecio de Dios que se conjugan, hasta confundirse entre sí, cada vez que, como suele acontecer, se proclaman a una los ahora llamados derechos humanos y el permisivismo moral absoluto, tan difundido entre las dos naciones más ricas y progresistas del mundo contemporáneo.

Amor, en cambio, de Dios y desprecio de sí mismo que están en la raíz de la ciudad cristiana e imprimen su sello a las instituciones rectoras de la convivencia humana, asentándola en las leyes divinas y en el reconocimiento de los derechos no de sí, sino de los otros. Pues, frente a la visión egoísta y pagana de los derechos del hombre, erigido como sujeto y objeto de un orden social cerrado, sin aperturas a lo eterno, la visión cristiana fundamenta en Dios los deberes humanos y, a su vez, en éstos los correlativos derechos, instituyendo un orden que no se agota en esta vida, de suyo transitoria y perecedera.

Las dos ciudades coexisten... ¡por ahora! Pero día vendrá en que "será arrojada Babilonia, la Gran Ciudad, y no aparecerá más" (Apoc. XVIII, 21). No así la celestial, la Ciudad Santa, la Nueva Jerusalén" (Ibid. XXI, 2). Entretanto coexisten, con aparentes semejanzas que suelen dificultar su debida identificación. Hay entre ellas coincidencias formales en el plano de las instituciones, de las estructuras y de los principios rectores de la vida social que a veces confunden a los observadores superficiales... Como ocurre, precisamente con los derechos humanos, tan pregonados en nuestro tiempo.

En efecto. La simple lectura de cualquiera de las declaraciones de derechos en boga satisface, generalmente, a los hombres, y todos parecen de acuerdo en la valorización primordial de la vida de la conciencia, de la libertad, etc., etc. Pero... ¡qué diferente resulta afirmar todo ello como algo debido a sí mismo, como si uno mismo fuese el principio y el fin de su existencia, la razón de ser de su propia vida, o pregonarlo como corolario de cuanto Dios ha dispuesto en su eterna sabiduría para su glorificación y el servicio del prójimo! El derecho a la vida y la integridad física adquiere así toda su profunda significación cuando se lo enraíza en el mandamiento divino de no matar, y alcanza su plenitud cuando se lo ve a la luz de las bienaventuranzas y de las advertencias evangélicas sobre el juicio final: "...tuve hambre y me disteis de comer... etc." (Mat. V, 1 y ss.; XXV, 35 y ss.).

Porque, en definitiva, las dos ciudades se distinguen no tanto por sus apariencias externas, o por las instituciones que las rigen, sino por el amor que las vivifica y las anima. Pues hay una diferencia substancial entre afirmar un derecho por amor a Dios y sus preceptos, por el amor de Cristo proyectado en el prójimo, y pretenderlo por puro egoísmo, por egolatría y divinización de sí mismo... Aunque se lo enuncie con iguales palabras.

S. E.

JORGE JOAQUIN LLAMBIAS

† 18-VIII-1981

Hemos perdido, con el Dr. Jorge Joaquín Llambías, no sólo a un Profesor Emérito de la Universidad Católica Argentina, sino a alguien que contribuyó decisivamente a acuñar su perfil, a aumentar su prestigio, a hacerla pujante y fiel.

Creo justo, por ello, expresar en estas páginas el dolor que la muerte de este preclaro jurista ha causado a sus colegas, a sus alumnos, y a todos cuantos lo conocieron a través de su fecunda y ejemplar trayectoria.

Cuando, en 1958, los obispos argentinos acometieron la empresa de poner en marcha esta Universidad de la Iglesia, nacida con el título de Pontificia, y confiada a la protección de Santa María de los Buenos Aires, recurrieron al concurso de quienes pudieran ostentar versación científica y fidelidad a la doctrina católica.

Jorge Llambías no podía faltar entre ellos: su personalidad de jurista estaba definida desde tiempo atrás, y su capacidad de profesor se había puesto en evidencia en su enseñanza del Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires.

Entre 1950 y 1954, una parte sustancial de su actividad estuvo dedicada a la redacción del Anteproyecto de Código Civil, elaborado en el Ministerio de Justicia de la Nación, y publicado años más tarde por feliz iniciativa de la Universidad Nacional de Tucumán.

Aparte de esa obra, cuya trascendencia acaso no haya sido todavía suficientemente aquilatada, Llambías publicó, en ese mismo período —1953— un libro de positivo valor, —*Efectos de la nulidad y la anulación de los actos jurídicos*— aporte valiosísimo para dilucidar un tema de suyo complejo.

Poco después, en 1955, apareció la obra en dos tomos sobre la Parte General de Derecho Civil, escrita en colaboración con el Dr. Manuel Aráuz Castex.

En 1958 Llambías fue llamado a integrar la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital, donde desarrolló, hasta 1973, una labor judicial de altísimo nivel, que suscitó la admiración y el respeto de cuantos conocieron sus frutos.

Junto a estas manifestaciones de su actividad jurídica, que le asignaban un lugar importante entre los civilistas argentinos, Llambías ostentaba una sólida formación cristiana.

No fue ajena a ella su frecuentación de los Cursos de Cultura Católica, cátedra admirable desde la cual maestros de la talla de Tomás Casares, César Pico y Atilio Dell'Oro Maini, enseñaron a una generación de argentinos a conocer y amar el pensamiento de la Iglesia, *sentire cum Ecclesia*.

Llambías traía, de su formación juvenil, la visión lúcida y el espíritu alerta que le permitía contemplar la realidad social a la luz de la revelación, y que lo incitaba a trabajar sobre ella para ordenarla conforme a los valores más altos y permanentes.

Sobre esas bases, dotado de una inteligencia aguda, y de una voluntad de trabajo tenaz y disciplinada, Llambías iba a desarrollar, en nuestra Universidad, una labor creadora y una tarea formativa, que es ciertamente rectora del pensamiento jurídico argentino.

De su labor de cátedra surgen los Tratados de Derecho Civil Parte General y de Obligaciones, obras clásicas que lo ubican entre los grandes maestros del derecho.

La Universidad Católica se siente un poco madre de esas obras, porque ella fue el surco donde su autor arrojó año tras año, la semilla de su ciencia, que es ahora fruto en sazón.

Cabe también recordar, entre otras actividades, la dirección del Instituto de Derecho Civil, que durante varios años ejerció Llambías, nucleando a un grupo de distinguidos profesores y desarrollando, como guía indiscutido de esa tarea, una labor formativa para los más jóvenes y fecunda para todos, a pesar de que no contó para cumplirla sino con escasos medios materiales, cuya extrema modestia fue suplida por su fervor y su orden incommovible.

Su pensamiento claro, firme, apoyado siempre sobre sólidos fundamentos filosóficos, constituyó, desde hace treinta años, una brújula segura y su palabra de aliento, un estímulo constante.

Con Jorge Llambías se ha ido de este mundo atribulado en que vivimos, alguien a quien cabe llamar, sin temor de exagerar, un varón justo.

El dolor de su muerte, más intenso cuanto más grande es el valor de lo perdido, tiene sin embargo un consuelo proporcionado por la fe. Su sed de justicia, según la promesa de la bienaventuranza, será saciada ahora sin tasa, con el gozo del Creador, que habrá de compensarle, con generosidad sin límite, su indeclinable afán por servirlo.

Quede, en estas líneas, el testimonio de gratitud que la Universidad Católica debe a Jorge Llambías por la obra cumplida en su seno, que, sin duda, ha sido decisiva en su trayectoria; y nuestra oración para que la Madre de Dios, Sede de la sabiduría, a quien él amó y sirvió, interceda para que alcance el premio de los justos, y para que los que aquí quedamos, seamos capaces de seguir su ejemplo y su enseñanza.

JORGE A. MAZZINGHI

EL ORDEN CIVIL (*)

No es aventurado pronosticar que la experiencia liberal toca a su fin. Ha dado de sí todo lo que esperaban sus gestores. Ahora está produciendo lo que no esperaban. Primero fue exaltación de la autonomía individual, luego apología arrebatada de los derechos y las libertades. ¿Y ahora? Ahora la fermentación cada vez más ostensible y avasallante de la ambición insatisfecha, de la esperanza fallida. Porque se anunció a todos que la era del derecho y la libertad engendraría un mundo mejor. Y todo fue proclamar derechos y consagrar libertades. Y se engendró, indudablemente, un mundo nuevo. Pero no era mejor. Las leyes podían establecer ciertas formas de igualdad y ciertos modos de libertad. La fraternidad que debía proceder espontáneamente de la libertad y la igualdad, como del Padre y el Hijo, el Espíritu, no brotó en los corazones. Y las leyes no podían establecerla en ellos. Brotó, en cambio, un rencor oscuro, dilatado y profundo como no lo había conocido antes la humanidad. Y ese rencor, bajo mil formas diversas, es hoy dueño del mundo. Sólo él manda y es obedecido real y verdaderamente.

Es que los derechos y libertades que proclamó el liberalismo, cabe decir que se fueron en vicio. Y esta vez la expresión vale en su sentido literal. Derecho y libertad se desentendieron de sus raíces, deber y disciplina. Creyeron que era cuestión de mayoría de edad; que la patria potestad del deber y de la disciplina habían cumplido su ciclo; y para acentuar la emancipación, renegaron de ellos.

Hay algo de la parábola del hijo pródigo en estas últimas fases de la conducta de la humanidad, porque todo se vuelve ahora hablar de deberes y disciplina, y esperarlos todo por esos caminos. Pero no: se anhela un orden de casa paterna; mas estamos muy lejos de que el anhelo sea servido por el reconocimiento humilde de la dignidad del Padre. Hay algo de retorno en la nueva conducta que los hombres comienzan a adoptar. Pero es un retorno jactancioso. La soberbia está más enhiesta que nunca; está como exacerbada por la derrota. Las ideas de deber y disciplina son concebidas por la derecha y por la izquierda como armaduras de hierro dentro de las cuales debe meterse el hombre.

Y esto, aunque parezca paradójico, es volver a lo mismo. Multiplicáronse los derechos y las libertades, y fueron puestos en manos de todos para que cada

(*) Conferencia leída por el autor en el Instituto Popular de Conferencias, el 11 de setiembre de 1930 (N. de la D.).

uno se fabricase con ellos su propia armadura, según su fantasía, su pasión o su ambición. Eran algo que se incorporaba al hombre desde fuera. Como ahora resulta imposible entenderse en la algarabía de las autonomías individuales desorbitadas, suele darse en pensar que hay que uniformar las armaduras. Eso es todo. Siempre estamos ante el empeño de ordenar a la vida humana desde fuera, lo cual es sustancialmente inhumano, y en algunos casos infrahumano. La lucha está trabada entre los representantes de unos cuantos —unos pocos— tipos de armadura. ¿Quién logrará imponer el suyo? Los hombres asisten suspensos a la lucha como si se jugara su destino. Y no hay tal. Se juegan, quizá, su carne, su sangre y todas las demás cosas temporales; pero el alma no está en juego. Y cuando se habla de destino humano, se habla del destino del espíritu humano, del alma de los hombres. Ese destino se jugó hace cuatrocientos años por obra de Lutero, y todo lo que sea debatirse en la línea de aquella dirección, es dejar en lo sustancial las cosas como están. El mando o la riqueza cambiarán de dueño; pero mientras el hombre no se redima en lo más íntimo de sí mismo de la abjuración con que adquirió la tan decantada autonomía, la riqueza y el mando, bajo todas las apariencias, seguirán siendo, como hoy, de un solo dueño invisible: el *príncipe de este mundo*. Luego, el mando y la riqueza sólo servirán —como ahora— para perder al hombre.

“Ejercer un derecho es usar una facultad en términos de justicia”. Y justicia es la virtud que nos dispone a dar a cada uno lo que le pertenece. Luego, ejercer un derecho es ejercitar una facultad en razón de la pertenencia que nos atribuimos con respecto a algo, considerando, al mismo tiempo, todo el sistema de facultades semejantes a la nuestra que los demás pueden ejercitar lícitamente.

Hay, pues, en el ejercicio correcto de un derecho, una afirmación y un reconocimiento. El valor de la afirmación del derecho propio, está condicionado por el reconocimiento del derecho ajeno. Aquella afirmación de pertenencia sin este reconocimiento sería, pura y simplemente, un acto de fuerza; ejercicio de una facultad fuera de la justicia, o contra la justicia.

Henos, pues, ante una primera sujeción cuyas consecuencias no alcanza en su integridad el positivismo jurídico. No porque niegue el principio, sino porque no ve en él más que una delimitación material de voluntades, libertades o intereses, determinada por exigencias primarias de la convivencia. Y no es eso. No es sólo que sin él no se pueda vivir en sociedad, lo cual es cierto. Es algo mucho más grave. Sin él no se puede vivir correctamente. Lo que importa no es que haya una delimitación de voluntades, sino que la delimitación sea justa, sea conforme con las exigencias de la naturaleza humana, diremos desde ahora con una expresión que irrita a los positivistas.

La razón de ser de los límites de mi derecho está en el deber que tengo de respetar el derecho ajeno. Lo que pone sustancialmente coto a mi derecho, no es el derecho de los demás, sino un deber mío. Si fuera nada más que el derecho ajeno, como el positivismo jurídico lo pretende, nos hallaríamos en ese régimen de delimitaciones materiales a que me he referido, cuya subsistencia estaría librada a la eficacia de la fuerza con que la delimitación

puede ser mantenida en el hecho. Precario y peligroso fundamento. Precario, como todo lo que sólo depende de la fuerza. Peligroso, como todo ejercicio de la fuerza por parte de los hombres sin sujeción a un principio que sea reconocido como tal por su propio valor. Y ya se sabe que para el positivismo liberal, el criterio rector no ha de buscarse en este caso en principios, (cuya validez niega) sino, pura y simplemente, en la ley positiva; esto es, en el pronunciamiento de una mayoría.

Pero lo que interesa sustancialmente en el ejercicio de un derecho, no es su límite sino su fundamento; no tanto el saber hasta dónde puede llegar lícitamente, cuanto el poseer la razón en cuya virtud nos consideramos dueños de él y autorizados a ejecutarlo.

Esa razón no puede ser el mero hecho de que una ley lo declare. Hay leyes que dificultan el ejercicio de derechos indudables; como las hay que mandan contra lo que nos dicta la conciencia. Y, además, ¿cuántos son los derechos que aún aguardan una sanción legislativa? No, la ley suele ser expresión del derecho —a veces no es ni eso siquiera— pero nunca es *el derecho*.

¿Acaso podrá hallarse esa razón en la costumbre? De ningún modo. La costumbre es, a veces, más conforme que la ley con la esencia de la cosas. Pero otras consagra desviaciones que la ley más audaz no se atrevería a sancionar. Siquiera en la elaboración de la ley intervienen —o por lo menos *pueden* y *deben* intervenir— voluntades conscientes y responsables. La elaboración de la costumbre padece la irresponsabilidad de lo anónimo. Por eso, es con frecuencia la consagración subrepticia de lo que necesita para vindicarse la debilidad moral de muchos. La costumbre puede robustecer o debilitar en el hecho a los derechos, pero no crearlos ni cancelarlos. Puede agregarles una nota *accesorio* de eficacia práctica, de prestigio o de cualquier otro complemento semejante; no puede quitarles nada esencial. La razón de ser del derecho está sobre toda costumbre.

Tener el deber de defender ciertos derechos, no sólo contra cualquier avance individual, evidentemente injusto, sino también contra la voluntad mayoritaria que se expresa en una costumbre, una ley o una autoridad consagradas por ella, es signo de que el derecho se asienta en principios que no están entregados a la determinación libre del arbitrio de nadie, y que resguarda direcciones de la conducta que a nadie es dado declinar sin menoscabo de su dignidad. Hay proporción natural entre el cumplimiento de ese deber y la medida de nuestra dignidad.

El sentimiento de la dignidad personal proviene de que nos consideramos responsables de nuestro destino moral. Tenemos conciencia de que el destino supremo no es materia de elección arbitraria, sino algo que nos está señalado soberanamente. Y tenemos conciencia de nuestra aptitud natural para alcanzarlo; tenemos conciencia de nuestra libertad. El celo por la propia dignidad, es el celo por el correcto ejercicio de la libertad en la realización de un destino cuya virtud no proviene de la exaltación que de él hagan caprichosamente ~~nuestra~~ ~~inteligencia~~ y ~~nuestra~~ ~~voluntad~~. Sentirse digno es sentirse libremente sometido a un orden de cosas que no vale porque lo hayamos elegido o inven-

tado nosotros, sino que, por el contrario, nos hace valer a nosotros sustrayendo nuestras elecciones a la fantasía de un arbitrio que se goza en el mero hecho de ejercitarse, como si las determinaciones voluntarias valieran por el hecho de ser obra nuestra, frutos de la independencia y la espontaneidad, y no por *ser correctas*, esto es, enderezadas a nuestro fin supremo. Todo lo demás es sugestión de la soberbia; no es auténtica dignidad. A veces mueve a admirar o a temer, no mueve a respetar.

La dignidad es, pues, el signo, el penacho de la condición humana, tanto más flameante cuanto más respetada y enaltecida sea esa condición. Si la dignidad está en juego cuando se trata de resguardar los derechos primordiales, es porque de esos derechos depende en cierto modo la integridad de la condición humana. Son sus guardias de Corps.

Y como el deber moral no es otra cosa que la obligación de mantener y exaltar la integridad de lo humano en nosotros, viviendo —como enseñaba Aristóteles— por lo más elevado de nosotros mismos, que es el espíritu, el fundamento del derecho, lo mismo que aquella delimitación de su alcance a que ya nos referimos, hállase en *el deber. Tengo derecho porque debo*.

Porque en la vida de relación el cumplimiento de los deberes puede tropezar con el arbitrio de los semejantes que lo dificulten; tenemos la facultad de exigir que el obstáculo sea removido, que la oposición de la ajena voluntad sea depuesta. Tenemos derecho a que los semejantes abran paso a nuestro deber. El derecho abre y cierra la marcha del deber que haya de cumplirse fuera de nosotros, en medio de nuestros semejantes, en la vida social.

Y porque tengo derecho, debo... El derecho acuerda un señorío y los señoríos lícitos no entrañan sólo poderes; están cargados de obligaciones. La degeneración de las noblezas fue siempre un proceso de declinación en el cumplimiento de los gravísimos deberes que eran inherentes a sus privilegios, que eran la razón de ser de esos privilegios. El derecho es un título de nobleza; ennoblece en la medida en que obliga y en que esa obligación es reconocida y respetada. Es innoble imponer a los demás el propio derecho sin recordar y cumplir contemporáneamente los deberes que tenemos con ellos, y en primer término los que derivan del privilegio que el derecho de que se trata nos acuerda. Heraldo de nuestros derechos ante el prójimo ha de ser un bien cumplido deber para con ellos.

El deber crea los derechos para su propio resguardo. El deber pone límites al ejercicio del derecho. Y hay, por fin, un deber entrañado en todos los derechos. El derecho está, pues, fundado en el deber, y al propio tiempo como sitiado por él.

¿Qué queda de esta dependencia o relación, en la moderna afirmación jactanciosa del derecho? Tan sólo aquello de que tenemos el deber de resguardar celosamente los derechos esenciales. Se arranca al derecho de su natural sujeción al deber para referirlo a exigencias de la autonomía individual, esto es, para convertirlo en afirmación de soberbia o de concupiscencia irresponsables; y luego se le azuza para que niegue con violencia todo orden que no sea conforme con el que conciba el arbitrio individual.

Se llamó derecho a la afirmación de la soberbia y a la liberación de la concupiscencia. En trance de liberar al hombre y garantizar sus derechos mediante la libertad, y la libertad mediante los derechos, todo se redujo a un solo derecho y una sola libertad: los de afirmar la autonomía individual por encima de todo. Y todos los hombres se hallaron convertidos ostensiblemente en señores de sí mismos. Lo cual es muy digno; más aún, es requisito de toda dignidad, pero a condición de que el señorío sea instrumento de sujeción moral, y no lo contrario, es decir, acicate de rebeldías. Porque entonces el hombre ya no es señor de sí mismo, sino otra cosa que parece la exaltación de esto, pero que es su grotesca caricatura: el hombre es como un dios de sí mismo, árbitro supremo y exclusivo de su destino y su conducta; legislador irresponsable de su propia conciencia, cuyo imperio estaría más allá del bien y del mal.

Se agota ya la gravitación morigeradora ejercida por los reparos de conciencia que subsistían como restos de una organización moral echada a pique por la doctrina y la práctica de la autonomía individual, erigida en norma y fin de la conducta humana. Todos comienzan a experimentar en carne propia que sin sentido de la autoridad, de la jerarquía, de la sujeción, no hay convivencia posible. Y fuera de la convivencia social no hay plenitud de la personalidad. Orden, disciplina y deber intentan recuperar su rango en las preocupaciones primordiales del hombre. Pero, ¿con qué virtud? He aquí el corazón del problema.

Un deber que no se asiente en principios universales y absolutos; que no se refiere a nuestra dependencia con respecto a un principio trascendente; que no nos libere de nosotros mismos y nos sujete a Dios, es un deber que será despedazado en las querellas de las opiniones individuales. Sucumbirá a manos del libre examen. Sólo la fuerza puede imponerlo. La soberbia de los más fuertes dictará la ley a todos, y se llamará deber a la necesidad material de sometérsele. Ya no tendremos a todas las autonomías individuales en libertad, sino a unas pocas, enseñoreadas de todas las demás. Una soberbia oligarquizada. Rusia, por ejemplo.

El deber capaz de dar fundamento verdadero e imperativo al derecho, ha de ser un deber que nos libere de nosotros mismos y nos sujete a Dios, decía. Dios es primer principio de todo ser, y último fin de todo acontecer; y el acontecimiento singularísimo y trascendental que es el ejercicio de nuestro libre arbitrio, ha de ordenarse a ese fin, si aspira a constituir en nosotros una personalidad. Porque la personalidad, entendida como plenitud y perfección de nuestra condición humana significa conformidad con la forma ideal, con la razón eterna o idea divina en virtud de la cual el hombre ha sido creado.

Tenemos el deber de obrar con perfección. ¿Quién lo niega? No se disputa sobre esto, sino sobre lo que se ha de entender por perfección. Perfección, acabamiento, integridad, plenitud, significan literalmente realización de una forma ideal, conformidad completa sobre la exigencia de la razón de ser. Luego, el deber de obrar con perfección es deber de conformar nuestra conducta con la norma de actividad inherente a nuestra naturaleza considerada en su perfección ideal. Lo cual importa decir que tenemos el deber de suje-

tarnos a la ley de Dios. En cuanto causa primera de nuestro ser, Dios es también razón Suprema de la ley a que la actividad de nuestro ser ha de ceñirse para lograr el esplendor de su esencia, puesto que la ley de la conducta humana y la humana naturaleza se corresponden necesariamente.

A esta necesidad dialéctica de salir de nosotros mismos y referirnos a un principio trascendente que sea perfección suprema y eterna, y de la cual son eminentemente predicadas las perfecciones de todo lo creado, a esta necesidad dialéctica que nos libera del espectro de Protágoras que ambula por casi todos los caminos de la filosofía moderna enseñando, como lo hiciera en vida, que “el hombre es la medida de todas las cosas”, corresponde una necesidad práctica que alienta en lo más íntimo de nuestras conciencias. Es la necesidad de referir nuestra conducta a un juez supremo y personal.

Ha escrito el Cardenal Newman: “La conciencia considerada como sentimiento moral e intelectual tiembla de admiración o de disgusto, aplaude, condena y hasta experimenta lo que el sentido de la belleza sólo posee intermitentemente: la emoción. ¿Cómo extrañarse, entonces, de que la conciencia implique siempre lo que el sentido de lo bello no implica sino raras veces: la existencia de un ser vivo hacia el cual tiende? Las cosas inanimadas no suscitan el amor; el amor sólo se dirige a las personas. Si como sucede en realidad, nos sentimos responsables, si nos sonrojamos de vergüenza, si temblamos de temor ante la idea de desobedecer la voz de nuestra conciencia, ¿no es, acaso, porque esto implica la existencia de un ser ante el cual nos sonrojamos y cuyas sentencias tememos? Si cuando obramos mal sentimos el deseo de llorar como un niño que hubiese disgustado a su madre; si cuando obramos bien, sentimos la alegría de esa calma, de esa satisfacción que nos proporcionan los estímulos de un padre, ¿no es acaso, porque llevamos en nosotros la imagen de un ser al cual tiende nuestro amor y nuestro respeto, cuya sonrisa nos alegra, hacia quien ascienden nuestros deseos, cuya cólera nos desespera? Siendo que no experimentamos ningún remordimiento por trasgresión de una ley puramente humana (el remordimiento, cuando existe en tales casos, proviene de la violación de la justicia o de la falta de obediencia, y ambas cosas se refieren a mandatos de Dios, y no a los de la ley misma), ¿cómo se explica que la conciencia despierte en nosotros esos movimientos de vergüenza, de inquietud; cómo se explica que derrame en nosotros una paz serena, un sentimiento de seguridad y de esperanza que ningún objeto humano puede procurarnos? Si la razón de tales emociones no pertenece al mundo visible, es porque el objeto percibido es sobrenatural y divino. He aquí cómo el fenómeno de la conciencia, mediante sus sentencias —concluye el Cardenal Newman— imprime la imagen de un supremo maestro, juez santo, equitativo, poderoso, clarividente, que recompensa y que castiga”.

La medida —fundamento de juicio— de lo que el hombre es, y de lo que ha de hacer, de su ser y su deber, no puede hallarse en el hombre. Lo comprueba la inteligencia porque todo el hombre es dependencia, es un estar pendiente de algo que infinitamente lo trasciende. La relatividad de todo lo humano, como la de todo lo creado es más hiriente que la luz del sol, pues a ésta la gozamos y a aquélla la padecemos.

A la evidencia intelectual se agrega —acabamos de señalarlo— el testimonio vivo de la conciencia. No, la medida del hombre no está en él.

Por eso el hombre se halla a sí mismo, se reconquista, no en la medida en que se desorbita por el prurito de ejercitar su libertad al precio de su libre arbitrio, sino en que se libera sometándose. Se libera de toda sujeción a fines inferiores, sometándose a su fin supremo, con decisión de abandono.

Vengamos ahora a la libertad, pues hemos aludido a sujeción, ordenamiento y disciplina.

No somos personas pura y exclusivamente porque seamos libres; pero si no fuéramos libres, no seríamos personas. Altísimo atributo la libertad, pero de gravísimas consecuencias. Estamos ante un destino que debemos cumplir porque en ello nos va la dignidad, la propia condición humana. Y contra ese destino, que consiste en la plenitud de lo más elevado de nosotros mismos, que es el espíritu, se levantan las sollicitaciones de la sensualidad, y las de la soberbia intelectual que tironean en dos direcciones distintas, pero las dos hacia abajo. La una reduciendo la vida humana a un apetito oscuro, la otra haciendo de la inteligencia una parodia de divinidad. Pero ni la una ni la otra pueden contra la libertad de que estamos investidos. Sin embargo, la libertad también consiste en la posibilidad de entregarnos a ellas, no obstante saber que nos degradan, y saber que poseemos la facultad de superarlas. Somos, pues, infinitamente más que ejecutores del propio destino; somos *responsables* de su realización. Lo extraordinario en el hombre no es que sea capaz de alcanzar su fin supremo, sino que es capaz de renunciarlo. Tiene la facultad de volverle la espalda. De él sólo es la posibilidad de *la herejía*.

A esa libertad interior corresponden como custodias de ella, las libertades civiles y políticas. En este punto, derecho y libertad se identifican. Tener derecho es siempre, en un cierto sentido, tener derecho a una libertad. Tener derecho al ejercicio de nuestro libre arbitrio para que nuestra actividad social, que es ejercicio del libre arbitrio en actos de relación con nuestros semejantes, posea, como la conducta íntima individual que es ejercicio reconocido de ese mismo libre arbitrio, dignidad humana proporcionada a la responsabilidad que en dicha conducta nos incumba. Decíamos que el derecho abre paso al deber. Podemos agregar ahora que las libertades civiles y políticas abren paso al derecho en la urdiembre de las voluntades individuales. Y así como no hay derecho que no tenga su razón en el deber, no puede concebirse una libertad razonable que no corresponda a un derecho. Al través del derecho, las libertades civiles y políticas se subordinan al deber moral. Soy acreedor a libertades civiles y a libertades políticas en la medida en que me sean necesarias para el cumplimiento de los deberes que me impone mi condición esencial y las circunstancias en que me toque vivir.

Hay, pues, relación natural necesaria entre la libertad moral individual —el libre arbitrio—, y las libertades civiles y políticas. Pero no es relación de equivalencia. No corresponden libertades civiles y políticas a todas las manifestaciones de la libertad moral.

El destino moral del hombre está en sus manos. Dios lo ha querido así. Por eso la intimidad espiritual, donde se forjan las determinaciones voluntarias es absolutamente inaccesible desde fuera. Puede quitársele al hombre la vida; no se puede quebrantar la libertad moral del hombre que afronte la determinación de mantenerla, en el bien o en el mal. No está en la mano de nadie hacer que el hombre se salve, o impedir que se pierda si él se propone lo contrario.

Con el destino de la Sociedad o del Estado sucede algo muy distinto. No puede estar librado al arbitrio de cada ciudadano. No hay personalidad humana, si no hay libertad moral, decíamos. Por el contrario, no hay sociedad o Estado si no hay disciplina. La existencia de toda sociedad supone un propósito común que puede, en ciertos casos, ser libremente elegido, pero que después de la elección debe ser necesariamente respetado. Y si se trata de una sociedad exigida por la naturaleza, como la sociedad política, el propósito común no es elegible en principio, aunque lo sea en el hecho. Está determinado por la finalidad natural que esa sociedad debe cumplir. Luego, la existencia de semejante sociedad no sólo supone una cualquier disciplina; requiere la disciplina conforme con su fin propio, y no puede subsistir bajo ninguna otra.

¿Qué alcance y qué sentido tienen las libertades civiles y políticas en tal orden de cosas? Las libertades civiles remueven los obstáculos que el arbitrio desordenado de mis semejantes pueda oponer al ejercicio de mi derecho. La libertad política resguarda del abuso del poder haciendo posible y eficaz la oposición a la conducta de la autoridad que olvida o violenta el fin propio de la comunidad. Para decirlo todo en una sola frase: las libertades civiles y políticas tienen por fin resguardar y hacer posible el ejercicio correcto de nuestra libertad moral en todas las circunstancias originadas por la convivencia civil y política. Ese fin da fundamento y sentido, y pone límites a las libertades civiles y políticas. Se trata de establecer y mantener un orden conforme con las exigencias de la naturaleza humana; esto es, que ponga al hombre en la línea de su destino supremo. Un orden que asegure la libertad del hombre *en la línea de ese destino, y sólo en ella*. Otra cosa podría ser organización, no sería orden. Podría ser sistema, no sería disciplina. La razón de las libertades civiles y políticas está, pues, en la necesidad de la disciplina natural. La sociedad y el Estado no existen para proteger las libertades, sino para ordenar y dirigir al hombre, y hacer posible su plenitud. La perfección social y política, no ha de buscarse en un orden de libertades absolutas, sino en la libertad de un orden absoluto.

Sólo la fuerza, o la inercia o el instinto de conservación pueden hacer que subsistan por misericordia de Dios, la sociedad y el Estado al cabo de ciento cincuenta años de predicación de las libertades como fines supremos. Pero ya es innegable la claudicación acelerada de las estructuras que aquella predicación imaginó para conciliar la convivencia con la autonomía individual en libertad. Por eso se ensayan nuevas estructuras con angustia y apresuramiento. Lo de las armaduras que os decía al principio.

Pero hay algo invisible y que es, sin embargo, más evidente que aquéllo para la inteligencia: la desarticulación de la estructura espiritual del hombre. No hay en él disposición interior para ordenarse. Las disciplinas podrán cercarlo y someterlo; no se incorporarán a su intimidad profunda. Su vida no será un vivir gracias a ellas, sino a pesar de ellas. Para sentir las menos estará agazapado dentro de ellas aguardando el momento de trasponerlas en una afirmación de libertad y de soberanía individual. Porque no es que esté en reflexivo desacuerdo con la disciplina que se le imponga; está en desacuerdo radical con cualquier pretensión de imponerle alguna disciplina que no sea compatible con la plenitud de su libertad y su soberanía. No está contra tal o cual orden sino contra *el orden*, contra todo principio de subordinación esencial. El hombre moderno lleva el sello romántico. Su vida es pasión sin disciplina. Extremado el desorden, la fuerza o la necesidad le están haciendo entrar en una disciplina; pero la acata sin pasión, no la incorpora a su intimidad vital. No es una actitud que nazca de él, y lo eleve ordenándolo; es un esquema que desde fuera lo limita empujándolo. Y ya hemos dicho que el centro mismo de nuestra personalidad —convicciones de la inteligencia, intenciones de la conducta— es inaccesible a cuanto venga de fuera. Y es inexpugnable. Todo lo que se haga desde fuera para convertir al hombre será estéril. ¿Qué esperar, pues, de la humanidad contemporánea que sólo cree en la política y en la economía?

No se trata de negar la eficacia proporcionada a su naturaleza que puede tener una buena estructura política o un inteligente régimen económico. Pero es indispensable que por encima de ese reconocimiento se yerga en el hombre la convicción de que su destino supremo no está suspendido de la política ni de la economía. Ni la política, ni la economía pueden salvarlo; pero él puede salvar a la política y a la economía. ¿Cómo? Mediante una disciplina que sea florecimiento de su ordenación espiritual.

La disciplina —individual o colectiva— debe ser una manifestación, un episodio del orden cósmico, de esa natural disposición de todas las cosas conforme a la razón eterna de su ser. No consiste en concebir un sistema como quien crea una obra de arte, sino en ver —ver con la inteligencia— el eterno sistema en que todo ha sido creado: ver el último, supremo fin para el cual existen todas las cosas; ver la razón profunda de las jerarquías naturales. Este ejercicio austero de la inteligencia, que no es labor de sabios ni de filósofos, sino deber de todos, y que con tanta mayor perfección es cumplido cuanto mayor humildad sea puesta en su ejecución, nos coloca en el corazón mismo del orden universal, porque si la mirada es limpia y la voluntad recta, esa visión es, en definitiva, visión de Dios.

Ante Dios no hay otra actitud natural que la de adoración. Por eso, la verdadera disciplina, la que comienza por ser ordenamiento espiritual, la que brota del extremo más fino y más alto del espíritu, como un movimiento religioso, es primordial y esencialmente un acto de oración.

¿Puede hacerse al mundo contemporáneo, ebrio de acción, esta invitación contemplativa? Antes de discurrir sobre posibilidades, recordemos que la verdad debe ser propuesta siempre, aunque se tenga la seguridad de que

se la recibirá con piedras. Nunca es mayor la obligación que cuando se tiene esa seguridad. La verdad no consiente transacciones ni prudencias humanas, no aquilata su valor, ni afianza su eficacia con las habilidades de los hombres; le basta su propia virtud, y no triunfa de veras sino cuando triunfa por su propia virtud, sin que sus servidores hallen pretexto para considerarse protectores de ella. Ha de ser, pues, propuesta sin consideración de sitio, ni de hora, ni acepción de personas; a todos, universalmente, siempre, y con desnuda libertad. Es lo que hace la Iglesia; y sólo la Iglesia puede hacerlo.

Pero hablemos también de posibilidades. Atravesamos una crisis de la confianza y la esperanza. El hombre, que lo esperó todo de sí mismo, ya no espera nada de nadie. Todos los prestigios temporales están maltrechos. Se les acepta con desgano y con escepticismo, porque no se cree en ellos. El rencor sordo y dilatado de que os hablaba al principio ha secado las fuentes de la adhesión profunda. El hombre actual no se da; no sacrificará nada de sí mismo en homenaje a propósitos ajenos porque sólo los propósitos propios le interesan y le merecen fe. Y cuando se interroga con energía, comprueba que fe, lo que se llama fe, no la tiene ni en los propios propósitos. Hastiado de la autonomía que apuró hasta las heces aspira secretamente a salir de sí mismo, y *de todo lo humano* cuya sombría aventura laica ha concluido en un fracaso amargo, en un vacío asfixiante.

En la desembocadura de esa desesperación, como en el extremo de todas las desesperaciones, está la cruz. Signo de encrucijada que después de la muerte de Cristo salva de las encrucijadas en que la soberbia pone al hombre. Ya no se la difama —y esto es un síntoma— con aquella retórica monstruosa de los “espíritus fuertes”. Es que los espíritus están hoy deslumbrados por la evidencia de su propia debilidad. Hartos de querer ser como dioses, comenzamos a sentirnos de nuevo, con una emoción primitiva, criaturas de Dios. Y ya no es sólo un reconocimiento de la primacía del deber y de la disciplina. Los hombres miran más allá del deber y de la disciplina; y algunos *ven*. Ven que el derecho que más celosamente debemos afirmar y custodiar es el derecho a la bienaventuranza eterna; y que ese derecho es todo lo contrario de una conquista nuestra: es una Gracia. Ven que la libertad suprema está en la superación de la soberbia, en la disciplina de la casa del padre; y que esa libertad es la negación de sí. Ven, por fin, que para reconstituirse espiritualmente tienen que purificarse por el fuego y la espada. La espada que Jesucristo opuso a la paz del mundo; la espada de la fe. El fuego que transfigura al deber y la disciplina en *caridad*, por la que el hombre hace y obedece más allá de lo que es debido y de lo que le es mandado, como si quisiera tomar sobre sí el deber y la obediencia del género humano. Loco anhelo que es una posibilidad real en el seno de la Iglesia, cuerpo místico de Cristo, perduración y acabamiento de la obra redentora.

No desde fuera ni del hombre ha de venir la salvación al hombre, sino de Dios que le es más íntimo que lo más íntimo de él mismo.

TOMÁS D. CASARES

LA PRUDENCIA JURIDICA

(Sobre el conocimiento de lo justo concreto)

1. Introducción

1.1. Cuando el Emperador Augusto otorgó, en los comienzos de la era cristiana, el *ius publice respondendi ex auctoritate Principis* a los más notables juristas de la Roma Imperial, lo hizo en virtud de su reconocida calidad de *iuris prudentium*, es decir, de poseedores, en grado eminente, de una especial forma de conocimiento jurídico: el “prudencial” (1). Papiniano, Ulpiano, Gayo, Paulo y Modestino, se destacaban entre los hombres de derecho romanos por su especial aptitud para investigar cuál era la solución justa para cada uno de los casos concretos sobre los que se les consultaba. Ese conocimiento acertado de lo que era derecho en cada situación singular —llamado *iuris prudentia*— dio posteriormente el nombre, por una derivación lingüística, a la “ciencia del derecho” (2) y a las normas que tienen su origen en las sentencias de los tribunales. Pero con el transcurso del tiempo, el uso de la palabra se fue restringiendo al de estas dos acepciones derivadas, sobre todo al de la última, sin que el conocimiento de lo justo concreto conservara el clásico apelativo de “prudencial”. Lo que es más, la misma palabra “prudencia” fue objeto de un paulatino descrédito, pasando a significar la simple cautela, cuando no una actitud de apocamiento o de temor excesivo (3); en el lenguaje vulgar, el “prudente” llegó a ser no un virtuoso, sino un timorato, siempre dispuesto a evitar cualquier tipo de riesgo o aventura. Consecuentemente con ello, mal podía hablarse de “prudencia jurídica” como de un modo especial e indispensable de conocimiento en el campo del derecho, por lo que pasó al olvido la acepción primera del término, es decir, la que designaba al conocimiento del derecho en su máxima concreción.

Pero sucede que, veinte siglos después de haberse acuñado el vocablo, vemos reaparecer en las sentencias de los tribunales la referencia a la “prudencia jurídica” y al conocimiento “prudencial” del derecho como elementos

(1) Cfr. DI PIETRO, ALFREDO y LAPIEZA ELLI, ANGEL, *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires, C. D. C. S., 1976, p. 84 ss.; Vid. GAIUS, *Institutas*, I, 2; *Institutas de Justiniano*, I, II, 8..

(2) Vid. nuestro trabajo, *Querella sobre la ciencia jurídica*, en prensa en la Rev. *La Ley*.

(3) Vid. PIEPER, JOSEF, *Prudencia y Templanza*, Madrid, Ed. Rialp, 1969, p. 41 ss.

indispensables para el acierto de los fallos (4). Por otra parte, varios de los más eminentes filósofos del derecho contemporáneo (5) y numerosos juristas (6) hacen expresa referencia en sus escritos al papel de la prudencia en el conocimiento de lo justo. Lamentablemente, la mayoría de esos trabajos hacen una mención muy escueta al modo de conocer prudencial o, cuando se extienden sobre el tema, dan muchas cosas por supuestas y se circunscriben a sólo uno de los aspectos de la problemática de la prudencia (7). Por ello, se hace preciso realizar un estudio más pormenorizado de lo que significa la *iuris prudentia*, precisando su concepto y analizando sus virtualidades. Esta es la tarea que intentaremos en las páginas que siguen, con más intrepidez que auténticos méritos intelectuales.

1.2. En esa labor, seguiremos al pie de la letra la directiva de Tomás de Aquino, cuando escribió que “el estudio de la filosofía no tiene como finalidad saber lo que dicen los filósofos, sino saber cómo son las cosas en sí mismas” (8). En nuestro caso, ello significa que al realizar la investigación procuraremos, ante todo, tener fija la mirada en el modo cómo, en los hechos, piensan y deciden los hombres de derecho. Más que las doctrinas sobre el razonamiento jurídico, nos interesa conocer el razonamiento jurídico en sí mismo y de ese modo precisar las reglas a las que ha de ajustarse para ser correcto; en otras palabras, para decir con verdad qué es lo justo en cada caso concreto (9). No obstante, las afirmaciones de los pensadores nos servirán de valiosa ayuda para examinar y precisar esa compleja realidad que constituye la percepción de lo justo concreto; en este sentido, quienes nos parecen más aptos para guiarnos en esta búsqueda son, sin lugar a dudas, Aristóteles y su discípulo en filosofía, Tomás de Aquino; pero ello dejando bien en claro que, ante todo, *sed magis amica veritas*.

Nuestra investigación seguirá los siguientes pasos: 1) planteamiento del problema del conocer jurídico en su máxima concreción; 2) determinación del concepto de “prudencia” en general; 3) análisis de las formas de prudencia, especificando a la “prudencia jurídica”; 4) análisis de los actos o “momentos”

(4) Vid. Fallo de la Cámara Federal de Mendoza, sala B, septiembre 30-1980, expte. 43.397, “Fiscal c. Av. Delito (Greco, Héctor O.M. y otros s/monopolio)”; allí se consigna: “La concurrencia de los recaudos prementados, debe ser establecida por el tribunal en un juicio prudencial, esto es, razonable...”.

(5) VILLEY, MICHEL, *Leçons d'histoire de la Philosophie du Droit*, Paris, Dalloz, 1962, pp. 143/153; KALINOWSKI, GEORGES, *Introducción a la lógica jurídica*, Buenos Aires, EUDEBA, 1973, p. 169 ss.

(6) D'ORS, ALVARO, *Una introducción al estudio del derecho*, Madrid, Ed. Rialp, 1963, p. 14 ss.

(7) Vid. KALINOWSKI, GEORGES, *Application du droit et prudence*, en *Archiv Für Rechts- und Sozialphilosophie*, L III/2, Wiesbaden, Franz Steiner Verlag, 1967, pp. 161/176.

(8) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *De Coelo et Mundo*, I, Lect. 22, nº 228.

(9) Como se desprende del texto, tomamos partido por la posición que considera aplicable a los juicios prácticos las categorías de “verdadero” y “falso”; en este punto seguimos en un todo las tesis expuestas por GEORGES KALINOWSKI en su libro *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1979, *passim*. Vid. nuestro trabajo *El conocimiento práctico-Introducción a sus cuestiones fundamentales*, en: *Prudentia Iuris*, Nº 1, Buenos Aires, Ed. El Derecho, 1980, pp. 27/62.

propios de la prudencia; 5) especial estudio de la “deliberación” en materia jurídica; 6) precisión acerca del “silogismo” prudencial, el juicio y el imperativo; 7) estudio breve de las relaciones entre justicia y prudencia; 8) por último, enunciación de las conclusiones a que se ha arribado en el estudio.

2. El problema de lo “justo concreto”

2.1. Para quienes hemos adherido a la concepción “realista” del derecho (10), resulta de toda evidencia que “derecho”, en última instancia, no es sino un cierto obrar humano adecuado a los títulos de otro; “justo concreto —ha escrito Félix Lamas— será aquella conducta máximamente determinada que se ajusta a la pretensión legítima de otro” (11). Ello es así, toda vez que ese complejo de realidades que denominamos “jurídicas” (12): normas, sentencias, facultades, tecnicismos, etc., reciben su último sentido del obrar humano por el que se da “a cada uno lo suyo”. Lo que es más, todas ellas pueden ser consideradas como “instrumentales” respecto de la conducta jurídica, ya que su objeto inmediato radica en la ordenación o rectificación de esa forma de conducta social. Si tomamos como ejemplo a la ley, resulta a todas luces evidente que todo su sentido se agota en la dirección del obrar humano y que es ese mismo obrar el que, en sentido propio, puede denominarse “derecho” (13). Recurriendo a un argumento de tipo lingüístico, vemos que si lo contrario a “derecho” es lo “torcido” o el “entuerto” y ello consiste en una cierta conducta, resulta claro que “derecho” sólo podrá predicarse (por ser necesariamente los contrarios del mismo género) de una cierta conducta de sentido opuesto (14). En ese sentido, Santo Tomás escribe que “derecho (*ius*) o lo justo, es una cierta obra (*opus*) adecuada a otro” (15) y que “en nuestras

(10) Vid. nuestro libro *Sobre el realismo jurídico*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1978, *passim*.

(11) LAMAS, FÉLIX A., *Justo concreto y politicidad del derecho*, en: *Ethos*, Núms. 2/3, Buenos Aires, I. F. I. P., 1974/75, p. 212.

(12) Para la analogía del término “jurídico”, vid. SOAJE RAMOS, GUIDO, *El concepto de derecho-Examen de algunos términos pertinentes*, Cuadernos Didácticos del I. F. I. P., Buenos Aires, 1977, *passim*.

(13) Escribe a este respecto A. F. UTZ: “En sentido propio y estricto se designa siempre como *derecho* una situación concreta. Todo lo demás que de una manera u otra se denomina jurídico, recibe esta denominación únicamente en relación con la situación concreta. La ley es también algo jurídico, pero sólo porque ha de regular una situación concreta entre personas”; *Ética Social, II, Filosofía del Derecho*, Barcelona, Ed. Herder, 1965, p. 34. Pero no sólo desde un punto de partida tomista se concibe de ese modo al derecho; EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ ha escrito en ese mismo sentido: “el derecho no es una nomocracia impersonal, un orden abstracto, sino un orden *concreto* (...); el derecho como orden concreto, sólo puede existir cuando los destinatarios de su sistema normativo ajustan normalmente su conducta a las prescripciones en vigor”; *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1977, pp. 20/21.

(14) Cfr. SOAJE RAMOS, GUIDO, *Sobre derecho y derecho natural. Algunas observaciones epistemo-metodológicas*, en: *Ethos* N° 6/7, Buenos Aires, I. F. I. P., 1978/79, pp. 99/107 y SANCHEZ LIZQUIERDO, MIGUEL Y HERVADA, JAVIER, *Compendio de Derecho Natural*, I, Pamplona, EUNSA, 1980, p. 31.

(15) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae, II-II*, q. 57, a. 2; en adelante esta obra se citará S. T. y la nomenclatura habitual.

obras (*opere*) se llama justo lo que según alguna igualdad corresponde a otro (...). Tal es el derecho (*ius*)” (16). En otras palabras, la acepción propia y primera del término analógico “derecho”, resulta ser, en la formulación propuesta por Juan Alfredo Casaubón, “una acción, dación de cosa u omisión relativa a otro, por la que se da a éste o se respeta en él, lo suyo, con estricta necesidad de deber ser y según cierta igualdad” (17); es decir, conducta humana social cualificada por la justicia objetiva.

Pero si esto es así y en razón de ser la conducta humana necesariamente concreta, o lo que es lo mismo, máximamente determinada y singular (18), resultará evidente que el “derecho”, en el sentido aceptado de “conducta justa”, será una realidad concreta. “Lo concreto —escribe Philippe André-Vincent— es primordial en la vida y en la esencia misma del derecho. “La ley existe para su realización”, dice Ihering, y agrega: “La realización es la vida y la verdad del derecho”. El verdadero derecho —continúa André-Vincent— no es sino un “derecho concreto”, aquel que es elaborado por los actos individuales y especialmente aquel que definen con autoridad las decisiones judiciales” (19). Lo que significa, ni más ni menos, que no puede hablarse propiamente de derecho sino refiriéndose a conductas concretas, a actos determinados del hombre, a operaciones singulares; es a través de ellos que se “cumple” o se “incumple” el orden que caracteriza al derecho, orden que lo es de conductas, no de normas abstractas y generales; por esta razón, cuando se afirma que en un estado se realiza el derecho se hace referencia a que las conductas de sus habitantes son en su gran mayoría rectas, sin importar que su sistema legal sea lógico o técnicamente perfecto. De lo contrario, para superar el desorden, la anarquía o la injusticia, bastaría con copiar los textos legales de algunos de los estados en que el derecho es una vivencia cotidiana y a los que, por esto último, se tiene generalmente por justos.

2.2. Establecido ya el carácter concreto del derecho, debemos plantear ahora la cuestión del “paso” de la normatividad jurídica, necesariamente general y, en un cierto sentido, abstracta, a la singularidad irrepetible del obrar concreto. Porque es evidente que la conducta jurídica no puede extraer su normatividad de sí misma, en un total “situacionismo jurídico”, al estilo del sostenido en nuestro país por Carlos Cossio (20); en tal caso no puede hablarse propiamente de “norma”, ya que ésta constituye una regla, estándar o medida exterior al acto mismo, conforme a la cual puede calibrarse o medirse su justicia o injusticia. Que deba haber alguna norma de juridicidad es evidente, si se admite la existencia de la juridicidad en absoluto, ya que sería absurdo exigir el cumplimiento de una conducta jurídica si no hubiera modo

(16) S. T., II-II, q. 57, a. 1.

(17) CASAUBÓN, JUAN A., *El punto de partida de la Filosofía del Derecho*, en: Boletín de Ciencias Políticas y Sociales, Nº 24, Mendoza, U. N. C., 1979, p. 49 ss.

(18) Vid. JOLIVET, REGIS, *Diccionario de Filosofía*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1978, p. 43.

(19) ANDRÉ-VINCENT, PHILIPPE, *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*, Buenos Aires, Gherzi, 1978, p. 62.

(20) Vid. COSSIO, CARLOS, *Teoría egológica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, pp. 498 ss y *passim*.

de distinguirla de una conducta antijurídica. También es evidente que la norma, para ser tal, debe ser general y, en cierto modo, abstracta, toda vez que un principio de medición necesariamente habrá de ser uno para la multiplicidad de los casos concretos, variados y múltiples⁽²¹⁾; de lo contrario, cada situación singular tendría una norma también singular o, en otras palabras, cada uno de los sujetos de medición sería su propia medida, con lo que no habría ya medida de ninguna especie, pues faltaría un término de referencia común que permitiera establecer la relación de “medida” entre los susodichos sujetos.

Pero ya en el pensamiento griego, se planteó el inevitable problema de la “distancia” existente entre la generalidad (producto de una cierta abstracción) propia de la norma y la concreción de los actos regulados por ella. “Una ley —escribe Platón— no podrá nunca abarcar a un tiempo con exactitud lo ideal y más justo para todos y luego dictar la más útil de las normas; porque las semejanzas entre los hombres y los actos, y el hecho de que nada goza jamás por así decirlo, de fijeza entre las cosas humanas, no permiten que ningún arte, sea el que sea, imponga en cuestión alguna ningún principio absoluto valedero para todas las cosas y para todo tiempo”, preguntándose después: “¿a cuenta de qué es preciso dictar leyes, si la ley no es la norma más justa?”⁽²²⁾. Por su parte, Aristóteles, en el libro V de la *Ética Nicomaquea* precisaba que “toda ley es universal y hay cosas que no se pueden tratar rectamente de un modo universal. En aquellos casos, pues, en que es preciso hablar de un modo universal pero no es posible hacerlo rectamente, la ley toma en consideración lo más corriente, sin desconocer su yerro (...). Y no por eso es menos recta, porque el yerro no está en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de las cosas, puesto que tal es, desde luego, la índole de las cosas prácticas”⁽²³⁾. En otras palabras, ello significa que las normas jurídicas generales no pueden abarcar todas las notas de las situaciones particulares a las que se aplican, del modo como un concepto universal unívoco comprende todas las propiedades correspondientes a cada uno de los elementos que pertenecen a la extensión de ese concepto⁽²⁴⁾; respecto a este último caso, es evidente que en cada caballo están todas las notas que incluye el

(21) Vid. FACOTHEX, AGUSTÍN, *Ética*, México. Interamericana, 1973, p. 83 ss. Lo afirmado no significa que desconozcamos la existencia de normas particulares, causa ejemplar próxima de la rectitud del acto, sino que las consideramos derivadas, en cuanto a su verdad, de las normas generales, a las que se aplica el término “norma” con mayor propiedad. Vid. KALINOWSKI, GEORGES, *Note sur le rapport entre le Fait et le droit*, en: *Revista Internazionale de Filosofia del Diritto*, N° 46, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 411-422.

(22) PLATÓN, *El Político*, 294 b y d. En este pasaje el Filósofo se refiere, con el término “norma” a las reglas de conducta particulares, y con el término “ley” a las reglas de conducta generales. Como consecuencia de este planteo, PLATÓN concluyó sosteniendo la inutilidad y peligrosidad de las leyes, doctrina abandonada en el diálogo de madurez llamado precisamente *Las Leyes*, Vid. VILLEY, MICHEL, *La formation de la pensée juridique moderne*, París, Montchrestien, 1968, pp. 31/35.

(23) ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, V, 10, 1137 b; en adelante esta obra, se citará E.N. y la nomenclatura tradicional.

(24) Vid. BOZZI, RODOLFO, *La fondazione metafisica del diritto in Georges Kalinowski*, Napoli, Ed. Jovene Napoli, 1981, p. 19.

concepto de caballo y cada uno de ellos es esencialmente idéntico a los demás individuos de su misma especie.

Por el contrario, entre el concepto de contrato de compraventa tenido en cuenta por la ley y los contratos concretos, hay una distancia conceptual cuando menos notable, sin hacer mención a las enormes diferencias que existen, de hecho, entre un contrato de compraventa y otros del mismo tipo. Por ello, escribió Santo Tomás que, en el ámbito de las acciones humanas, “aunque se dé necesidad en los principios más generales, cuanto más descendemos a lo particular, tanto más defectos encontramos”, por lo que “la verdad o rectitud práctica no es la misma cosa en todos los hombres considerada en concreto, sino sólo en general” (25). Lo que significa, evidentemente, que los preceptos generales contenidos en la ley no establecen sino orientaciones globales, pautas genéricas, que es preciso completar con una determinación concreta, para que puedan servir de guías eficaces de la conducta humana en los cambiantes caminos de las circunstancias singulares. De este modo, queda precisado nuestro problema en los siguientes términos: “¿cómo extraer de una norma jurídica general, en cierta medida abstracta, un precepto concreto, que sea adecuado al caso singular y que determine correctamente lo que es «derecho»?” (26).

2.3. Las soluciones propuestas a esta aporía entre la generalidad y unidad de las normas generales y la concretidad y singularidad de las acciones humanas, han sido muy numerosas y de distinto signo. En general, los autores que mejor han estudiado el tema las clasifican en tres grupos principales: a) *soluciones racionalistas o deductivistas*, conforme a las cuales el “salto” de la generalidad de la norma a la singularidad del caso, se produciría a través del simple y puramente racional camino de un silogismo estricto, tal como éste es utilizado por las ciencias exactas, en especial la geometría (27); b) *soluciones voluntaristas*, ya se trate de un voluntarismo absoluto (28), o relativo, tal como es el caso del preconizado por Kelsen (29); c) *soluciones “realistas”*, entendido el término “realismo” en el sentido clásico de la palabra (30); para ellas, el “paso” de la norma general a lo justo concreto es el producto de un acto de la razón, pero de la razón en su uso práctico, lo que conlleva una serie de notas diferenciales de su uso teórico, en especial del que se realiza en el ámbito de las llamadas ciencias exactas (31).

(25) S. T., I-II, q. 94, a. 4.

(26) Vid. entre otros, MONTEJANO, BERNARDINO, *Filosofía de la función judicial*, en: AA.VV., *La Función Judicial*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1981, pp. 1/21; MARTÍNEZ DORRAL, JOSÉ MA., *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, EUNSA, 1963 ss.

(27) Uno de los últimos sostenedores a ultranza de esta postura fue SEBASTIÁN SOLER, en su libro *La interpretación de la ley*, Barcelona, Ariel, p. 42 ss.

(28) Para estas corrientes, vid. HECK, PHILIPP, *El problema de la creación del derecho*, Barcelona, Ariel, 1961, pp. 62 ss.

(29) Vid. KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1968, pp. 166/171.

(30) Tal como la utiliza, v.gr. ETIENNE GILSON, en *El realismo metódico*, Madrid, Ed. Rialp. *passim*.

(31) Para estas notas diferenciales vid. MASSINI, CARLOS IGNACIO, *El conocimiento práctico - Introducción a sus cuestiones fundamentales*, en: *Prudentia Iuris*, Nº 1, Buenos Aires, U.C.A., 1980, pp. 34/49.

La crítica a los dos primeros grupos de soluciones ya ha sido realizada con solvencia por varios autores y por nosotros mismos en un trabajo redactado hace varios años (32). Por ello, no vamos a reiterarlas aquí, pasando directamente al desarrollo de la tercera de las respuestas enumeradas, con especial referencia al papel que juega la prudencia en el proceso de concreción del derecho.

3. Determinación del concepto de Prudencia

3.1. Es tal la degradación sufrida en nuestros días por el término "prudencia" en el lenguaje vulgar, que algunos autores han propuesto su sustitución por algunos vocablos más respetados (33); en realidad, para el "hombre de la calle" prudente es "el que sabe cuidarse de no pasar por el apurado trance de tener que ser valiente (...) y prudencia es el recurso de los que quisieran llegar tarde siempre a los momentos de peligro" (34). En otras palabras, "prudente" no sería sino un sinónimo de temeroso, pacato o pusilánime, acepciones que hacen casi imposible se considere a la prudencia como una virtud; antes bien, parecería constituir un defecto moral, muy próximo a la cobardía o a la simple astucia. Lo que es más, esta concepción distorsionada de la prudencia no sólo ha tenido lugar en el ámbito del conocimiento vulgar, sino que algunos filósofos de nota han intentado exponerla con visos de verdad; así, O. F. Bulnow ha escrito que "es prudente, en general, quien al obrar piensa en las consecuencias posibles, quien previene las dificultades que puedan salirle más tarde al paso (...); el prudente sólo ve su propia ventaja, no se pone innecesariamente en peligro" (35); de ese modo, se circunscribe el concepto al de una simple habilidad técnica para conducirse en la vida, lindante con los de astucia y cobardía.

3.2. Muy distinto era el concepto de prudencia en el pensamiento griego; pareciera ser que el primero de los pensadores helenos que desarrolló el tema de la prudencia o *phronesis*, en el siglo V a C., fue Demócrito, reconociéndole una triple función: deliberar bien, hablar bien, y obrar como es debido (36). De acuerdo esta vez con Demócrito, para quien la *phronesis* era un conocer de tipo práctico, para Sócrates "es la prudencia, la inteligencia del bien y el dominio de la inteligencia sobre el alma, ya que virtud y conocimiento se identifican en la ética intelectualista de Sócrates" (37). Podemos decir que, para él, *phronesis* no es sino la ciencia (*episteme*) de lo que es bueno o malo

(32) *Reflexiones acerca de la estructura del razonamiento judicial*, en: Boletín de Ciencias Políticas y Sociales, Mendoza, U. N. C., 1978.

(33) Vid. GAUTHIER, RENÉ y JOLIF, JEAN, *L'Ethique à Nicomaque-Commentaire*, t. II, Louvain-Paris, Nawelaerts, 1970, p. 463 y ss.

(34) PIEPER, JOSEF, *Prudencia y templanza*, Madrid, Ed. Rialp, 1969, p. 42.

(35) BOLNOW, O. F., *Esencia y cambios de las virtudes*, Madrid, Rev. de Occidente, 1960, pp. 163/164.

(36) Vid. GAUTHIER y JALIF, *op. cit.* pp. 464/465.

(37) D'ORS, ALVARO, *De la prudencia*, en: Nuevos papeles del oficio universitario, Madrid, Ed. Rialp, 1980, p. 470.

para el hombre, ciencia que es también virtud, ya que es necesario saber qué es el bien para ponerlo en obra. Platón, a pesar de la discordancia entre sus textos y de las disputas de sus comentaristas sobre el tema (33), también conoció la noción de *phronesis* como sabiduría práctica, ordenada a la dirección de la vida moral y política; así, en *La República*, afirma que prudencia es aquella cualidad por la que se acierta en las determinaciones que se toman en la ciudad (39) y en la *Carta VI* distingue entre la sabiduría que es conocimiento de las ideas y la que es conocimiento práctico, puramente humano e impuesto por las necesidades de la vida (40).

3.3. Llegados a Aristóteles, encontramos el tema de la prudencia precisado y desarrollado de modo tal que, aún hoy, la referencia al filósofo del Liceo se hace obligada cada vez que es preciso referirse a ese tópico. Es él quien establece definitivamente a esa virtud como propia del intelecto práctico-moral, determinando su objeto y sus caracteres propios. Aristóteles comienza por incluir a la prudencia en el género próximo de las virtudes intelectuales, estableciendo luego su diferencia específica en razón de su objeto propio, cual es la praxis, el obrar ético del hombre, lo que supone una compenetración, en la prudencia, entre la parte intelectual y la parte afectiva; “el objeto de la acción —escribe Gauthier— es, a la vez e indisolublemente, objeto de conocimiento y objeto de deseo: para obrar, nos es necesario a la vez y al mismo tiempo, conocerlo con verdad y desearlo con rectitud” (41). Pero antes de seguir adelante, debemos precisar mejor la definición de la prudencia dada por el filósofo de Estagira.

En varios lugares Aristóteles ha expuesto su concepto de prudencia; donde éste aparece más correctamente precisado es en un pasaje de la *Retórica*: “prudencia —escribe allí— es la virtud de la inteligencia mediante la cual se puede resolver acerca de los bienes y males que (se ha dicho) encaminan hacia la felicidad” (42). La fórmula de la *Ética Nicomaquea* es similar, aunque no tan precisa: “una disposición verdadera y práctica respecto de lo que es bueno y malo para el hombre” (43). El análisis de estas definiciones descubre que el género próximo en el que se inserta la prudencia es el de las virtudes intelectuales: “virtud de la inteligencia”, dice Aristóteles en la *Retórica*; “disposición verdadera y práctica”, escribe en la *Ética Nicomaquea*, con una fórmula de contenido similar. Será entonces una potenciación habitual de la inteligencia, tal como lo son las restantes virtudes intelectuales (44), pero se diferenciará entre ellas por su objeto, que juega en la definición el papel de diferencia específica: el conocimiento de lo que es bueno moralmente para

(38) FERNÁNDEZ GALIANO, MANUEL y PABON, JOSÉ MANUEL, *Notas a la República de Platón*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, t. II, Madrid, 1969, p. 76 y ss.

(39) PLATÓN, *La República*, IV, 428 b.

(40) PLATÓN, *Cartas*, VI, 322 d.

(41) GAUTHIER, RENÉ, *La morale d'Aristote*, París, P. U. F., 1973, pp. 89/92.

(42) ARISTÓTELES, *Retórica*, I, 9, 1366 b, pp. 21/23.

(43) ARISTÓTELES, *E. N.* 1140, b 4.

(44) Vid KALINOWSKI, GEORGES, *La Théorie Aristotelicienne des habitus intellectuels*, en: *Revue des Sciences Philosophiques*, t. XLIII, N° 2, 1959, pp. 248/260.

el hombre y debe por lo tanto ser buscado y de lo que es malo, también moralmente, para él y debe por ello evitarse.

Por todo lo dicho, puede afirmarse que la prudencia es, en el pensamiento aristotélico, una virtud intelectual, concretamente del intelecto práctico, que tiene por objeto establecer y prescribir lo que es recto en el obrar propiamente humano (45).

3.4. En el punto precedente dijimos que el objeto de la prudencia era “establecer” y “prescribir” lo debido en la conducta humana, por lo que el tema de su objeto debe ser considerado sobre dos planos distintos: el de la especificación del obrar humano debido o de la causalidad formal y el de la realización efectiva de ese obrar, que se inscribe en el orden de la causalidad eficiente. “En el plano de la especificación —escribe Gauthier—, la prudencia es conocimiento y constituye, por sus juicios, los valores objetivos (...). En el plano de la eficacia, la prudencia es mandato y produce, a través de sus imperativos, actos que comprometen a todo el sujeto” (46).

3.5. En primer lugar, examinemos la función de la prudencia en el obrar en cuanto se inscribe en el orden de la formalidad, es decir, de la determinación de la conducta humana concreta. No se trata en este caso, evidentemente, de un principio determinativo intrínseco, que se encuentre en la conducta misma, sino de un principio de especificación que se encuentra *fuera* de ella, en la inteligencia, por lo que Santiago Ramírez afirma —citando a los Salmanticenses— que “el juicio (de la prudencia) dirige a la voluntad en el género de la causa formal extrínseca para que elija así determinadamente” (47); en otras palabras, el juicio que es el resultado de la virtud intelectual de la prudencia juega en la conducta como un modelo o paradigma, como un marco ejemplar, conforme al cual debe estructurarse el acto humano libre para alcanzar la rectitud que le es debida. Pero aún dentro del ámbito de la causa ejemplar (48) de la conducta, debe efectuarse una distinción imprescindible: a) en primer lugar, debemos considerar una causa formal extrínseca *remota* de esa conducta, que está constituida por las normas generales, por las leyes, que establecen, en general, los tipos de conducta debida para una clase de situaciones determinadas en forma más o menos abstracta; b) en segundo lugar, aparece una causa formal extrínseca *próxima*, constituida por una norma singular referida a una conducta concreta y que determina desde fuera el modo de ser del obrar humano, en su máxima proximidad y concreción (49).

(45) SANTIAGO RAMÍREZ dice que es “un hábito operativo de la razón práctica, inmediatamente ordenado a regular y dirigir todas las acciones humanas a su verdadero fin”; *Introducción al Tratado de la Prudencia*, en: *Summa Theologiae*, de Santo Tomás de Aquino, Ed. B. A. C., Madrid, 1956, p. 13.

(46) GAUTHIER, RENÉ, *op cit.*, p. 92.

(47) RAMÍREZ, SANTIAGO, *La Prudencia*, Madrid, Palabra, 1978, p. 197.

(48) El de la causa ejemplar es un tema no siempre bien desarrollado en el pensamiento realista; vid. HUGON, EDUARDO, *Metaphysica*, Parisiis, Lethielleux, 1936, pp. 642/648; SANTO TOMÁS define a la causa ejemplar en *De Veritate*, q. 3, a. 1.

(49) Respecto a la ley como causa ejemplar, vid. LACHANCE, LOUIS, *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás de Aquino*, Buenos Aires, S. F., 1953, p. 147 ss.

La prudencia se refiere a ambas formas de ejemplaridad o normatividad, razón por la que es preciso distinguir varios modos de prudencia, a los que haremos referencia más adelante ⁽⁵⁰⁾; pero lo que interesa destacar aquí, es que ella debe jugar a modo de paradigma siempre que sea preciso realizar un proceso de concreción o determinación en el orden práctico, ya se trate de la delimitación más o menos genérica de lo que es justo para toda una comunidad, por conclusión o determinación del orden natural ⁽⁵¹⁾, o de lo que es justo para una persona individual en una situación singular y máximamente concreta. En cualquier caso, de lo que se trata es de precisar aquello que es debido, en una circunstancia más o menos singularizada, para el logro del bien del hombre; por ello escribe Santo Tomás que “el determinar cómo y por qué vías debe alcanzar (el hombre) en sus actos un medio racional (que es el objeto de la virtud), corresponde a la prudencia” ⁽⁵²⁾. De más está decir que el proceso de determinación o concreción de las exigencias del bien humano, supone la existencia de principios que establecen, con máxima generalidad, las coordenadas primeras del obrar ético. “Así como en la razón especulativa —escribe Tomás de Aquino— hay cosas conocidas naturalmente, de las que se ocupa la inteligencia de los primeros principios (...), así en la razón práctica preexisten ciertos principios naturalmente conocidos, que son los fines de las virtudes morales, ya que, como hemos dicho, el fin en el orden de la acción es como el principio en el del conocimiento, y a su vez, hay conclusiones, que son los medios, a los cuales llegamos por los mismos fines. De estos (medios) se ocupa la prudencia, que aplica los principios universales a las conclusiones particulares del orden de la acción” ⁽⁵³⁾. Estos principios son conocidos con la ayuda de la *sindéresis* ⁽⁵⁴⁾, aptitud o hábito innato de las normas morales primeras, y son estudiados por la Filosofía Moral o por la Filosofía Jurídica, en este último caso, cuando se refieren al orden del derecho. Estos principios se conocen por evidencia analítica ⁽⁵⁵⁾ y se expresan a través de juicios normativos primeros, pues, en el orden práctico, los principios del orden se expresan a través de normas ⁽⁵⁶⁾. Estas normas, universales en la medida en que expresan principios primeros, como el que debe respetarse la vida ajena, o simplemente generales cuando expresan principios derivados, como el que no debe hacerse un uso abusivo de las armas, determinan

(50) Vid. *supra* 4.1.

(51) S. T., I-II, q. 95, a. 2.

(52) S. T., I-II, q. 47, a. 7.

(53) S. T., II-II, q. 47, a. 6.

(54) Sobre el concepto y función de la *Sindéresis*, vid. S. T., I, 9-79, a. 12; SOAJE RAMOS, GUIDO, *La Sindéresis como hábito en la escolástica*, en *Sapientia*, N° 63, La Plata, U. C. A., 1964, pp. 37/43 y BOURKE, VERNON, *El principio de la Sindéresis; Fuentes y función en la Ética de Tomás de Aquino*, en *Sapientia*, N° 137-138, Buenos Aires, U. C. A., 1980, pp. 615/626.

(55) Vid. KALINOWSKI, GEORGE, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho* Buenos Aires, EUDEBA, 1979, pp. 149 ss.

(56) Dice a este respecto CARLOS A. SACHERI: “las proposiciones absolutamente primeras en las que se manifiestan, en una conexión necesaria, los bienes humanos, y en el predicado más común del obrar, del *faciendum* no son principios de conocimiento, sino reglas de acción”; *Interacción de la inteligencia y de la voluntad en el orden prudencial*, en *Philosophica*, N° 1, Valparaíso, Ed. Universitarias, 1978, p. 131.

la conducta humana a través de la prudencia; es por su intermedio que el influjo de la causalidad formal extrínseca se ejerce sobre un obrar singular concreto; de donde se sigue que la mediación de la prudencia es absolutamente necesaria para la actuación de la normatividad en el orden de la praxis. “La luz de la ley pasa al acto —escribe Luis Lachance— por intermedio de la prudencia política e individual. Estas virtudes dirigen la vida apoyándose en los principios de la ley y la sellan con su efigie. La ley es, pues, la causa ejemplar del derecho y, por medio del ministerio de la prudencia, ella comunica su forma al obrar exterior. Esto es lo que nos autoriza a decir que ella es la causa del derecho en el orden formal” (57). Es así como, de la conjunción armónica entre ley y prudencia, surge la rectificación de la conducta humana social en que el derecho, en última instancia, consiste.

3.6. Pero la función propia de la prudencia no se agota allí; además de la determinación de lo que es debido en una circunstancia dada, es su tarea mover al hombre a realizarlo, mandar a las potencias activas que lo pongan en la existencia (58). Desde Aristóteles se reconoció al mandato o imperio el carácter de elemento integrante de la prudencia, llegando Santo Tomás a considerarlo como el principal de sus actos propios: “el imperio —escribe— consiste en aplicar a la operación esos consejos y juicios. Y como este acto se acerca más al fin de la razón práctica, de ahí que sea su acto principal y, por lo tanto, también de la prudencia” (59). Esto significa que el entendimiento, donde reside la prudencia, no se detiene en la sola especificación de lo debido, sino que, con el concurso de la voluntad, produce el acto ordenado a consumar, en la realidad, aquella conducta que ha considerado recta; por ello, afirma Sacheri que el juicio de la prudencia es un “juicio afectivo” (60), transido del querer y ordenado a que el sujeto ponga en obra la conducta concreta conocida como buena. Es evidente que este mandato resulta imprescindible, pues de lo contrario se reduciría la prudencia a una pura consideración al modo especulativo y sin ninguna virtualidad práctica. Pero si ello fuera así, mal podría atribuírsele la condición de virtud moral.

Lo antedicho significa —expresado con mayor precisión— que es necesario ver en la prudencia no sólo una función de causalidad formal extrínseca respecto del comportamiento, sino también una moción del orden de la causalidad eficiente. En esta instancia se introduce en el orden prudencial la acción de la voluntad, aquella de las potencias del alma que tiene por cometido propio mover al hombre a la realización de lo que la razón le presenta como bueno. “Hay dos maneras de causar el movimiento —escribe Tomás de Aquino—. Una a modo de fin, y así decimos que el fin mueve al agente. De este modo el entendimiento mueve a la voluntad, pues el bien conocido es su objeto y la mueve a manera de fin. La segunda, a modo de causa efi-

(57) LACHANCE, LUIS, *El concepto de Derecho según Aristóteles y Santo Tomás de Aquino*, *op. cit.*, p. 176.

(58) *E. N.*, VI, 10, 1143 a. 8; en rigor, parece ser que es sólo en esta oportunidad que Aristóteles enumera al mandato entre los actos de la prudencia.

(59) *S. T.*, II-II, q. 47, a. 8.

(60) SACHERI, CARLOS, *op. cit.*, p. 143.

ciente; según mueve lo que altera a lo que es alterado y lo que impulsa a lo que es impelido. De esta manera mueve la voluntad al entendimiento y a todas las potencias del alma (...) a la ejecución de sus respectivos actos” (61). Esta intromisión necesaria del querer en el ámbito de la prudencia, hace que la determinación de la conducta humana por parte de esta virtud no sea sólo racional, sino también volitiva. Por ello es necesario, para que la acción sea prudente, que la voluntad que se inviscera en el conocimiento de lo debido en cada caso concreto, se encuentre previamente rectificadas u ordenadas, tarea que corre por cuenta de las virtudes morales (62). De este modo, un vicioso, un degradado, no puede lograr la dirección prudente de su conducta, pues la voluntad se negará a colaborar con la razón en la tarea de impulsar la realización de lo que es debido. Esto, en el ámbito del derecho, significa, ni más ni menos, que no podrá ser auténticamente prudente quien no sea justo; que difícilmente podemos esperar una sentencia, un dictamen o una ley prudente de un juez, abogado o legislador que no sean personalmente justos (63).

3.7. Y es por ello que, además de virtud intelectual, la prudencia reviste el carácter de virtud moral; Santiago Ramírez lo explica así: “la prudencia, a pesar de ser una virtud intelectual, tiene como objeto y materia propia lo agible humano, que lo es también de las virtudes puramente morales, entre las cuales se cataloga igualmente”, y a que ella “es una virtud en sentido estricto y perfecto porque a la vez que da la facilidad de bien obrar da también el buen uso de ella, haciendo del que la posee un hombre virtuoso”; y concluye precisando que “en realidad, es más intelectual que moral porque es formalmente intelectual y sólo materialmente moral, en cuanto que aplica los principios de la razón práctica a la materia moral” (64). Por esta razón la prudencia aparece enumerada en una doble serie de virtudes: entre las virtudes intelectuales, junto a la sabiduría, la inteligencia, el arte y la ciencia (65); y también entre las virtudes morales, precediendo a la justicia, la fortaleza y la templanza (66). Pero es preciso destacar que aún contándose entre estas últimas, la prudencia cumple también aquí una función cognoscitiva o intelectual, determinando el “medio” o la “medida” propia de las virtudes éticas, en especial de la justicia (67). Es por ello la única entre este tipo de virtudes que radica en la inteligencia y, precisamente, por su carácter intelectual, la que posibilita a las restantes la realización del bien, al facultar a la razón para el conocimiento de qué cosa es el bien en cada circunstancia

(61) S. T., I, q. 82, a. 4; CARLOS A. SACHERI sostiene que la función de la voluntad en el orden prudencial es del orden de la causalidad formal; *op. cit.*, p. 135; no nos convencen los argumentos de SACHERI.

(62) Cfr. RAMÍREZ, SANTIAGO, *op. cit.*, pp. 154/198.

(63) Al contrario de lo que sucede con los actos de las demás virtudes, los de la justicia pueden ser realizados ocasionalmente sin virtud subjetiva; este punto lo desarrollaremos más adelante, al referirnos a las relaciones entre justicia y prudencia; cfr. S. T., II-II, q. 58, a.; Vid. GRANERIS, GIUSEPPE, *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1973, pp. 19/26.

(64) RAMÍREZ, SANTIAGO, *op. cit.* pp. 55/67.

(65) Vid. ARISTÓTELES, *E. N.*, VI, 1, 1139 a. y ss.

(66) Vid. Platón, *República*, IV, G, 427 c.

(67) Vid. Aristóteles, *E. N.*, V, 13, *passim*.

y cuál es el mal que debe ser evitado. Todo ello en virtud de que el bien no es sino una realidad, un ente, una realidad perfecta y perfectiva de otra ⁽⁶⁸⁾ y la facultad ordenada primordialmente al conocimiento de la realidad es la inteligencia. Por ello, la prudencia es la “primera” de las virtudes morales, pues “el bien presupone la verdad y la verdad el ente. ¿Qué significa, pues, la supremacía de la prudencia? Quiere decir solamente que la realización del bien exige un conocimiento de la verdad. Lo primero que se exige de quien obra es que conozca, dice Santo Tomás. Quien ignora cómo son y están verdaderamente las cosas no puede obrar bien, pues el bien es lo que está conforme con la realidad” ⁽⁶⁹⁾. Se trata de la realidad de las cosas humanas, de aquello que es debido, prohibido o permitido en unas circunstancias dadas, de la “medida”, de lo que debe hacerse aquí y ahora para la perfección total del hombre; el establecer esta medida es la tarea propia de la prudencia, sin la cual el justo no podrá saber qué cosa es justa o el valeroso en qué consiste el valor en una situación determinada.

3.8. Resumiendo lo expuesto hasta ahora acerca del concepto de la prudencia, podemos decir que, dentro de los caminos del realismo de raíz aristotélica, la inteligencia, en su función de conocimiento y dirección del obrar humano, requiere de una especial potenciación, de una perfección habitual que la haga apta para determinar e impulsar a la conducta del hombre hacia su bien integral. “La prudencia, pues —escribe el Estagirita— será un estado del alma o un hábito de elegir y obrar lo que está en nuestra mano hacer o no; y ello de manera que contribuya a nuestro bien” ⁽⁷⁰⁾. Esta potenciación de la inteligencia —virtud intelectual— en su aplicación al campo de la praxis —política, moral personal, derecho— la habilita para actuar eficazmente, ya sea a modo de causa ejemplar —norma o regla del obrar—, ya sea como causa motora o impulsora de ese obrar humano. De este modo se hace posible concretar en la acción los principios primeros o segundos del orden práctico, aplicándolos a las circunstancias particulares en que ha de cumplirse la conducta. Y como se trata de una materia referida intrínsecamente al bien del hombre, el prudente no sólo hace bien la obra, sino que “se” hace bien a sí mismo, se perfecciona en su dimensión más específica, por lo que la prudencia se inscribe —además— en el cuadro de las virtudes morales.

4. La prudencia en el campo jurídico

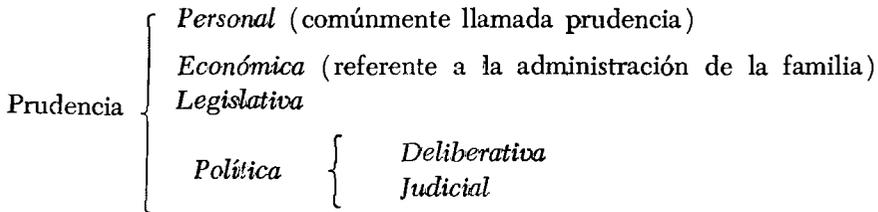
4.1. En el capítulo 8º del Libro VI de la *Ética Nicomaquea*, Aristóteles efectúa una clasificación que permite ubicar adecuadamente en el ámbito de

⁽⁶⁸⁾ Sobre el concepto del bien, vid. CARDONA, CARLOS, *Metafísica del bien común*, Madrid, Ed. Rialp, 1966, pp. 13/27; LECLERC, JACQUES, *La Philosophie Morale de Saint Thomas devant la pensée contemporaine*, Louvain-Paris P.U.L.-Vrin, 1955, pp. 57/107 y FINANCE, JOSEPH DE, *Conocimiento del Ser*, Madrid, Ed. Gredos, 1971, pp. 156/191.

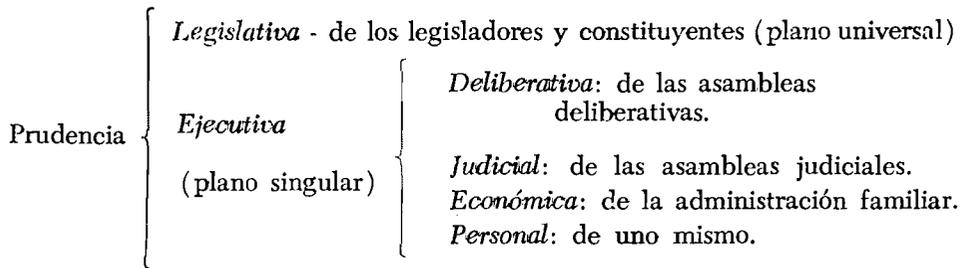
⁽⁶⁹⁾ PIEPER JOSEF, *op. cit.*, pp. 14/15.

⁽⁷⁰⁾ Aristóteles, *Magna Ethica*, c. XXXIV; sobre la autenticidad de esta obra Vid. GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO, *La doctrina aristotélica de la justicia*, México, UNAM, 1973, pp. 16/19 y GÓMEZ ROBLEDO, ANTONIO, *Introducción a la Ética Nicomaquea*, México, Ed. Porrúa, 1967, p. XXI, quien sostiene la tesis contraria.

la prudencia a aquella de sus partes que se refiere específicamente al derecho. El filósofo escribe allí que “prudencia parece referirse sobre todo a uno mismo y al individuo y ésta es la forma que lleva el nombre común, prudencia; las demás se llaman economía, legislación o política, ya deliberativa, ya judicial” (71). Podría esquematizarse esta sistematización aristotélica de las partes de la prudencia en el siguiente cuadro:



Por su parte, los comentadores de Aristóteles, Gauthier y Jolif, proponen el siguiente esquema, referido al párrafo que acabamos de citar:

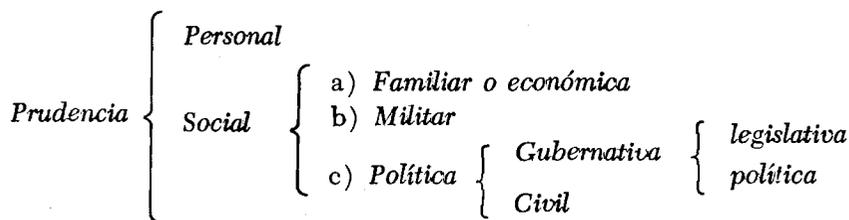


Para estos autores, la división de la prudencia efectuada por Aristóteles en la *Ética Nicomaquea*, corresponde exactamente a la estructura de las instituciones sociales y políticas atenienses de su época y fue elaborada sobre ese modelo (72). Por su parte, Santo Tomás, quien en sus comentarios a la *Ética Nicomaquea* había repetido la citada clasificación aristotélica, en la *Suma Teológica* propone otra, de las que llama “partes subjetivas” de la prudencia, con leves diferencias respecto de aquella y que puede considerarse la definitiva en su pensamiento; es posible esquematizarla así, haciendo constar que en ella no se consigna expresamente la que el Estagirita llamaba “prudencia judicial” (73):

(71) E. N., VI, 8, 1141 b.

(72) GAUTHIER y JOLIF, *op. cit.* p. 500.

(73) S. T., II-II, q.48, a; q. 47, a. 12.



4.2. Si quisiéramos situar en los esquemas precedentes a la prudencia en cuanto referida al conocimiento del derecho, sería preciso, ante todo, hacerlo en el plano de la prudencia política, ya que el derecho se caracteriza por su radical politicidad (74); pero es necesario advertir que no todo lo que se ordena al bien común de la *polis* puede calificarse como derecho; en efecto, existe toda una gama de acciones que realizan los gobernantes y que resultan convenientes o útiles para el bien común, sin que por ello pueda calificárselas como jurídicas. En rigor, puede llamarse jurídicas sólo a aquellas conductas estrictamente debidas para el logro del fin de la comunidad política. En otras palabras, esto significa que si bien es cierto lo afirmado por Aristóteles en el sentido de que lo justo —en su concepción, el derecho— sólo puede darse en la *polis* (75), es preciso especificar dentro de lo político a lo jurídico en su acepción más estricta. Ello será posible si consideramos que jurídico “sólo es aquello sin lo cual la existencia de la sociedad no puede concebirse” (76), en otras palabras, aquel obrar humano éticamente necesario para el logro y mantenimiento del bien común. Todo lo demás que se ordena al bien común sin que exista necesidad estricta —necesidad deóntica o moral, se entiende— de su cumplimiento, no será objeto de la justicia, es decir, derecho, sino de las llamadas partes potenciales de esa virtud, tales como la amistad, la concordia y la beneficencia, conforme a las que se hace un bien a otro o a la sociedad en su conjunto sin que exista una obligación determinada e inexcusable de realizarlo (77).

Establecido lo anterior, queda en claro que la prudencia jurídica pertenece a la prudencia política y que, dentro de ésta, abarcará a la que Aristóteles llama prudencia judicial; pero no pueden caber dudas de que también comprenderá a gran parte de la prudencia legislativa, cada vez que el acto de legislar recaiga sobre materias dotadas de juridicidad intrínseca. En síntesis,

(74) Sobre esta doctrina, vid. SOAJE RAMOS, GUIDO, *Sobre la politicidad del derecho*, en: Boletín de Estudios Políticos, Nº 9, Mendoza, U. N. C., 1967 y OLCIATI, FRANCISCO, *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, EUNSA, 1977, *passim*.

(75) E. N., V, 11, 1138 b; 6, 1134 a y b.

(76) CASARES, TOMÁS D., *La justicia y el derecho*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1979, p. 109.

(77) S. T., II-II, q. 80 y ss.

la prudencia judicial entrará toda ella en el ámbito de la prudencia jurídica, como así también la que se refiere a la legislación en materia de derecho.

Lo expuesto anteriormente no se contradice con la clasificación de Santo Tomás, ya que si bien en esta última no se consigna expresamente a la “prudencia judicial”, es evidente que él no puede haberla desconocido, considerándola incluida, sin duda, en aquella parte de la prudencia política “que conserva el nombre común de política y versa sobre los singulares” (78). Además, el Santo se refiere expresamente a la prudencia del juez cuando se trata del “juicio”, acto propio del juez y del que afirma ser propio de dos virtudes: de la justicia y de la prudencia; especialmente de esta última, en cuanto el juicio debe ser “pronunciado según la recta razón de la prudencia” (79).

4.3. En el campo del derecho, definido anteriormente como “acción, dación u omisión debida a otro en justicia”, la función propia de la prudencia es delimitar el contenido concreto de ese débito, establecer en qué consiste estrictamente la dación o acción que se debe por una razón de justicia. Esta precisión racional o determinación conceptual del derecho en concreto, puede ser obra de varios sujetos: en primer lugar, del legislador, sea éste unipersonal o colegiado, a quien compete establecer, en general y para la gran mayoría de los casos posibles, el tipo de conducta que debe ponerse en obra para el logro del bien común; en segundo lugar, compete a los propios sujetos jurídicos, quienes a partir de los preceptos generales de la ley, deben determinarse a sí mismos cuál es el obrar debido en justicia en una circunstancia particular; en tercer lugar, corresponde a los asesores jurídicos, del estado o de los particulares, es decir, a los abogados, aconsejar a los sujetos jurídicos acerca de aquello en que consiste su derecho —en el sentido de facultad— o su obligación; por último y de modo más decisivo, corresponde al juez establecer, con autoridad y en forma definitiva, qué es derecho en una situación controvertida. La importancia que tiene por sobre las demás modalidades de la prudencia jurídica aquella que es propia del juez, tiene su fundamento en que su determinación de lo justo es con carácter definitivo y —cuando se trata de las últimas instancias— inapelable. El magistrado judicial establece, frente a un caso concreto en que se controvierte cuál habría debido ser o deberá ser la conducta jurídica, la medida exacta de su contenido; pero esta determinación por él establecida no está ya sujeta a revisión o interpretación sino que, para ese caso, su dictamen prudencial es el que configurará lo justo concreto que habrá de ponerse en la existencia. “La realidad jurídica, que es esencialmente judicial —escribe Alvaro D’Ors—, aunque no se limite estrictamente a las intervenciones judiciales, las tiene siempre como último término de referencia. Todo cuanto constituye realidad jurídica va orientado al juez, pues es jurídico precisamente porque puede dar lugar, eventualmente, a una declaración judicial” (80). Por ello, si bien es cierto que no puede reducirse la prudencia jurí-

(78) S. T., II-II, q. 47, a. 12, s.c.

(79) S. T., II-II, q. 60, a. 2.

(80) D’ORS, ALVARO, *Una introducción al estudio del derecho*, Madrid, Ed. Rialp, 1963, pp. 18/19.

dica a la que se refiere a la aplicación judicial de las normas de derecho y que existe una prudencia legislativa en materia jurídica y una prudencia de los particulares, v.gr. respecto al modo de cumplimiento de un contrato, resulta evidente que en su modo judicial es donde se pueden apreciar más claramente las notas y particularidades de la prudencia jurídica. La prudencia judicial es, entonces, la prudencia jurídica por excelencia y, por esa razón, en lo sucesivo haremos referencia principalmente a ella, debiendo aplicarse extensivamente todo cuanto a su respecto digamos a las demás modalidades de conocimiento del derecho en concreto.

5. *Los actos propios de la prudencia jurídica*

5.1. Como todo conocimiento humano, el propio de la prudencia no se obtiene en un solo acto, a través de una visión directa y sin necesidad de un proceso cognoscitivo; por el contrario para obtenerlo se requiere un cierto discurso, un camino intelectual conformado por varios pasos a través de los que se va arribando paulatinamente a la verdad de las cosas prácticas. No de otro modo ocurren las cosas en el conocimiento intelectual teórico: ya sea éste obtenido por inducción, por deducción, por síntesis o por análisis, la inteligencia se encuentra necesitada de cumplir con un proceso que la va acercando paulatinamente a la aprehensión intencional de la realidad⁽⁸¹⁾. En el caso del conocimiento práctico-prudencial, este proceso consta fundamentalmente de tres etapas: la deliberación, el juicio y el mandato. La enumeración la realiza Santo Tomás con una precisión envidiable: “En ella —escribe refiriéndose a la prudencia— debemos ver tres actos: en primer lugar, el consejo, al que pertenece la invención, puesto que, como dijimos, aconsejar es indagar; el segundo es juzgar de los medios hallados; (...) pero la razón práctica, ordenadora de la acción, procede ulteriormente con el tercer acto, que es el imperio, consistente en aplicar a la operación esos consejos y juicios”⁽⁸²⁾. Estos tres actos o “momentos” de la prudencia resultan todos ellos indispensables para su perfección, ya que, de faltar sólo uno, su dinámica resultaría incomprensible; lo que es más; no podría darse un acto prudente si en el proceso intelectual que es su causa no se han registrado adecuadamente estas tres instancias. Santo Tomás ha estudiado detenidamente cuáles son los vicios del razonamiento práctico que se derivan de la ausencia de cada uno de los “momentos”: la “precipitación” es el resultado de la falta de deliberación; la “inconsideración” acontece cuando el juicio está ausente o es defectuoso y la “inconstancia” se produce al fallar el mandato en que culmina el razonamiento prudencial⁽⁸³⁾. Esto significa que la ausencia o defecto en cualquiera de los tres actos, convierte a un conocimiento prudente en uno intrínsecamente vicioso y, por lo tanto, radicalmente erróneo.

(81) Sobre este punto vid. entre muchos otros, FABRO, CORNELIO, *Percepción y pensamiento*, Pamplona, EUNSA, 1978, *passim*.

(82) S. T., II-II, q. 47, a. 8.

(83) S. T., II-II, q. 53, a. 3, a. 4, a. 5.

5.2. Pero no se trata sólo de que sean necesarios los tres actos, considerados en sí mismos, para la perfección de la prudencia, sino que, además, existe entre ellos una íntima trabazón, una ordenación del uno hacia el otro, una vinculación lógica y psicológica que los encadena en una sucesión ineludible para que la prudencia gobierne las acciones. En razón de su naturaleza propia, estos "momentos", pueden ser divididos en dos grupos: el de los actos propios del conocimiento —deliberación y juicio— que forman la llamada dimensión cognoscitiva de la prudencia y el acto típicamente preceptivo que configura la dimensión imperativa de esa virtud ⁽⁸⁴⁾. Dentro de la dimensión cognoscitiva, es preciso haber deliberado previamente para juzgar acerca del medio más conveniente para un fin práctico; y, en la dimensión imperativa, el precepto no puede tener existencia sino sobre la base de un juicio práctico anterior. Además, existe entre las tres dimensiones una jerarquía que se deriva del carácter eminentemente práctico del conocer prudencial; "de los tres actos mencionados —escribe Leopoldo Eulogio Palacios—, el principal de la razón práctica y de la prudencia que reside en ella, es el imperio. Este es el acto más cercano a la finalidad de la razón práctica, finalidad que no es la contemplación sino la acción" ⁽⁸⁵⁾.

5.3. En el campo de lo jurídico esto significa, ni más ni menos, que todo razonamiento que jueces, abogados o sujetos jurídicos llevan a cabo con el fin de lograr una determinación concreta de lo que es derecho, alcanza su culminación en el imperativo que mueve espiritualmente, al propio sujeto o a los demás, a dar a cada uno su derecho. Sin esa moción del imperativo que inclina a la voluntad al cumplimiento de la conducta justa, el razonamiento prudencial quedaría incompleto, resultaría ineficaz a los efectos de determinar positivamente el obrar humano concreto en materia jurídica. Es este imperativo el que se expresa en la parte resolutive de las sentencias judiciales, cuando el juez manda al sujeto condenado devolver el depósito, pagar el dinero que debe o abstenerse de cruzar por el fundo de su vecino.

Al estudio del modo como juegan estos tres actos de la prudencia en el ámbito de lo jurídico, se referirá la segunda parte de este estudio, donde se desarrollará especialmente lo que se refiere a la deliberación en materia de de justicia, ya que consideramos que el modo de razonamiento jurídico y, en especial, judicial, puede ser denominado, precisamente "deliberativo".

CARLOS IGNACIO MASSINI

(Continuará)

*Universidad Nacional de Cuyo
Universidad de Mendoza*

⁽⁸⁴⁾ Vid. PALACIOS, LEOPOLDO EULOGIO, *La Prudencia política*, Madrid, I. E. P., 1945, p. 123.

⁽⁸⁵⁾ PALACIOS, LEOPOLDO EULOGIO, *op. cit.*, p. 124.

EL DERECHO A LA VIDA Y SUS IMPLICANCIAS
RESPECTO DE LA PENA DE MUERTE Y
EL ABORTO A LA LUZ DEL DERECHO NATURAL

El derecho a la vida es un derecho natural primario. En consecuencia, es anterior a toda organización social - jurídico - política. El Estado, la autoridad social o el legislador humano reconocen y protegen este derecho, pero no son ellos quienes lo otorgan.

El Código Penal castiga las distintas formas de homicidio. Pero, el castigo de la ley penal, o la protección de la ley en general a la vida humana, no significa que tengamos derecho a ella en virtud de lo que disponen los ordenamientos jurídicos, positivos, sino que aquello que tales leyes prescriben, lo es en razón de que tenemos derecho a la vida. Más aún; en rigor tenemos tal derecho porque somos personas. Pues, de un modo general, debe decirse, que tenemos derechos por ser personas y no a la inversa.

Ahora bien; cabe preguntarse si el derecho que nos ocupa es no solamente primario sino también absoluto, en el sentido de que "el no matar" prevalece de una forma tal que no admite excepción alguna.

Antes de dar una respuesta a dicha cuestión es conveniente destacar lo siguiente:

a) En primer lugar la vida no constituye un fin en sí misma; sino que es un don de Dios, para darle gloria a El antes que nada, y para servir a los demás hombres. De un modo general, podemos decir, para hacer buen uso de ella y alcanzar el fin al que estamos ordenados.

b) Todos nuestros derechos tienen su fuente, de un modo directo o indirecto en la naturaleza; y el ámbito y ejercicio de tales derechos queda entonces delimitado por el mismo orden natural, que es un orden esencialmente justo.

El desenvolvimiento de la vida de cada uno de nosotros sólo es lícito, esto es, sólo tenemos derecho a ella, en la medida que tal desenvolvimiento se encuadre dentro de las exigencias del bien común.

c) La formulación correcta del derecho que nos ocupa es la siguiente: "el ser humano inocente tiene derecho a la vida" y, consecuentemente, es injusto privarlo de ella en cualquier circunstancia que sea. Así ha sido interpretado siempre el quinto mandamiento de la Ley de Dios, el "no matarás".

Todos los teólogos de la Iglesia así lo han enseñado, a excepción de Escoto y su secuela, que lo interpretaron como una prohibición absoluta de dar muerte a un hombre, sea justo o malhechor. Pero, por sobre todo, es la

misma Iglesia con su autoridad, quien ha formulado y enseñado tal interpretación del precepto divino.

En consecuencia, el “no matarás” ha de entenderse como “no matarás injustamente”, pues esto último es lo mandado por el Derecho Divino y el Derecho Natural.

Por de pronto, conforme con lo dicho tenemos el caso de la legítima defensa, pues quien da muerte a su agresor en determinadas circunstancias, obra lícitamente (1).

La pena de muerte

Pero además de lo dicho precedentemente, cabe preguntarse, si resulta lícita la llamada pena de muerte.

Los derechos humanos (para utilizar la expresión usada actualmente) tienen su fundamento en los deberes humanos y nacen del orden natural en forma inmediata o mediata; debiendo su ejercicio armonizar con dicho orden. La autoridad política es la encargada de cuidar que se respete tal orden controlando el correcto ejercicio de los derechos subjetivos. A ella compete el castigo de los transgresores de la ley.

En razón del fin que debe cumplir la autoridad social, no sólo puede, sino que además debe usar el castigo cuando ello sea necesario.

La noción de pena presupone la de culpa y ésta la de libertad en el obrar, pues de no ser libre tampoco se es responsable de aquello que se hace. Quiere decir que la pena sólo es aplicable a quien es consciente, capaz de sufrirla. Es por ello que debemos distinguirla de la medida de seguridad, pues ésta se aplica a aquellas personas que por padecer alguna patología carecen del uso de su razón y de su libertad y, aun cuando no sean responsables de sus actos, resultan peligrosas para los demás y a veces también para sí mismas.

Ahora bien; de un modo general debe decirse que para que una pena sea justa se requiere que sea proporcionada a la gravedad de la culpa. Entre delito y pena debe haber equivalencia (2). Este es un principio fundamental del derecho penal.

Dice Carnelutti: “Si los hombres han formado leyes según las cuales quien comete un delito es castigado (o sea, que al delito se vincula la pena), estas leyes artificiales no pueden dejar de tener su modelo en una ley natural, de la cual la ley jurídica es una imitación. No se puede dar a esta ley otra fórmula, sino diciendo que a un mal determinado por el hombre, cuando concurren ciertos caracteres, debe seguir otro mal proporcionado a aquél; determinar esos caracteres es necesario, por tanto, para la más exacta formulación

(1) CORTS GRAU, JOSÉ, *Curso de derecho natural*, Madrid, 1964, p. 307.

(2) CARNELUTTI, FRANCESCO, *El problema de la Pena*, EJEA, 1947, p. 32.

de la ley, y éste es el cometido de la teoría del delito. La cual ley es, pues, una ley natural, que constituye el fundamento de las leyes jurídicas penales; tan natural como las leyes que regulan el movimiento de los astros o la caída de los cuerpos; y si esta ley no existiese, no podría existir la pena y, correlativamente, el delito (3).

La pena debe cumplir una función específica, siendo ésta, de un modo general, la restauración del orden alterado por el delito cometido.

Pero, precisando más la cuestión digamos que los fines de la pena son: a) expiación del delito; b) intimidación a los demás (ejemplaridad), y c) corrección del delincuente. El primero es fin esencial; el segundo no esencial, pero socialmente necesario; y el tercero sólo conveniente (4).

Debemos reparar en el fin esencial de la pena, esto es, su carácter expiatorio. Ella importa, en rigor, antes que ninguna otra cosa, un castigo para el delincuente, que mediante el sufrimiento de una pena proporcionada al mal que realizó expía de algún modo su culpa. Sócrates dice: "Yo pienso que el hombre injusto y criminal es desgraciado en todo concepto, pero que lo es más si no sufre ningún castigo y si sus crímenes quedan impunes; y lo es menos, si recibe, de parte de los hombres y los dioses el justo castigo de sus crímenes" (5).

Resultando entonces necesaria la proporción entre delito y pena por ser ello lo justo (6) no cabe duda, que ante la extrema gravedad de ciertos delitos, la muerte del delincuente aparece como lo más proporcionado y por tal razón resulta justa en tales casos.

Tal pena no resulta contraria ni al derecho natural, ni al derecho divino, habida cuenta que, estrictamente, sólo el inocente tiene derecho a la vida, mas no quien es gravemente culpable. Por ello, dijimos anteriormente que "está prohibido matar injustamente".

Sobre el punto quiero sólo recordar lo que han dicho respecto del tema su Santidad el Papa Pío XII y los dos más grandes teólogos de la cristiandad: San Agustín y Santo Tomás.

S. S. Pío XII nos dice: "hasta que un hombre no es culpable, su vida es intocable... de la vida de un hombre, no reo de un delito castigable con pena de muerte, sólo es dueño Dios" (7). Y, asimismo, "el poder público tiene facultad de privar de la vida al delincuente sentenciado en expiación de su delito, después de que éste se despojó de su derecho a la vida" (8).

(3) CARNELUTTI, FRANCESCO, *op. cit.*, p. 18.

(4) NÚÑEZ, DAVID, *La pena de muerte*, Ed. Org. San José SRL., 1970, p. 102.

(5) PLATÓN, *Gorgias*, Ed. Porrúa, México, 1972, p. 162.

(6) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 61, a. 2-4.

(7) Pío XII, discurso dirigido a la Unión Italiana Médico-Biológica de San Lucas el 12 de diciembre de 1944.

(8) *Allocut ad Convent. Histopathologiae AAS 44, 1952.*

San Agustín, en la *Ciudad de Dios* refiriéndose al mandato divino “no matarás” dice, que él no impide la aplicación de la pena de muerte a los criminales, pues tal pena puede ser justa. Así expresa: “de ninguna manera obraron contra el precepto «no matarás» los que cumpliendo con el cargo de Autoridad Pública castigaron con la muerte a los criminales” (9).

Por su parte, el Doctor Angélico, sostiene que el bien común de la sociedad es más importante que el bien particular y por ello ha de prevalecer sobre éste. A aquellos que perturban la paz y la concordia social se les ha de quitar la vida en cuanto voluntariamente impiden el bien común (10). “Es lícito matar al malhechor en cuanto se ordena a la salud toda de la sociedad y, por tanto, corresponde sólo a aquel a quien esté confiado el cuidado de su conservación, como al médico compete el amputar el miembro podrido cuando le fuera encomendada la salud de todo el cuerpo. Y el cuidado del bien común está confiado a los príncipes, que tienen pública autoridad y, por consiguiente, solamente a éstos es lícito matar a los malhechores; no lo es a las personas particulares” (11).

Ahora bien; de conformidad con la doctrina expuesta, debemos decir, que aun los derechos primarios y más sagrados del hombre están limitados por el orden social. Pero, eso sí, la pena de muerte sólo puede ser aplicada por la autoridad pública y por un delito gravísimo.

Además, ello es importante destacarlo, cuando se dice que la pena de muerte es conforme con el derecho natural, no se ha de entender otra cosa distinta a que ella es lícita, permitida por tal derecho; pero en modo alguno que llegue a ser una exigencia del mismo. Es decir, no se trata de algo impuesto como necesario, sino simplemente algo no contrario al derecho natural y, por tanto, lícito. En realidad, la cuestión relativa a la pena con la cual se ha de castigar un delito es algo que compete al derecho positivo determinar. El derecho natural manda que el que comete un delito sea castigado, pero la pena que en concreto se ha de establecer para tal o cual delito es algo atinente a la prudencia del legislador (12). Es una cuestión de estricta prudencia política.

El aborto

Llámase aborto a la interrupción prematura, sea natural o provocada, del embarazo y consiguiente expulsión del feto, en el período en que éste no es aún viable, fuera del seno materno.

Denomínase aborto criminal a todo aborto directo, sea provocado por los propios padres del *nasciturus*, por otras personas o por el médico. De modo

(9) SAN AGUSTÍN, *Ciudad de Dios*, Lib. 1º c. 21.

(10) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa contra Gentiles*, III, c. 146.

(11) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 64, a. 3.

(12) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 2.

que se halla incluido dentro de esta noción el llamado aborto terapéutico, como luego veremos, y toda forma de aborto directo provocado cualquiera sea su causa.

Veamos muy brevemente —dado que no es el tema específico a tratar— qué ocurre con el aborto en el marco de nuestro derecho positivo.

El Código Civil en su art. 63 dice que “son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”. Y, en su art. 70 establece que “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas...”.

No cabe duda, pues, que para nuestro ordenamiento jurídico se es persona ya antes de nacer, desde el momento de la concepción en el claustro materno.

El aborto provocado es castigado por el Código Penal en su art. 85, pues se trata de un delito contra la vida humana. También merecen castigo aquellos que cooperaren a causarlo tales como, los médicos, parteras, farmacéuticos, etc. (art. 86, Código Penal).

Es que, en rigor, quien aún está alojado en el seno materno es ya una persona y, por tanto, un sujeto de derecho. Pues como dijera al comienzo de este trabajo tenemos derechos por ser personas y no a la inversa. En consecuencia, la persona por nacer tiene no sólo el derecho a la vida, sino también todos los otros derechos naturales inherentes a ella, aun cuando no pueda hacer uso de ello. Los derechos los tiene en acto, el ejercicio en potencia.

Ello no era considerado así en el derecho romano pues mientras el concebido se hallaba en el vientre de la madre se lo reputaba parte de ella (*pars viscerum matris*)⁽¹³⁾. Es decir, no era un ser distinto de la madre, sino más bien como una parte del organismo. Y así como se justifica que a una persona, en razón de una enfermedad grave que la aqueja, se le pueda amputar un brazo o una pierna, también el concebido en el seno materno, al no ser persona y no tener derechos, con el consentimiento de la madre se lo podía extirpar. No había en ello delito, ni acción antijurídica alguna.

También en la actualidad, en algunos sistemas de derecho positivo se reputa que la existencia de la persona como tal comienza desde su nacimiento. De ahí esa tendencia bastante generalizada en favor de la impunidad del aborto o, en otros casos, al menos, en la atenuación de la pena o permisividad en ciertos supuestos especiales, tales como el llamado aborto terapéutico; eugénico; por razones económico - sociales o por motivos de honor.

También nuestro Código Penal admite en su art. 86 algunos supuestos de aborto no punible.

(13) DI PIETRO, ALFREDO y LAPIEZA ELLI, ANGEL ENRIQUE, *Manual de Derecho Romano*, p. 105.

Una opinión que se va generalizando

En verdad no parece existir una clara conciencia acerca de la gravedad que reviste el aborto. No se está convencido de que en realidad a quien se da muerte es a una persona inocente.

Aun cuando muchos no se atrevan a discutir que el feto es una persona, miran esta afirmación con cierta desconfianza; tal vez también con poco entusiasmo. Es que en el fondo no están convencidos o no quieren aceptar que ello sea así. Todos aquellos que de alguna manera tenemos que ocuparnos de la conducta humana hemos adquirido experiencia en la cuestión.

Ante cierto tipo de dificultad imaginada o real que pueda traer el nacimiento de un niño, muchos piensan que es preferible eliminarlo antes que ello ocurra. Sea que el mal que se vislumbra puede afectarlo a él, a sus padres o a todo el grupo familiar.

Así, por ejemplo, si se piensa que un niño puede nacer idiota o con una grave enfermedad es mejor impedir ese nacimiento. Otras veces, se pretende justificar el aborto en razones económicas; o tal vez psicológicas, con argumentos tales como "no estamos preparados para ser padres"; "es mejor esperar un poco, pues aún no hemos madurado lo suficiente", etc.

Ello, por lo demás, no es de extrañar si uno piensa el tratamiento superficial, o erróneo y manifiestamente deformado, con que es considerado este tema por parte de aquellos que si bien tienen un indiscutible peso en la formación de la opinión pública, también resulta indiscutible, su incompetencia para abordar estas delicadas e importantes cuestiones. A ello debe sumarse la débil protección legal o su carencia que en muchos países tiene el niño por nacer.

Santo Tomás enseña que uno de los efectos de la ley es hacer buenos a los hombres. "La ley tiene la propiedad de inducir a los súbditos a la propia virtud. Ahora bien, siendo la virtud algo que tiende a hacer bueno a su poseedor, resulta que el efecto propio de la ley es hacer buenos a aquellos a quienes se da...". Y nos recuerda lo que dice Aristóteles en la *Ética*: "los legisladores hacen buenos a los hombres acostumbrándolos a buenas obras" (14).

Hace pocos días hemos leído en los diarios que en Italia se votó en favor de la "ley que autoriza la interrupción del embarazo" y miles de mujeres que llevaban banderas rojas, se congregaron en la plaza del Panteón, en el centro de Roma, para celebrar el resultado de la votación (15).

Quienes propician, sancionan y festejan estas "leyes" no son otros que aquellos que se esfuerzan por aparecer ante el mundo entero como los cam-

(14) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 92, a. 1.

(15) Diario "La Nación", mayo 19-1981, p. 1.

peones de los derechos humanos. Claro está, que tales esfuerzos van siempre dirigidos a la defensa de los derechos que puedan asistir a los delincuentes comunes o terroristas políticos, es decir a los culpables; nunca a los inocentes. En tanto, la pena de muerte es una horrorosa supervivencia de la crueldad más primitiva; la permisividad del aborto es una de las grandes conquistas de esta "era adulta de la humanidad".

Actualmente son unos cuantos los países donde se puede abortar impunemente. Aunque con diferencias ello ocurre en: Dinamarca, Suecia, Unión Soviética, Hungría, Rumania, China comunista, Japón, Suiza, Gran Bretaña, Estados Unidos, India, Alemania Federal y Francia.

Pero, como enseñara el recordado maestro de la Filosofía del Derecho en nuestra patria, el doctor Tomás Casares, "a la vertiginosa sucesión de creaciones jurídicas que, vueltas de espaldas a toda trascendencia, pretenden ser absolutamente libres, o pone su permanencia el espectro de un orden que emerge de la naturaleza de las cosas. Es el derecho natural testigo de Dios en el desasosiego de ese vértigo, algo así como su sombra" (16).

La solución correcta

Es evidente que si el hijo concebido en el seno materno es ya una persona, la madre no puede disponer de la vida de él, porque se estaría en tal caso afectando un derecho del hijo. No se trata pues de un órgano, de una parte de ella, sino de la vida de otro.

Es que en realidad luego de la unión de los elementos masculino y femenino en la concepción, toda la evolución que se produce en el seno materno implica el desarrollo de un ser nuevo. Toda esa evolución que tiene lugar en el claustro materno por un hijo concebido no tiene en vista el bien, el fin o la perfección de la madre, sino que todo se da allí en función del bien o la perfección del hijo, es decir, de ese nuevo ser.

No es lo mismo que, por ejemplo, cuando a un niño le está saliendo la dentadura o a un adolescente la barba, es decir, cuando se produce un desarrollo en el cuerpo de una persona que hace a la perfección o complemento de esa persona.

Desde el momento de la concepción se es persona y, por tanto, sujeto de derecho, como enseguida veremos mejor.

El homicidio o muerte voluntaria de un inocente va contra el deber fundamental que tienen todos los hombres de respetar ese primer bien del prójimo que es la vida (17).

(16) CASARES, TOMÁS D., *La justicia y el Derecho*, Ed. Abeledo Perrot, p. 172.

(17) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 64, a. 6.

Ahora bien, la ilicitud del homicidio se extiende al aborto directamente provocado cuando el feto no reúne aún condiciones de viabilidad. Ello importa, en rigor, un homicidio, dado que la vida comienza en el seno materno. La persona con sus derechos está presente desde el instante de la concepción.

El hombre comporta una unión sustancial de alma y cuerpo, constituyendo un todo sustancial. El alma es forma del cuerpo y principio inmaterial de la vida. De la vida vegetativa, sensitiva y racional. Dado que el hombre no es pura inteligencia, sino una inteligencia carnal, el alma humana incluye las perfecciones de los tres tipos de vida indicados, siendo apta, por tanto, para el cumplimiento de las funciones vegetativa, sensitiva y racional. Es que las formas superiores contienen virtualmente a las formas inferiores.

Dice Brennan (18) que las explicaciones que se han dado a propósito del origen del alma humana pueden reducirse a cuatro posturas filosóficas:

1) *Evolución emergente*. Enseñan los evolucionistas que la mente y todas sus manifestaciones no son otra cosa que el resultado del desarrollo progresivo de la materia.

2) *Teorías del origen paterno del alma*. Sostienen otros que el alma del niño proviene de sus padres como resultado de una generación, ya sea material o espiritual.

3) *Teoría de la emanación*. El alma humana es de sustancia divina. Ello fue enseñado por filósofos de la antigüedad. El alma del hombre sería una parte del alma universal, como el hombre mismo es una parte del universo.

Sin entrar a considerar el tema a fondo, digamos que ninguna de las tres posturas precedentemente indicadas puede estar en la verdad, pues todas ellas contradicen elementales principios filosóficos.

Si se trata de la teoría de la evolución, debe objetársele que de lo menos no puede salir lo más; de la materia no puede salir la forma. Debe existir proporción entre causa y efecto.

En cuanto a la teoría del origen paterno del alma, ello supondría la división o transformación del alma paterna en el alma infantil. Ello no puede ser en modo alguno, pues una sustancia inmaterial carece tanto de partes entitativas como de partes cuantitativas, no pudiendo, en consecuencia, dividirse ni transformarse.

Y, en lo que hace a la teoría de la emanación, cabe decir, que las características que presenta el alma humana la hacen incompatible con la naturaleza divina. Esta es Acto Puro, no admitiendo en sí misma imperfección alguna; en tanto el alma humana se halla en potencia en relación a lo que es capaz de conocer; conoce por abstracción y está dotada de distintas facultades.

(18) BRENNAN, R. E., *Psicología General*, Madrid, Morata, 1965, p. 418.

4) *Doctrina de la Creación*: Descartadas las teorías antedichas no queda otra salida sino aquella que afirma que el alma humana ha sido creada. Y la creación es algo exclusivo de Dios (19). El alma humana es una sustancia espiritual y como tal no puede tener otro origen que la creación y ésta no puede ser obra sino de Dios y en forma directa, esto es, sin intermediario (20).

Tal es la conclusión, pues como dice Brennan (21) dado que el alma humana existe y, sin embargo, no puede originarse a partir de ningún sujeto previamente existente, debe entonces provenir de la nada por un acto especial del Creador.

Ahora bien, la opinión comúnmente aceptada enseña que el alma humana se halla presente desde el primer instante de la concepción, aun cuando ello no haya sido lo que pensaba Santo Tomás (22). Es decir, desde el momento en que el espermatozoide y el óvulo se fusionan para originar el cigoto.

Tal punto de vista no contraría el principio de la proporción, que exige que haya cierta simetría entre la materia y la forma. Los mismos embriólogos sostienen que el huevo humano fecundado posee todo lo necesario para convertirse con el tiempo en un cuerpo humano perfecto.

En consecuencia, el feto es identificado como una persona mucho antes del nacimiento, después del cual va gradualmente manifestando sus propiedades específicamente humanas.

El desarrollo embriológico del hombre no implica un cambio de naturaleza, sino solamente un desenvolvimiento gradual de sus facultades, todas ellas ya presentes desde un principio, puesto que el alma racional se halla presente desde un principio (23).

Considerando entonces que la persona existe desde el momento de la concepción, el atentado directo al desarrollo y vida del embrión, aunque sea en las primeras semanas que siguen a la concepción, es una especie de homicidio. Por ello, las operaciones embriotómicas o craneotómicas por las que se mutila al niño ya formado en el seno materno para extraerlo más fácilmente, como en general cualquier expulsión artificialmente provocada antes de que el niño sea viable, constituyen sin duda un homicidio.

Otra cosa es la expulsión artificial del feto, practicada en forma tal, que el niño pueda vivir y si median razones graves para proceder así, ello es legítimo, constituyendo sólo un parto prematuro que no puede en modo alguno asimilarse a un aborto.

(19) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, Tratado de la Creación en General, I, q., 45, a. 5.

(20) E. PEILLAABE, *Iniciación a la Filosofía de Santo Tomás*. Barcelona, 1935.

(21) BRENNAN, R. E., *op. cit.*, p. 420.

(22) HUGON, EDUARDO, *Las veinticuatro Tesis Tomistas*, Buenos Aires, 1963, pp. 162/4.

(23) BRENNAN, R. E., *op. cit.*, p. 422.

Colisión entre la vida del hijo y la vida de la madre.

Aborto terapéutico.

Situación que puede adquirir caracteres trágicos se produce cuando se enfrentan el derecho a la vida del niño con el derecho a la vida de la madre. La pregunta es cuál de estos derechos tiene preferencia.

Sabido es que la vida de la mujer puede verse a veces gravemente amenazada por un embarazo (por ej. embarazo complicado por alguna enfermedad: corazón, diabetes, etc.). Algunos médicos opinan que en tales casos corresponde interrumpir la gestación, es decir, estiman que es lícito dar muerte al feto todavía no viable para salvar la vida de la madre.

Sin embargo, el principio de derecho natural es que "nadie tiene derecho de atentar directamente contra la vida de un niño para salvar la vida de la madre". En verdad, ninguna de ambas vidas tiene derecho preferente en virtud del cual se pueda sacrificar la otra (24). Es que tratándose de dos personas inocentes, no cabe preferir en derecho la vida de una respecto de la otra.

Se ha dicho algunas veces que el acto de matar al feto no es otra cosa que optar por un mal menor, dado, que si no se efectúa la operación se seguirá la muerte del niño y de la madre. "De todos modos, el niño va a morir, pero la madre puede ser salvada si se provoca la expulsión del feto". Este es el razonamiento.

Ahora bien, cabe responder que provocar la muerte directa de una persona inocente es un acto intrínsecamente malo y nadie tiene derecho a recurrir a ello, aun cuando se haga en vista de un bien presunto o cierto, como sería el salvar la vida de la madre.

En razón de ello, cuando se necesita una operación directamente atentatoria a la vida de la madre para salvar al hijo, o viceversa, el partido más seguro es aguardar a que la naturaleza decida, y en el momento en que la vida de uno de ellos se haya extinguido obrar directamente en el sentido de suprimir el obstáculo a la vida del otro (25).

Tal es la solución correcta desde el punto de vista moral y jurídico. Es lo conforme a la razón. Lo que ocurre en tal supuesto, es que el conflicto se plantea también en el plano afectivo y, la solución antedicha, aunque sea la que corresponde, puede resultar dolorosa, y ello tiene también su explicación.

Supongamos, como suele ocurrir en tales casos, que a quien el médico le plantea el problema es al esposo y padre de quienes la vida está en peligro. Resulta explicable que en el plano afectivo este señor, íntimamente, prefiera la vida de su esposa, a quien conoce, quiere profundamente y tiene toda una comunidad de vida con ella, compartiendo las cosas importantes de la existencia humana. El hijo, en cambio, aun cuando sabe que es realmente su hijo, todavía no lo conoce, no sabe cómo va a ser en el futuro. Es decir, aún no representa demasiado para él desde el punto de vista afectivo.

(24) GORTÍZ GRAU, JOSÉ, *Curso de Derecho Natural*, Madrid, 1964, p. 306.

(25) L. y A. MENDIZÁBAL, *Tratado de Derecho Natural*, t. II, p. 59.

Sin embargo, todo esto que se comprende, que le puede ocurrir a cualquiera de nosotros, no altera en nada la razonable (en todo el sentido de la palabra, esto es conforme con la razón) solución antes indicada.

Los profundos desgarramientos y dolores humanos, tales como la muerte de un ser querido que representa muchísimo o casi todo para nosotros, no deben inducirnos a error en la solución de los grandes problemas. Si extremamos las cosas, podemos decir, que siempre nos afecta y nos duele mucho más la muerte de un ser querido que la de un extraño. Y, aun cuando para el padre su hijo no nacido todavía esté lejos de ser un extraño, sin embargo, hay una cierta analogía en lo que ocurre en el plano afectivo en uno y otro caso.

El derecho a la vida es un derecho natural que corresponde por igual a toda persona inocente y respecto del cual no hay privilegios.

Para tratar de justificar el aborto terapéutico a veces se ha querido ver en el niño un injusto agresor contra el cual la madre tendría el derecho de legítima defensa. Pero, es realmente absurdo querer asemejar una criatura inocente con un injusto agresor.

Otra justificación se ha querido encontrar en el *ius gladii* o derecho de castigar a los culpables. Sin embargo, la noción de culpabilidad no juega para nada en tales supuestos. ¿Qué culpa ha de atribuirse a quien aún no puede obrar nada libremente?

También se ha sostenido la tesis del "peligro extremo". Aquí volvemos a lo dicho anteriormente. No se debe, no hay derecho para privar de la vida a un inocente. Ningún peligro puede justificar un asesinato.

La conclusión entonces es que el llamado aborto terapéutico es contrario a la moral y al derecho natural. Y no interesa, ni afecta obviamente la validez universal de tal afirmación el que en muchos países, casi todos tal vez, lo admitan. En primer lugar, debemos decir que "acto no punible" no es lo mismo que "acto conforme a derecho"; pues sabido es que no todas las conductas antijurídicas constituyen delitos. Y, en segundo lugar y por sobre todo, para el caso que las legislaciones positivas dispongan algo contrario al derecho natural, éste prevalece sobre aquéllas.

Es que ya los grandes pensadores paganos sabían que la principal fuente del derecho, esto es, de lo justo, está en la naturaleza y no en las leyes que pudieran hacer los hombres.

Así lo enseña Aristóteles en el libro quinto de la *Ética a Nicómaco* cuando distingue entre lo justo natural y lo justo legal.

También Cicerón, cuando expresa: "Si el derecho se fundara en la voluntad de los pueblos, en los decretos de los príncipes o en las sentencias de los jueces, sería entonces derecho el latrocinio, derecho el adulterio, derecho la confección de testamentos falsos, con tal que estos actos recibieran los sufragios o la aprobación de la masa. Pues si tanto poder tiene la opinión o la voluntad de los insensatos como para poder, por sus votos, trastornar la

naturaleza de las cosas, ¿por qué no habrían de decidir que lo que es malo y dañino se tuviera por bueno y saludable? ¿O por qué aún, ya que la ley podría crear el derecho de la injusticia, no podría asimismo crear el bien con aquello que es mal? En cuanto a nosotros, nos es imposible distinguir la ley buena de la mala, de otro modo que con la naturaleza como norma. Y no solamente es la naturaleza lo que permite distinguir el derecho de lo que no es derecho, sino en general todos los actos nobles o viles, porque desde el momento en que la intuición común a todos los hombres nos ha hecho conocer las cosas y ha impreso sus rudimentos en nuestra inteligencia, por ello mismo las cosas nobles se encuentran en la categoría de la virtud, y las viles en la del vicio. Pensar que todo esto se funda en la opinión y no en la naturaleza, es propio de un demente" (26).

Volviendo al tema en tratamiento, digamos que hay que distinguir lo hasta aquí considerado bajo la denominación de aborto terapéutico, de lo que puede ser una intervención quirúrgica urgente sobre un órgano enfermo, siguiéndose como consecuencia de ella, la muerte del feto. Tal, por ejemplo, la extirpación del útero canceroso. En este caso no existe un homicidio voluntario, no se provoca directamente un aborto. La muerte es un efecto no querido, ni buscado. Estamos ante una acción de suyo buena como es la ablación del útero canceroso que, objetivamente considerada, es de la misma naturaleza que cuando se practica respecto de un útero canceroso que no contenga al feto. De la operación se siguen dos efectos: uno bueno, el salvar la vida de la madre, y otro malo: provocar indirectamente la muerte del feto. De estos dos efectos, sólo el primero, el bueno, es el buscado y querido; el otro, el malo, se sigue como una consecuencia prevista sí pero no deseada ni intentada. Esta acción es lícita, pues aquí, repito, no hay un ataque directo a la vida del feto.

El valor de la existencia humana

Antes de concluir esta sencilla exposición, quisiera hacer una breve reflexión sobre el valor de la vida humana.

Si queremos que este mundo que aparece avasallador con su ciencia y su técnica en continuo progreso, con esa ciencia y esa técnica que el hombre con su inteligencia y su esfuerzo ha elaborado, y obtenido mediante ellas notables resultados, si queremos decía, que ahora esta obra sirva realmente al ser humano, entonces, apartemos por un momento la mirada de las cosas y centrémosla en el hombre mismo. Pues si la obra del hombre nos maravilla, más aún debe asombrarnos la misma criatura humana que es obra directa de Dios. Pensemos que cada niño que viene a la existencia, lo es no solamente por la acción de sus padres, sino por una especialísima intervención personal y amorosa de Dios. Del Dios Creador y Redentor que nos hace a su imagen y semejanza. Y ello es así en todos los casos; también el defectuoso o el mórgico son criaturas de Dios y su existencia debe ser respetada y amada. Ellos también tienen un alma inmortal y un destino eterno.

(26) *Las Leyes*, I. 43. 45.

Dice S.S. el Papa Pío XII: "Hasta que un hombre no es culpable, su vida es intocable y es entonces ilícito todo acto tendiente a destruirla, ya sea que tal destrucción sea un fin o solamente un medio para un fin, ya se trate de vida embrionaria o en pleno desarrollo o bien de una vida que llega a su término. De la vida de un hombre, no reo de un delito castigable con pena de muerte, sólo es dueño Dios" (27).

En verdad, creo que el origen de la vida humana, es uno de los acontecimientos donde se muestra con más evidencia la presencia de Dios. Parecería también que pocos pecados han de tener la gravedad del aborto; es que en él se conjugan una ofensa y un desafío a Dios poco comunes. ¿Acaso puede darse un crimen más horrendo que el de una criatura enteramente inocente y totalmente indefensa asesinada por sus propios padres? Pienso que no.

Cuando una persona comienza su existencia es porque Dios lo quiere y, ante ello, nuestra actitud debe ser de alegría y amor para quien viene al mundo; correspondiendo así al amor creador de Dios.

Es que además de existir, parece que necesitamos también que los otros hombres —y no solamente Dios— "aprueben nuestra existencia", la celebren. Por eso, lo mejor que podemos decirle a otra persona es esto: ¡qué maravilloso es que tú existas, que estés en el mundo! (28). Pues como dice el gran filósofo Pieper, "lo que necesitamos, además de existir, es ser amados por otra persona. Un fenómeno sorprendente si se para uno a reflexionar. El haber sido creado por Dios parece ahora que de verdad no basta; se precisa la continuación, la consumación... por la fuerza creadora del amor humano... para el niño, y si pensamos, sobre todo, en el que todavía está por nacer, el ser amado por su madre es rigurosamente la condición indispensable de su crecimiento" (29). No debemos olvidar que el primer y gran mandato divino es el amor a Dios en nuestros prójimos. Y nadie puede sernos más próximo que un hijo.

Parece entonces necesario que los padres, los legisladores, los gobernantes, y todos, cultivemos menos temores humanos y más el Santo Temor de Dios. Pues de lo contrario, con la ciencia, la técnica y el progreso construiremos sí un mundo de objetos maravillosos, pero donde el hombre como tal, con sus valores esenciales, estará ausente. En rigor, así es el mundo en que vivimos y que por momentos, al menos, todos renegamos de él, y con razón, porque se vuelve contra nosotros. Es que un mundo sin Dios, tampoco deja cabida al hombre verdadero, o sea, al hecho a imagen y semejanza de su Creador.

No se puede pretender un dominio del mundo exterior, si por tal entendemos poner las cosas y fuerzas de la naturaleza a nuestro verdadero servicio, si antes no hemos logrado un pleno dominio, un señorío de sí mismos.

Por tanto, si nos queremos y nos respetamos verdaderamente, a nosotros mismos y a los demás, olvidemos por un momento todos los artefactos, máqui-

(27) Discurso dirigido a la Unión Italiana Médico-Biológica de San Lucas, el 12 de noviembre de 1944.

(28) PIEPER, JOSEF, *El Amor*, Madrid, Rialp, 1972, p. 54.

(29) *Op. cit.*, p. 55.

nas y cosas que hemos fabricado e inventado, dirijamos la mirada a Dios y a nuestros hermanos para recuperar el sentido esencial de nuestra vida. Tratemos de aprender de nuevo lo que cada cosa es, lo que somos nosotros mismos y cuál es el fin último de nuestra existencia. Recuperemos el sentido trascendente de la existencia humana. Recordemos que todas las cosas son para el hombre, pero el hombre es para Dios.

Conclusión

El derecho a la vida es un derecho natural primario. La persona es sujeto de derecho; pero el derecho tiene su raíz profunda en la naturaleza social del hombre y, en razón de su carácter social, el ser humano va actualizando desde el comienzo mismo de la existencia todas sus potencias a través de distintas estructuras societarias que, partiendo de la familia, llegan hasta el Estado. El hombre es en orden a la sociedad como una parte respecto de un todo; siendo el bien del todo mejor que el bien de la parte, aquél tiene primacía sobre éste. El ejercicio de los derechos está condicionado por las exigencias del bien común y en la dirección de este bien se ha de encaminar la conducta, buscándose así, también la plenitud personal.

Por tanto, ningún derecho, por más natural que sea, puede ser ejercitado al margen del bien común. Es que para ello ya no hay potestad alguna, por ser precisamente algo contrario a la naturaleza y, en consecuencia, a todo el orden de lo justo que de ella nace. La autoridad política es la encargada del bien común y en su defensa debe actuar e imponer castigos proporcionados a la gravedad de los delitos cometidos.

La pena de muerte es uno de los castigos posibles, pero sólo se justifica en caso de gravísimos delitos. Tal pena es lícita. No es contraria al derecho natural, pero tampoco constituye una imposición de este derecho. Es que la cuestión de las sanciones y penas concretas es algo que compete al derecho positivo y no al derecho natural. De allí que ello sea en definitiva una cuestión de prudencia legislativa y política. Es materia opinable, pues de todos modos la imposición de un castigo —ello sí es una exigencia del derecho natural— puede satisfacerse con la aplicación de otra pena (siempre que sea proporcionada al delito).

Concluyendo, entonces, digamos que respecto de la pena de muerte se puede estar a favor o en contra. Esto último, claro está, no pretendiendo fundarlo en su ilicitud, sino, en todo caso, en otras razones.

En lo que hace al aborto, en cambio, él no puede ser defendido por nadie en ninguna circunstancia, pues es algo ilícito siempre, contrario al derecho natural.

La diferencia entre ambas cosas es la que hay entre la vida de un culpable y la de un inocente. El suprimir la primera en algunos casos puede ser justo; el suprimir la segunda es siempre injusto.

SILVIO PABLO PESTALARDO

PLURALISMO Y SOCIEDAD

Unidad y diversidad de lo real

El tema del pluralismo nos pone en presencia de una cuestión filosófica tan fundamental como la de la unidad y diversidad de lo real. Es decir, si los seres que componen el mundo son múltiples, individuales e independientes o, por el contrario, pueden considerarse como simples modos o fenómenos de una realidad única y absoluta.

Ya los griegos, en la búsqueda de una explicación racional del mundo, fue tal vez lo primero que se plantearon al observar esta doble realidad de la unidad del ser y la multiplicidad de los seres concretos y cambiantes. Heráclito y Parménides constituyen exponentes típicos de concepciones monistas, aunque arriban a conclusiones totalmente diversas.

El monismo de Parménides es estático y absoluto y considera que hay que elegir forzosamente entre uno de los dos términos de la alternativa: o la unidad del ser o la multiplicidad de los seres particulares. Según él, la razón nos pone en contacto, ante todo, con una realidad: la idea de ser, pues las cosas son inteligibles en la medida en que son y esto es lo primero que capta nuestra inteligencia. Desecha al ser que perciben los sentidos —móvil, plural, limitado— y sólo se queda con el que concibe la inteligencia: ilimitado, infinito, uno, eterno, inmutable —es decir, Dios—. Los seres concretos, múltiples y cambiantes no son más que mera apariencia; son manifestaciones o emanaciones de esa sola sustancia y de ese solo ser, que es Dios. Esta absolutización de la unidad de lo real conduce al panteísmo. Como comenta Guillermo Fraile O.P., “esta aplicación de las propiedades del ser abstracto (concepto) al ser concreto (ontológico) da por resultado la descripción de una falsa realidad, carente de toda clase de cualidades sensibles, y la supresión de toda pluralidad y de todo movimiento en un mundo que no es real, sino ideal” (1).

Heráclito parte también de una concepción monista: “Todas las cosas son uno, esto es sabiduría”, “Del uno salen todas las cosas, y de todas las cosas el uno” (2). Niega la existencia de seres fijos y estables, pues afirma que

(1) GUILLERMO FRAILE, O.P., *Historia de la Filosofía*, t. I, B. A. C., Madrid, 1965, p. 187.

(2) GUILLERMO FRAILE, O.P., *op. cit.* p. 171.

sólo existe un ser único, pero en perpetuo movimiento, en un constante fluir. En la medida en que pretendemos captar racionalmente la realidad mediante un concepto, la estamos petrificando y la anulamos en lo que tiene de más puramente real: el movimiento. No niega la existencia de los seres concretos y plurales, pero los concibe como partes o momentos de un devenir y no como sustancias fijas y estables. Pero por encima de todos los cambios sostiene la inmutabilidad de la razón universal —el *logos*—, que rige ese movimiento y es el fundamento de la armonía del universo. En definitiva, su monismo es dinámico y no absoluto, pues se concilia con cierto pluralismo.

Una recta interpretación del universo no puede prescindir de ninguno de ambos aspectos de la realidad. La diversidad y multiplicidad de los seres individuales y cambiantes no constituye un caos sino que es parte de un todo ordenado; orden que se explica con referencia a un único y absoluto principio, del cual dependen, por causalidad y por participación, todas las cosas. Es decir, la naturaleza de todo lo que es y su maravillosa armonía en el conjunto de la Creación, sólo pueden ser explicadas recurriendo a la unidad. Esta búsqueda de la unidad en la diversidad, de una explicación última de toda la realidad, es propia de las épocas de mayor vigor del pensamiento humano, por constituir una aspiración natural de la inteligencia, que no puede satisfacer su ansia de verdad en las interpretaciones parcializadas y mutilantes de lo real. Es la tarea de la metafísica, cuyas cumbres fueron alcanzadas con Aristóteles y Santo Tomás de Aquino.

En efecto, las antiguas interpretaciones monistas de la realidad, que no alcanzaban a formular una distinción real entre lo uno y lo diverso, es decir entre el ser y los seres, fueron magistralmente superadas por la metafísica aristotélico-tomista mediante la doctrina de la participación. Los entes particulares que componen el universo son distintos entre sí por su esencia, es decir, aquello por lo cual son lo que son; pero, a su vez, observamos que todos son, o sea, poseen el acto de ser. La noción de participación es precisamente la que explica esta distinción real entre esencia y acto de ser, pues si se identificaran, como el acto de ser es lo que todos tienen en común, tendrían todos la misma esencia y no podrían ser distintos. Todas las cosas son, sin que ninguna agote la plenitud de ser; todas tienen el ser, pero no son el ser, sino que participan del ser. “Metafísicamente, este ‘tomar una parte’ quiere decir tener de modo limitado algo que, en sí, ha de encontrarse de forma total, completa” (3). Se participa cuando algo recibe particularmente aquello que universalmente pertenece a otro. Por consiguiente, la esencia (de cada ente particular) participa del acto de ser (que sólo posee en sí el Ser Absoluto, Dios). La esencia es el sujeto participante que, al limitar al acto de ser dentro de sí, se convierte en principio de multiplicación, pues habrá tantos modos de actos de ser como esencias que lo limiten. El acto de ser es la perfección participada por cada esencia y es limitada a la capacidad del sujeto participante. Dice Santo Tomás: “Todo lo que es después del primer ente (Dios), como no es su ser, tiene el ser recibido en algo por lo cual ese ser queda

(3) GÓMEZ PÉREZ, RAFAEL, *Introducción a la Metafísica - Aristóteles y Santo Tomás de Aquino*, Ed. Rialp, Madrid, 1978, p. 108.

limitado; y así, en cualquier ente creado, una cosa es la naturaleza (sinónimo: esencia) que participa del ser y otra el mismo ser participado" (4).

A su vez, esto nos lleva al principio de causalidad, pues todo lo que es ente por participación es causado por otro, pues si ningún ente tiene en sí el acto de ser, necesariamente este ser le ha sido dado por otro, es decir, se comporta como sujeto participante de una perfección participada, que forman el compuesto de todo ente finito. O sea, todo compuesto de sujeto participante y perfección participada tiene una causa. A su vez esos dos principios distintos que forman el compuesto se relacionan mutuamente en términos de potencia y acto: la perfección participada es acto respecto del sujeto participante, que es potencia; la esencia es potencia respecto del acto de ser, pues lo limita. Ahora bien, como dijimos, quien posee en sí el ser, en que esencia y acto de ser se identifican, es Dios —Acto Puro, sin mezcla de potencia—, que al comunicar su ser, por participación, a la creatura, la crea. Así vemos que queda salvada toda posibilidad de panteísmo —al que conducen las explicaciones monistas—, pues Dios y las creaturas se asemejan —analógicamente— en el ser, pero se distinguen en que en estas últimas se encuentra participado, limitado por una potencia, que es la esencia.

La realidad de los seres individuales y múltiples se impone con la fuerza de la evidencia ante todo intento de explicación monista del mundo, como si fueran meras apariencias o fenómenos de una única sustancia. Y aquí es donde cobra sentido el auténtico pluralismo, en la multiplicidad de lo real. Pero esta diversidad nos lleva necesariamente a un primer principio que explique la armonía y el orden que existe en lo diverso, es decir, la recurrencia a una inteligencia universal ordenadora, Primer Motor Inmóvil, Acto Puro, Ser Absoluto y Perfecto, que en una unidad integradora otorga sentido a la diversidad y la salva del caos. Esta unidad del cosmos no sólo respeta la diversidad de lo real, sino que la delimita y asume en un orden superior, expresando así toda su riqueza en una síntesis que no significa uniformidad.

Precisamente, la respuesta de la metafísica realista clásica al problema de los universales constituye un claro ejemplo de la síntesis armonizadora entre lo uno y lo diverso. La inteligencia accede al conocimiento de lo universal (lo uno), que es la esencia —unificadora de todos los individuos de una misma especie—, a partir del conocimiento sensible de lo individual y concreto (lo múltiple), facultad esta que nos distingue de los seres irracionales.

Así es como, si sólo se toma en cuenta lo diverso, es decir, aquello por lo cual las cosas se diferencian unas de otras, se está parcializando la realidad, renunciando así a considerar la unidad que deriva de un principio universal que causa y ordena a todos los seres. Las corrientes dominantes en la filosofía moderna se fundamentan en este rechazo de la unidad, conduciendo así a la absolutización de lo particular. Si esta interpretación de lo real es la que está en la base del concepto de pluralismo, éste será, en consecuen-

(4) De spirit, creat., q. única, a. 1.

cia, ilegítimo, por su incapacidad radical de fundar orden alguno; orden que precisamente es aquello que sólo la inteligencia tiene la aptitud de captar, por encima de los datos de los sentidos, y que nos permite acceder a la verdadera naturaleza de las cosas.

La unidad de la sociedad

Ambos aspectos de la realidad, lo uno y lo diverso, se dan en la sociedad humana, que es precisamente el ámbito en el que nos interesa ubicar el concepto de pluralismo. Si la evidencia nos muestra que los hombres no vivimos aislados sino en sociedad, es necesario precisar la naturaleza de esta sociedad. Aquí vemos cómo el conjunto de individuos que integra cualquier grupo social no constituye un conglomerado amorfo sino una unidad supraindividual, con caracteres que le son propios y que están más allá de una simple pluralidad de individuos. Estos son parte de un todo que constituye una unidad. Un primer análisis nos impone establecer la analogía con el cuerpo humano, en el cual todos los órganos —partes del todo— tienen la función de contribuir al bien de todo el organismo, que inclusive puede exigir hasta la extirpación de algún miembro para salvar la vida del todo. Pero en el caso de la sociedad, ésta no es una unidad sin más, puesto que la racionalidad y libertad del hombre —que hacen que sea una persona— impiden agotar la explicación del ser humano en su carácter de parte de un todo. De modo que la sociedad es una unidad, sí, pero una unidad de orden, en la cual sus componentes deben, para responder a las exigencias de su naturaleza, armonizar libremente sus conductas con el fin del todo. Es decir, esta unidad de orden es la que permite la coordinación del comportamiento de los miembros de la sociedad, a través de su libre decisión, conservando cada cual su arbitrio sobre sus operaciones propias.

Nos parece oportuno ilustrar estos conceptos con algunas autorizadas citas:

“La unidad social no es la de un rebaño que se mantiene gracias a los instintos inconscientes, que fuerzan a un comportamiento determinado; y tampoco la de una formación militar que es organizada desde fuera para un fin extrínseco. La unidad social es la del orden, con el fin que le es propio, y se hace efectivo por la libre decisión de sus miembros, que constituyen su principio formal interno. El conocimiento de los fines y la libre decisión de realizarlos son cualidades de la naturaleza dotada de espíritu. Por esta razón son los vínculos más esenciales de unidad de la sociedad de naturaleza espiritual” (5).

“Pero los seres humanos son capaces de mantener entre sí una unidad más íntima que la puramente física. Tal unidad consiste en que todos aspiren, voluntariamente, a un mismo fin. Es ésta, pues, una ‘unidad moral’ en el sentido de que no tiene un carácter material, sino que radica en el espíritu

(5) MESSNER, JOHANNES, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, Madrid, Rialp, 1967, pp. 188/189.

de las personas humanas. Los hombres no solamente tenemos un instinto que nos hace vivir en común. También somos capaces de entender que esto nos es preciso para atender mejor a nuestras necesidades, y de ahí que nos prestemos a ayudarnos los unos a los otros. No somos un rebaño, sino seres provistos de entendimiento y de libertad; de modo que aunque instintivamente tendemos a convivir, también somos capaces de comprender los beneficios que la sociedad reporta y de querer, haciéndonos cargo de ellos, coordinar nuestras vidas" (6).

Las concepciones individualistas y liberales sólo toman en cuenta a los individuos, es decir, a lo diverso, y no ven a la sociedad más que como una suma de aquéllos, perdiendo entonces de vista el concepto de unidad. Las concepciones colectivistas y socialistas, en cambio, sólo aprecian a la sociedad como una unidad a la cual se deben por entero sus componentes, que no son así más que meros engranajes de la máquina social y que están por completo a su servicio. Deben someterse ciegamente al determinismo de las leyes, sobre todo de carácter económico, que rigen a la sociedad. Estas concepciones erradas nos muestran con claridad la ruptura del equilibrio entre la unidad y la diversidad, al absolutizar o enfatizar en exceso alguno de ambos términos de la cuestión.

El bien común

La sabiduría clásica del Occidente cristiano ha encontrado siempre, en su análisis de la naturaleza de las cosas, la armonía y el punto de confluencia de los términos aparentemente contradictorios de la realidad. Y, precisamente, el punto de equilibrio entre la unidad de la sociedad y la diversidad de sus elementos componentes, se encuentra perfectamente determinado en el bien común. Toda la doctrina sobre el bien común surge de la naturaleza social del hombre. Este necesita, para desarrollarse humanamente en plenitud, de la convivencia ordenada con sus semejantes en razón de la imposibilidad en que se encuentra de obtener todos los bienes —espirituales y materiales— que requiere su naturaleza. Por consiguiente, la comunidad social organizada —comunidad perfecta, porque dispone de todos esos bienes que el hombre necesita para su vida plena— se constituye naturalmente en vista a un fin distinto al bien particular de los individuos que la componen: el bien común.

Ahora bien, el hombre es parte de un todo —la sociedad—, al cual debe ordenarse como toda parte a su todo. "Todo el hombre se ordena a la comunidad de la que es parte como a su fin" (7); "El bien de la parte es ordenable al bien del todo" (8). "Cada ciudadano es parte del todo y la bondad de cada parte sólo puede darse en la buena proporción o disposición con respecto al

(6) MILLÁN PUELLES, ANTONIO, *Persona humana y justicia social*, Ed. Rialp, Madrid, 1976, pp. 38/39.

(7) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 65, a. 1.

(8) *Ibidem*, II-II, q. 58, a. 5.

todo orgánico; de ahí que ese bien individual no sería tal si no se desarrolla, crece y prospera en debida proporción con todo el conjunto” (9).

Esta primacía del bien común se explica entendiéndolo rectamente. Es decir, el bien común no es un bien extraño al bien personal, sino que es a la vez el mismo bien de la persona, porque todos participan de él para lograr su perfección. El individuo se debe por entero a la sociedad por lo mismo que se debe a su perfección personal, que no puede lograr fuera de aquélla. El hombre se ordena y subordina al bien común porque sólo así puede obtener su bien personal. Los hombres se unen en sociedad para alcanzar su fin, que no son ellos mismos sino el Sumo Bien, el Ser absolutamente perfecto. No puede haber oposición pues el fin último del hombre y el de la sociedad es el mismo.

Así es como vemos, en la sociedad política o Estado, a los individuos, que conservan siempre intacta su esfera de intimidad y de libertad personal, ordenados primariamente a la familia y, secundariamente, a las distintas instituciones o grupos sociales que componen la sociedad —los cuerpos intermedios—, todos los cuales —familias y grupos sociales— poseen su propio bien común. Estos, que son como los órganos del cuerpo social, están a su vez ordenados al bien superior de todo el conjunto social, que es el bien común de la sociedad política o Estado. Pero el hombre no agota allí su capacidad de participación, puesto que está ordenado por encima al fin último sobrenatural de la vida humana, que es Dios, Bien Común trascendente. Esto es lo que quiere significar Santo Tomás cuando dice que “el hombre no se ordena a la comunidad política según todo él y según todo lo suyo” (10). Mas —como dijimos— el hombre no puede alcanzar este bien supremo si no vive en sociedad y no se ordena al bien común de ésta. Es decir, ordenándose al bien común temporal halla el camino que le permite acceder al Bien Común trascendente, pues hombre y sociedad se encuentran en su subordinación al mismo fin: Dios, *bonum communissimum*. “El bien particular se ordena al bien común como a su fin, pues el ser de la parte se ordena al ser del todo; por lo cual también el bien de un pueblo es superior al bien de un solo hombre. Y el bien sumo, que es Dios, es el bien común, puesto que de El depende el bien de todos los seres; mientras que el bien por el que cualquier cosa es buena, es bien particular de ésta y de las demás que de ella dependen. Todas las cosas, por lo tanto, se ordenan como a su fin al Sumo Bien, que es Dios” (11).

De lo expuesto surge una consecuencia de fundamental importancia: el bien común temporal está subordinado, en última instancia, al fin último de la persona, es decir, a su destino eterno. Es por ello que decimos que la sociedad está al servicio del hombre, puesto que debe proporcionarle todos los medios (vida materialmente digna y moralmente virtuosa) para que éste alcance su último fin.

(9) *Ibidem*, I-II, q. 92, a. 1.

(10) *Ibidem*, I-II, q. 21, a. 4, ad. 3.

(11) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa contra Gentiles*, III, 17.

Las siguientes citas son sumamente ilustrativas respecto al concepto que acabamos de expresar:

“Pero, lo que importa señalar es que el ámbito de esta acción limitante de la libertad, por parte del Estado, no puede tocar las libertades y derechos esenciales de la persona, y de la familia, relacionados con sus deberes para la consecución de su último fin y realización o perfeccionamiento integral. Porque si el Estado privase o disminuyera esos derechos esenciales, contra su razón de ser, estaría obrando contra el fin primordial y constitutivo del mismo, que es la defensa de esos derechos y la constitución del bien común para afianzarlos y perfeccionarlos” (12).

“El bien común no consiste en proporcionar a cada uno su perfección personal quitándole su iniciativa propia, sino desarrollándola para que la sociedad alcance su más alto grado de progreso. A ello debe tender el fin de la sociedad o bien común; a desenvolver las dotes personales de cada uno, que muchas veces el hombre por sí solo no puede alcanzar. Así la persona se convierte en personalidad en los diversos campos de la actividad humana, en el ámbito del saber, hacer y obrar. Se produce una especie de flujo y reflujo entre la sociedad y la persona; aquélla facilita a ésta su desarrollo hasta formar su personalidad y la persona a su vez refluye de nuevo sobre la sociedad, sobre todo en aquellas personalidades que dan a la sociedad o colectividad más de lo que reciben, como serían los sabios, santos, artistas, filósofos, etc.” (13).

Asimismo, debemos dejar perfectamente en claro que la comunicación entre el hombre y Dios es intransferible a la sociedad, pues se realiza mediante operaciones de carácter estrictamente personal, que en nada debilitan la excelencia y supremacía del bien común sobre el bien particular en el orden temporal.

El bien común es, por tanto, el punto de confluencia entre los individuos y grupos sociales y la sociedad política o Estado, pues armoniza en perfecta síntesis la unidad de la sociedad y la diversidad de sus elementos componentes. El concepto de pluralismo aplicado a la vida social implica el reconocimiento del derecho de los distintos intereses y sectores que conforman esa diversidad social. Un sano pluralismo será, entonces, aquel que reconozca la realidad de los distintos grupos sociales, concediéndoles la debida autonomía en el marco de sus competencias, pero sin olvidar su ordenación al bien del conjunto o bien común de toda la sociedad. Pero si el pluralismo se agota en la consideración de lo diverso, la sociedad se disgregaría, pues no puede prescindir de la unidad, de la que depende su grado de perfección, por aplicación del principio metafísico de que la perfección de todo ente dependerá de su mayor o menor grado de participación del acto de ser, que se halla en sí, de forma completa, en el Ser Absoluto y Perfecto —Dios—.

(12) DERISI, OCTAVIO N., *Esencia y vida de la persona humana*, Buenos Aires, EUDEBA, 1979, p. 97.

(13) TORRES LACROZE, FEDERICO, *Manual de Introducción al Derecho*, Ed. Cooperativa de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978, p. 99.

El reconocimiento de la diversidad existente en el cuerpo social parte de la consideración del hecho de los intereses distintos y contrapuestos que se manifiestan en el obrar comunitario. Precisamente, esto es lo que hace imperioso un principio ordenador que armonice esos intereses y permita la convivencia. Ese principio es el bien común, que no prescinde de la diversidad en busca de la homogeneidad, sino que, por el contrario, concilia los intereses particulares en una unidad superior.

La concordia política

Para tener una visión más completa de la relación entre la unidad y la diversidad en la vida social y, sobre todo, de la importancia de la primera para poder hablar estrictamente de sociedad, no es posible pasar por alto un concepto de significativa trascendencia y fecundidad, que, si bien no se confunde con el bien común, constituye parte integrante principalísima de él: la concordia política.

Para que sea posible la conciliación de los distintos intereses que se manifiestan en la vida social y, por lo tanto, para que sea posible el bien común, es imprescindible la existencia de un cierto acuerdo en objetivos comunes, que son precisamente los que dan sentido a la subordinación de los intereses particulares al bien del conjunto. Ese acuerdo o consenso colectivo respecto a los fines concretos del Estado es precisamente lo que constituye la concordia, que Aristóteles consideraba como una especie de amistad, la amistad política, fundada en el interés general o la utilidad común, distinta de la amistad humana en sentido estricto, que se funda en el amor y constituye un grado superior, pero insuficiente para fundar el orden de la *polis*. Santo Tomás, siguiendo el pensamiento de Aristóteles, la caracteriza como un acuerdo objetivo de voluntades que se da en la coincidencia de varios apetitos en un objeto común (14).

Si, tomando la definición del Doctor Angélico, un grupo social es una "unión de hombres para realizar algo uno en común" (15), resulta a todas luces evidente que para que una sociedad tenga posibilidad de subsistir es necesario ese mínimo acuerdo sobre ese algo uno en común que debe ser realizado por los hombres. En la sociedad política, esa voluntad concorde que permite la superación de los intereses particulares antagónicos está primeramente fundada en lo que podemos llamar el repertorio de creencias sociales básicas, que son precisamente aquellos valores y principios permanentes, sobre todo de carácter espiritual, en los cuales han sido formados sus integrantes y que vienen dados desde sus orígenes por la historia, la tradición y el ejemplo de las generaciones pasadas. Es decir, que ese acto va más allá de un mero acto de decisión libre, pues se apoya, en primer lugar, en la misma naturaleza del hombre y de la sociedad y, en segundo lugar, en toda una serie de

(14) Cfr. LAMAS, FÉLIX A., *La concordia política*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975.

(15) SANTO TOMÁS DE AQUINO, Opúsculo XIX, *Contra Impugnantes Dei cultum et religiones*, c. 3.

circunstancias y factores determinantes de la constitución de un cuerpo social concreto, lo que configura a cada pueblo en su singularidad.

Debemos destacar que el acuerdo que implica la concordia es acerca de intereses comunes y no de tipo ideológico. Dice, al respecto, Aristóteles: "La concordia parece ser también uno de los aspectos de la amistad; sin embargo, es importante distinguirla de la identidad de opinión, que puede existir entre personas que no se conocen mutuamente. No decimos que la concordia reine entre personas que piensan lo mismo acerca de una cuestión cualquiera, por ejemplo, acerca de los fenómenos celestes, pues no hay nada que se refiera a la amistad en semejante identidad de pensamiento. En cambio, se dice que los estados o ciudades ofrecen ejemplos de concordia cuando se comprueba en ellos una sola e idéntica manera de ver las cosas en lo que toca a los intereses generales, cuando en ellos se toman las mismas decisiones y cuando allí se ejecuta lo que de común acuerdo se ha juzgado bueno. Así, pues, esta identidad de sentimientos se ejerce en el orden de la acción" (16).

Y comenta Félix A. Lamas: "De lo dicho se deduce que el pretender fundar la unidad de un pueblo sobre la aceptación de una ideología común no sólo es un error sino que lleva por necesidad a una discordia casi irreducible, porque el acuerdo práctico concreto sobre ellas es imposible. Es más fácil que los hombres coincidan prácticamente sobre un interés común, que siempre es concreto, que sobre opiniones generales que son producto, muchas veces, de polarizaciones o enfatizaciones indebidas de algunos aspectos de la realidad en desmedro de la integridad de la misma. Un lugar aparte merecen las convicciones o creencias sociales básicas, dentro de las cuales muchas veces están incluidas creencias religiosas; estas creencias comunes, que podrán ser más o menos verdaderas o falsas, en la medida que están apoyadas en la tradición, es decir, en la historia concreta y continua de un pueblo en la tarea de hacer cultura, pueden formar el contexto teórico-práctico (aunque siempre, en el fondo, principalmente práctico) del acuerdo fundamental, sobre el que descansa la vida social; de ahí que, aún con la sana intención de mejorar ese cuerpo de convicciones y creencias, es peligroso para la concordia social tratar de erradicarlas; las más de las veces, por otra parte, encierran una alta dosis de sabiduría concreta. Esta tarea de pretender arrasar con tradiciones y creencias sociales arraigadas es la favorita de las generaciones racionalistas y revolucionarias que se vienen imponiendo en el Occidente desde la modernidad" (17).

No hay lazo de solidaridad más profundo que aquél constituido por las mismas convicciones en todo aquello que haga a una concepción del hombre, del mundo y de la vida. La historia nos ha demostrado hasta la saciedad cómo la fortaleza y pujanza de los pueblos ha estado siempre en relación directa con la vigencia efectiva de esos valores comunes y, por el contrario, cómo su debilitamiento ha sido la causa de las grandes crisis que, en definitiva, han llevado al derrumbe. La crisis griega es un claro ejemplo de lo

(16) ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, L. IX, C. 6, 1167a.

(17) LAMAS, FÉLIX, A., *op. cit.*, pp. 206/207.

que estoy afirmando. Perdida la fe en aquellos valores y sometido todo a discusión, la vida colectiva se disgregó; la derrota militar y la dominación macedónica no fueron más que el hecho externo culminante de todo un proceso mucho más profundo de corrosión social. El escepticismo y el relativismo, esparcidos por doquier por la obra de los sofistas —que fueron los primeros pluralistas en el mal sentido—, redujeron toda convicción a mera opinión.

En cambio, el esplendor de la Cristiandad nos muestra, en el siglo XIII, un panorama de unidad y armonía. Su unidad constituye la síntesis de una inmensa riqueza en la diversidad, pues la Suma Teológica, la Divina Comedia, las universidades, el canto gregoriano, la organización corporativa, las Cruzadas, el arte gótico, etcétera, son todas expresiones de signos muy diversos, pero convergentes en la unidad derivada de una fe común y de una misma concepción del hombre.

Este repertorio de creencias sociales básicas, de valores comúnmente aceptados por la comunidad, es lo que marca con su sello propio a las culturas de las distintas naciones. Esta es una realidad que una visión centrada en lo diverso está imposibilitada de captar, pues un pluralismo de ese tipo no puede ir más allá de la observación de la contraposición de intereses, todos igualmente legítimos. Así es como podemos apreciar en las sociedades occidentales en crisis, la libre actuación de sectores que representan expresiones tales como la defensa de la libertad sexual de la mujer, el derecho al aborto, los homosexuales (p. ej., el ayuntamiento de Valencia, España, aprobó en septiembre de 1979, a propuesta de la Comisión de Cultura, un subsidio de 100.000 pesetas en favor de la Jornada Internacional del Orgullo Gay); de sectas pseudorreligiosas aberrantes, como el triste caso del denominado Templo del Pueblo, que culminó con el suicidio provocado en masa de más de 900 personas en Guyana; de sectas demoníacas con homicidios rituales; de congresos de brujos; de infinidad de sectas esotéricas o que atentan contra los deberes del hombre para con su patria, tal como el caso de los Testigos de Jehová, etcétera.

Precisamente, Su Santidad Juan Pablo II, en su visita a Polonia, ha recordado al mundo que el vínculo cohesivo de los pueblos está constituido fundamentalmente por esos principios permanentes que configuran una determinada cultura. Dijo:

“La cultura es sobre todo un bien común de la nación. La cultura polaca es un bien sobre el que se apoya la vida espiritual de los polacos. Nos distingue como nación. Decide sobre nosotros a lo largo de todo el surco de la historia, decide más todavía que la fuerza material. Mejor, más aún que las fronteras políticas. Se sabe que la nación polaca ha pasado la dura prueba de la pérdida de la independencia durante más de cien años. Y en medio de esa prueba ha permanecido siempre ella misma. Ha permanecido espiritualmente independiente porque ha tenido su propia cultura. Más aún, en el período de las divisiones la ha enriquecido y profundizado todavía más, porque sólo por medio de la creación puede conservarse una cultura.

“La cultura polaca desde sus orígenes lleva signos cristianos bien claros. El bautismo que, durante todo el milenio, han recibido las generaciones de nuestros compatriotas, los introducía no sólo en el misterio de la muerte y resurrección de Cristo, no los convertía sólo en hijos de Dios a través de la gracia, sino que encontraba una gran resonancia en la historia del pensamiento y en la creatividad artística, en la poesía, en la música, en el drama, en las artes plásticas, en la pintura y en la escultura” (18).

Individualismo y pluralismo

Analicemos ahora las raíces del concepto de pluralismo que hace un absoluto de lo diverso, que sólo toma en consideración lo múltiple, lo que divide, pero que se olvida de unir. En el orden social es consecuencia del individualismo. Los individuos son la única realidad; la sociedad sólo es el fruto de su voluntad. Esta concepción reconoce a su vez como antecedente remoto al nominalismo, que sostenía que los conceptos universales, que son el fruto de la elaboración intelectual del hombre y que se obtienen por un proceso de abstracción partiendo de lo individual que es aprehendido por los sentidos, no tienen ninguna realidad. Lo único real es lo individual y en la medida en que es captado por la experiencia sensible. Según esta posición, las ideas o conceptos universales son sólo nombres con los que designamos esas realidades individuales. La disolución de los órdenes sociales, desde la familia hasta el Estado, tiene como fundamento esta concepción, incapaz de extender la mirada más allá de la experiencia sensible, que sólo le permite conocer lo individual y concreto. De ese modo, no se reconoce nada que pueda estar por encima de la libertad ilimitada de los individuos.

La absolutización de lo individual frente a lo universal lleva al endiosamiento del individuo, porque el no reconocimiento de un orden superior que le establezca sus límites, conduce a la afirmación de la libertad individual ilimitada, rigiéndose entonces sólo por las normas de conducta que él se dicta a sí mismo. Por lo tanto, si vive en sociedad, ésta sólo puede ser la consecuencia de un acto de libre decisión de los individuos —es la tesis del contrato social— y para mantener ese estado de libertad absoluta que les pertenece por naturaleza. La consecuencia será una sociedad constituida por un conglomerado de individuos buscando cada uno exclusivamente su propio bien, o sea, una suma de egoísmos en la que los hombres dejan de sentirse solidarios unos con otros. Es decir, ya no puede hablarse de la sociedad como unidad de orden sino como una anarquía de fines particulares, pues no existe un bien común de naturaleza distinta al de los particulares, sino que está formado por la suma de los bienes individuales. Esto quiere decir que los individuos sólo deben preocuparse por obtener su bien particular sin tener en cuenta el de la sociedad y que, así, sumando todos esos bienes individuales, se logra por sí solo el bienestar de toda la comunidad.

Pero, como sin un acuerdo social mínimo es imposible que subsista sociedad alguna, se recurre a la idea del pacto, contraído al solo efecto de que el

(18) Discurso a los jóvenes en Gniezno en la tarde de Pentecostés.

Estado sirva de garantía para el ejercicio de las libertades individuales. Entonces, la única forma de tomar decisiones que no afecten esa libertad de los individuos, es mediante la suma de sus voluntades, con lo cual se obtiene la voluntad general, única fuente de toda autoridad, de todo derecho y de toda ley. Es decir, cada individuo sólo puede estar obligado a hacer lo que la suma de las voluntades individuales, o sea la mayoría, le determine.

Esta concepción encuentra un mayor rigor intelectual en el sistema kantiano. La autonomía de la razón práctica rechaza toda posibilidad de que la voluntad reciba pasivamente la ley de su obrar de parte de algo o alguien que no sea ella misma. Es la afirmación del valor absoluto de la persona —no referible, por lo tanto, a unidad superior alguna—, considerada como un todo moral, cuyo bien supremo es la libertad, que, según palabras de Kant, es el “único derecho originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad” (19).

Así es como, frente a una sociedad que no es más que una mera suma de individuos absolutamente libres e iguales, sujetos autónomos no obligados más que a obedecerse a sí mismos, mal puede hablarse de un Estado asentado sobre una serie de principios colectivos orientadores de la vida social. En consecuencia, si lo único que se toma en cuenta es la pluralidad de individuos con sus intereses particulares antagónicos, el fundamento de la vida comunitaria no será precisamente la concordia, sino la discordia política.

Ejemplos claros de esta situación los constituyen la institucionalización de las luchas partidarias y la lucha de clases. Al canalizarse forzosamente la representación política por medio de los partidos —que agrupan artificialmente a los individuos sin tener en cuenta su posición como miembros de una familia o de una profesión—, el enfrentamiento de los intereses particulares contrapuestos que ellos representan se convierte en la esencia misma de la vida política del Estado, el cual sólo es un mero espectador de la lucha y se convierte en objeto de asalto y ocupación por parte de las fracciones en pugna. Asimismo, las tensiones entre el capital y el trabajo no logran ser resueltas en una síntesis armoniosa en razón de que la acción del Estado en este sentido dependerá de la mayor o menor presión de las fuerzas enfrentadas y no de su papel prescindente como procurador del bien común a través de la justicia.

Nada tendría de objetable el pluralismo político si se limitara al reconocimiento de la división de la comunidad en grupos con intereses contrapuestos, pues —como dijimos— esto constituye una realidad. Pero lo que no resulta admisible es su pretensión de hacer del Estado el mero resultado del pluralismo político. “Se entiende el orden estatal como la resultante de los intereses contrapuestos de los grupos y de las asociaciones que procuran en la medida de su poder poner el aparato estatal al servicio de sus intereses, a cuyo propósito se invoca la «legalidad» de cada uno de los procedimientos de

(19) TRUYOL Y SERRA, ANTONIO, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, t. II, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1975, p. 305.

acuerdo con los principios de la democracia formal...". "En la nueva teoría estatal mecanicista se elimina la concepción ética del Estado con sus principios fundamentales de la justicia y del bien común; significa la entrega del Estado al campo de fuerzas de los grupos y de los intereses de grupo. El Estado y el poder estatal están considerados simplemente como la expresión de la contraposición de las fuerzas de los intereses (*pressure groups*) más que como el mecanismo de transformación de las agrupaciones de fuerza. La teoría estatal que confunde el pluralismo político desconoce la naturaleza de la personalidad y de la sociedad, caracterizada por la responsabilidad ética; se encuentra, pues, en contradicción con la realidad" (20).

Este pluralismo así entendido parece sostener la neutralidad del Estado frente a todo orden de valores supraindividual y que se asiente sobre convicciones acerca de la naturaleza del hombre y de la sociedad. Pero, en realidad, suplanta la cosmovisión clásica, trascendente y arraigada en la metafísica, por una cosmovisión inmanentista del hombre, agnóstica, positivista y de autonomía en lo moral.

Pluralismo y marxismo

Aparentemente, siendo el pluralismo ilegítimo una consecuencia del individualismo, nada hace suponer que pueda tener relación con el marxismo, que precisamente se presenta como una concepción cerradamente monista, que define al hombre como un ser genérico, un producto social, lo que equivale a negarle toda esfera de libertad personal por su sometimiento a las leyes deterministas de la materia que rigen la vida social según el esquema del materialismo dialéctico. Es decir, la única realidad sustancial es la sociedad. El individuo es un ser dependiente, en tanto que la sociedad tiene un ser autónomo y originario. La negación de todo pluralismo es evidente.

A mi entender, tres son principalmente los cauces por los que el marxismo penetra en las sociedades valiéndose del pluralismo.

1º) El marxismo se nutre de las contradicciones existentes en el seno de la sociedad, pues éstas son las que permiten la marcha continua de la dialéctica que llevará a la sociedad comunista. Si estas contradicciones, representadas por los conflictos de intereses, están institucionalizadas y el Estado nada puede hacer para conciliarlas en una unidad superior, pues sólo se toma en cuenta la diversidad, el marxismo encontrará el clima propicio de lucha y agitación necesario para desplegar su *praxis* revolucionaria y, lo que es más grave, sin necesidad de presentarse por su nombre.

2º) Dentro de la amplia gama de intereses, sectores e ideologías existentes en el seno de la sociedad como manifestación del pluralismo, el

(20) MESSNER, J., *op. cit.*, pp. 840/841.

marxismo, en cualquiera de sus variantes, se presenta como una opción más, tan legítima como cualquier otra, paralizando así todo sano intento de defensa para salvaguardar la existencia misma del Estado, pues inmediatamente se argüirá que se está atentando contra el pluralismo de la sociedad democrática.

3º) La sociedad pluralista, que por principio niega toda posibilidad de sustentar la vida colectiva en creencias y valores superiores de carácter permanente, constituye el motor más poderoso para vaciar espiritualmente al ser humano, que, manejado por el materialismo y hedonismo imperantes, sobre todo a través de los medios masivos de comunicación social, pierde toda convicción profunda acerca de sí mismo y de la vida. El marxismo se presenta así como una alternativa válida para llenar ese vacío ideológico, una vez desterrada la cosmovisión tradicional, que en Occidente es trascendente y católica.

FULVIO RAMOS

UNA DEFINICION ROMANA DEL DERECHO: *ARS BONI ET AEQUI*

Esa compilación de la jurisprudencia romana que es el *Digesto*, mandada componer por Justiniano, emperador de Oriente (dispuesto por la constitución *Deo auctore*, del 15 de diciembre de 530 y promulgada por la constitución *Dédoken*, de fecha 16 de diciembre de 533), constituye, sin duda alguna, además de una obra ciclópea, la mayor y más importante obra jurídica de la historia: sus cincuenta libros encierran lo mejor de la ciencia del derecho elaborada por los jurisconsultos romanos, plasmada a través de una multiseccular evolución. Este monumento jurídico se inicia con un texto de Ulpiano, quien le atribuye a su antecesor Celso, una breve definición del derecho, a la que tilda de elegante: *ius est ars boni et aequi* (1).

Por cierto que la suerte corrida por esta concisa definición a través de sus dieciocho siglos de vida, ha sido muy variada. El propósito de esta nota no es tanto historiar los vaivenes que ha sufrido, cuanto señalar su genuinidad y su vigencia.

Una fecunda simbiosis

El advenimiento del cristianismo al mundo antiguo importó una verdadera eclosión, ya que aún no se habían completado los tres siglos de su aparición cuando estaba extendido por todo el Imperio, al extremo que los cultos idólatricos de la gentilidad habían quedado relegados a aldeas minúsculas y perdidas (2). Pero el cristianismo, que trajo a ese mundo una nueva y verdadera cosmovisión, en modo alguno pretendió romper con la tradición cultural que lo precedió: por el contrario, fiel al programa paulino (3) asumió los valores del mundo antiguo, entre las cuales estaba, por cierto, el derecho romano (4).

Está claro que esta asunción fue paulatina y gradual; sabido es que los primeros doctores y teólogos de la Iglesia, en los siglos iniciales de la fe, estuvieron absorbidos por su defensa, ya que era atacada desde fuera por el Imperio y desde dentro por las herejías. Pero a partir de la paz estatuida por

(1) *Dig.*, 1,1, *De iustitia et iure*, 1, *pr.*

(2) Aldea en latín es *pagus*; sus habitantes, *paganí*; de allí la voz *paganismo* para designar a las religiones politeístas de la antigüedad.

(3) Recapitular todas las cosas en Cristo, las del Cielo y las de la tierra. *Ef.*, 1, 10.

(4) *Rom.*, 7, 1.

Constantino (año 313 d.C.), comienza a gestarse una larga y fecunda simbiosis, la que decantada y elaborada a través de largos siglos, tras sucesivos jalones, culmina en el siglo XIII con la síntesis tomista. Esta comporta la cumbre del saber cristiano —aún insuperada— en la que no solamente la Sagrada Escritura, Aristóteles, la Patrística, tienen una parte muy importante, sino también el Derecho Romano (5).

Uno de los principales monumentos de esta simbiosis es precisamente, la colosal compilación conocida como *Corpus Iuris Civile*, obra inspirada y gestada por el ya nombrado emperador Justiniano. Sobre la base de un Derecho multiseccular y probado no sólo en el tiempo sino también en el espacio, cuya sabiduría estaba fuera de toda discusión, se gestó esta compilación, en la que la influencia de la nueva religión no sólo es patente, sino también admitida por los estudiosos (6). Esta unión profunda de la sabiduría jurídica romana con los principios evangélicos, explica la supervivencia y la influencia universal de la codificación justiniana.

Pero, con el correr del tiempo, sobre la estructura del saber medieval —asombrosa síntesis de la verdad revelada y de la sabiduría de la antigüedad— se abatieron furiosos vendavales que soplaban desde distintas direcciones (aunque uno sólo haya sido quien los engendró). Estos malos vientos no pudieron —era imposible— derrumbar tan sólido edificio —estaba cimentado en la Verdad—, pero han hecho mucho daño y sus perniciosas consecuencias las padecemos todavía. Como destruir es fácil, fueron muchos los que se lanzaron, sumándose a la tarea de la demolición: quién no recuerda a los humanistas, a Lutero, a Descartes, a Kant, para no citar más que los que se destacaron por encima de los demás.

La crítica moderna

El *Corpus Iuris* de Justiniano fue una de las principales presas de las nuevas corrientes, las que, indudablemente ignorantes de su verdadera naturaleza, se enfrascaron en una desconcertante cacería de interpolaciones; correspondiendo aclarar que los juristas medievales no las desconocieron, ya que el propio emperador las dispuso (7). Pero los humanistas consideraron bárbaros a aquellos que pretendieron adquirir la sabiduría jurídica en la compilación justiniana, en lugar de dedicarse a destrozarla valiéndose de un gran despliegue del aparato crítico. Ello le ha permitido afirmar a Koschaker, que "de esto resultó, naturalmente, una sobreestimación del Derecho antiguo y clásico y una actitud casi hostil frente a Justiniano y al ministro de éste, Tri-

(5) AUBERT, JEAN-MARIE, *Le droit romain dans l'oeuvre de saint Thomas*, París, 1955. Estamos preparando una traducción de este libro, cuya aparición está prevista para dentro de no mucho tiempo.

(6) RICCIOBONO, SALVATORE, *Roma, madre de las leyes*, Buenos Aires, 1975, pp. 68/92.

(7) *Constitución Deo auctore*.

boniano, director de la compilación, a quienes se imputó la deformación y falsificación del antiguo Derecho" (8).

La definición del derecho que nos ocupa —*ars boni et aequi*— única que contiene el *Corpus Iuris Civile*, fue uno de los blancos predilectos de la crítica moderna, la que no vacila en considerarla interpolada, haciendo la salvedad que para estos críticos, interpolación viene a ser sinónimo de lesa herejía histórico-jurídica. Pero al respecto escribe Riccobono que esta definición "ha sido celebrada en todo tiempo por juristas y canonistas, por filósofos y teólogos, por historiadores y literatos, en Oriente y Occidente, como una gran luz que alumbraba todo el territorio del derecho y por ello revela su esencia íntima" y continúa señalando que "la crítica moderna, en cambio, que se denomina científica, declaró incomprensible primero a esta definición y finalmente parece atribuírsela a los retóricos bizantinos, junto con todo el pasaje que la contiene" (9).

Por cierto que las críticas que se han abatido sobre esta breve y substancial definición del derecho, desde los albores de los llamados tiempos modernos, han sido muchas y variadas; unas fundadas en la crítica histórica, otras en la literaria; en algunas ocasiones se acudió a la filosofía y en otras a la diatriba (¡oh argumento de los impotentes!). Pero pese a tantos embates, la fórmula sigue enhiesta y felizmente tampoco han faltado quienes han sacado a relucir todo su arsenal científico para defenderla.

Sin la pretensión de agotar el tema, formularemos algunas consideraciones que reputamos interesantes y que pueden aportar alguna luz sobre este controvertido asunto.

El jurisconsulto Celso

Antes de pretender determinar si la definición que nos ocupa es o no el fruto de una interpolación justiniana, haremos una breve referencia acerca de la personalidad de su señalado autor. El fragmento que la contiene, primero del *Digesto*, ha sido tomado por los compiladores del jurisconsulto Ulpiano, e íntegramente reproducido, dice así: *Iure operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum; nam ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi* (10). Va de suyo que no podemos compartir la etimología propuesta y en esta materia nos remitimos al profundo y excelente estudio publicado por el profesor Di Pietro (11).

(8) P. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho Romano*, Madrid, 1955, p. 169.

(9) RICCOBONO, SALVATORE, *Ius est ars boni et aequi*, en el *Bulletino dell' Instituto di Diritto Romano*, vol. IXL y L, Milano, 1948, p. 223.

(10) *Dig.*, 1,1, *De iustitia et iure* 1, pr. Quien se ha de dedicar al derecho, conviene primero que sepa de dónde viene la palabra *ius*. Porque es llamada así por la justicia; ya que como elegantemente lo define Celso, el derecho es el arte de lo bueno y de lo justo.

(11) DI PIETRO, ALFREDO, *Ius fasque est*, en *Prudentia Iuris*, N° 1, en particular pp. 79/81.

Tenemos entonces que Ulpiano le atribuye la definición a su colega Celso. En la historia de la jurisprudencia romana hubo dos Celso: padre e hijo; pero el autor que nos ocupa es el hijo, cuyo nombre completo fue Publio Juvencio Celso Tito Aufidio Henio Severiano, que vivió en la época de oro de dicha jurisprudencia, o sea, durante el principado de Adriano. Juntamente con su coetáneo Salvio Juliano, son considerados como los más grandes jurisconsultos que dio Roma, pero de ambos se dice que el mayor es Celso, miembro de la afamada escuela de los proculeyanos y rival del nombrado Salvio Juliano, sabiniano; fue dos veces cónsul e integró el *consilium* del emperador (12).

De él afirma Kunkel que “es una cabeza de una agudeza excepcional y de un ingenio extraordinario; su lenguaje, vigorosamente apretado, resalta con claridad por encima del coro uniforme de los clásicos romanos” y continúa afirmando que “es notable su inclinación por las formulaciones sentenciosas: no es casualidad que una parte considerable de las sentencias más famosas de los juristas romanos provengan precisamente de su pluma; así la definición del derecho como *ars boni et aequi*” (13).

Pues bien, ubicado Celso en su contexto histórico, esto es, en la primera mitad del siglo II de nuestra era, realizando su vocación de jurista durante el principado de Adriano, consideremos si es posible y acorde con el momento histórico en que vivió, que saliera de su mente y de su cálamo una definición como la que nos ocupa.

Del rigorismo quirritario al derecho universal

Para concretar este propósito, nos vemos precisados a efectuar una breve incursión a través de la evolución histórica del Derecho Romano. Cuadra recordar que Roma fue una ciudad de muy modesto origen, la que durante los primeros siglos de su existencia no pasó de ser una más entre las reducidas comunidades urbanas del Lacio. Fruto de esta época es el Derecho Romano arcaico, denominado *Ius Quiritium* caracterizado por su primitivismo, su rigorismo formalista, su apego a fórmulas casi litúrgicas, que reconoció como fuentes a las *mores maiorum* y a la ley de las XII Tablas. Este derecho arcaico, que tal vez haya sido suficiente para la pequeña comunidad agrícola-pastoril que fue Roma en sus primeros siglos, bien puede ser caracterizado con una fórmula contenida en la ley decenviral: *uti lingua nuncupassit ita ius esto* (14), lo que pone de manifiesto la supremacía de las formas y solemnidades por encima de la verdad y la buena fe.

(12) DI FRANCISCI, PIETRO, *Síntesis histórica del Derecho Romano*, Madrid, 1954, p. 422.

(13) KUNKEL, WOLFGANG, *Historia del Derecho Romano*, 4ª ed., Barcelona, 1973, p. 126. Nótese que este prestigioso romanista alemán no duda de la autenticidad de la definición.

(14) *Lex XII Tab.*, tabla VI, 1. Lo que la lengua pronunció sea derecho.

Pero la victoria sobre Cartago produjo en la vida romana una transformación insospechada, ya que la hasta entonces modesta y casi desconocida ciudad del Lacio, que poco o nada significaba frente a las grandes ciudades del sur de Italia y de Sicilia, fundadas por los griegos, se vio repentinamente dueña del Mediterráneo (*Mare Nostrum*, lo llamaron) y heredero de las más rancias tradiciones de la antigüedad. Dejó de ser aquella insignificante *civitas* pastoril y agrícola para convertirse en el centro comercial del mundo antiguo; y junto con el comercio entraron la cultura y el refinamiento de la civilización greco-oriental. En este nuevo mundo al que los romanos accedieron, el arcaico derecho de los Quirites resultó insuficiente y hasta ridículo para satisfacer las nuevas necesidades de justicia que el desarrollo político del Imperio, del comercio y de la navegación, reclamaban.

El derecho arcaico, útil y suficiente para la pequeña *civitas* que fue Roma hasta la segunda mitad del siglo II a.C., fundado en las antiguas costumbres de los antepasados, ya no sirvió para regir a una ciudad que se convirtió en la cabeza y dueña del mundo. Pero el viejo *Ius Quiritium* no fue abolido: como todas las instituciones romanas no desapareció con el paso del tiempo, sino que junto a él se fue levantando paralelamente un nuevo edificio por obra de los magistrados *iudicentes*: el derecho honorario, basado ya no en un riguroso y anacrónico formalismo, sino en la buena fe —*bona fides*— y en lo bueno y justo —*bonum et aequum*—.

Como enseña Riccobono (15), hubo tres importantes jalones que posibilitaron esta evolución. El primero fue que la *stipulatio*, negocio solemne del *ius civile*, se hizo accesible a los extranjeros (peregrinos) mediante el empleo de un verbo que fuera sinónimo de *spondeo*, que estaba reservado para los ciudadanos romanos y hasta se la pudo concertar en lengua griega. El otro fue la creación de una nueva magistratura, la pretura peregrina, en el año 242 a.C., para dirimir los litigios entre los peregrinos o entre éstos y los romanos, mediante un trámite sencillo y alejado del pesado formalismo de las *legis actiones*. El tercero lo constituyó la sanción de la *Lex Aebutia*, posiblemente de mediados del siglo II a.C., que estableció el nuevo sistema del proceso civil conocido como formulario, consistente en redacción de una breve fórmula en la que el magistrado y las partes sintetizaban el conflicto y que vino a ser el gran instrumento de la transformación del Derecho Romano del que se valieron los magistrados y que dio origen al denominado *ius honorarium*.

El pretor urbano no solamente emplea ahora las fórmulas oriundas de la pretura peregrina y que la *Lex Aebutia* transportó al procedimiento civil romano, sino que también se inspiró en el *ius gentium* que aplicaba su colega peregrino, para suavizar y teñir de equidad al vetusto derecho quiritarario. Y el principio fundamental del derecho de gentes era la buena fe —*bona fides*— que no es otra cosa que lealtad, respeto a la palabra empeñada, conducta honesta en todas las circunstancias de la vida. ¿Es esto confundir derecho con moral? ¿Es que la vida humana es escindible como si se tratara de una disección?

(15) *Op. cit.*, en la nota 9, pp. 229/230.

En este momento de la evolución del Derecho Romano, *fides, bona fides*, es sinónimo de *bonum et aequum*, como lo indica Riccobono: "Sinónimo de la *fides* es el binomio *bonum et aequum*, pues estos términos tienen un elemento común, la *veritas*, la realidad de la vida..." (16). En parecidos conceptos se expresa también Di Pietro, en la nota a Gayo IV, 61, donde afirma que "en las *iudicia bonae fidei*, el *iudex* es libre de entender en el asunto estimándolo *ex bono et aequo*..." y precisa luego que "*bonum* no puede ser traducido con una significación moralista de *bondad*, sino que está atado a un concepto muy complejo de las virtudes esenciales del romano..." (17).

Este proceso lo sintetiza muy bien Iglesias cuando expone que "la acomodación del *ius* a las nuevas exigencias fue llevada a cabo por el pretor y los emperadores, bajo la guía prudente de los juristas. Cuando se dice que una determinada cláusula del Edicto pretorio *habet in se aequitatem*, se contraponen la *aequitas* del magistrado a la *iniquitas* de un *ius civile* rígido y fosilizado. La *aequitas* triunfa en el *ius gentium*, abriendo camino al derecho universal" (18).

Tal fue así, que a fines de la República, *ius civile* e *ius gentium* se unifican al extremo de no poder distinguirse. El propio Cicerón llegó a afirmar que en su tiempo, la Ley de las XII Tablas ha pasado a segundo plano, por cuanto a la esencia del derecho se la encuentra ahora en el *ius honorarium* (19). Llegado el régimen político conocido como principado o alto imperio, la línea directriz se mantiene incólume en su tendencia a la realización del *bonum et aequum*; y cuando de un modo paulatino y casi insensible, la *cognitio extra ordinem* fue suplantando al proceso formulario, es la decisión *ex bono et aequo* la que privó en los magistrados o funcionarios judiciales. Esta tendencia hacia el *bonum et aequum* dio como resultado que "el Derecho privado en Roma, en cualquier momento de su historia, no fue unitario, sino la resultante de la conjugación de varios sistemas, ninguno de los cuales era coherente solo, considerado en sí mismo. La evolución no procedió, como entre nosotros, sustituyendo las normas superadas por el sentimiento jurídico, por otras más aptas y progresivas; al contrario, conservó siempre lo antiguo aun cuando haciéndolo —si era preciso— inocuo mediante la yuxtaposición de normas de distinto orden" (20).

La época de Adriano

Esta evolución del derecho, que importa una síntesis armoniosa del *ius gentium* con el *ius honorarium*, puede considerársela consumada hacia fines

(16) *Op. cit.* en la nota 6, pp. 60/61.

(17) GAIUS, *Institutas*. Texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, La Plata, 1975, p. 312.

(18) IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano*, 6ª ed., Barcelona, 1972, § 21, p. 92.

(19) *De legibus*, I,5,17.

(20) ARANCIO-RUIZ, VINCENZO, *Historia del Derecho Romano*, 3ª ed., Madrid, 1974, p. 206.

del primer siglo de la era cristiana. Es justamente bajo el principado de Adriano (117 - 138) en que se procede a la compilación de los edictos de los pretores y de otros magistrados *iudicentes* lo que significó nada más ni nada menos que el triunfo del derecho honorario —práctico y actual, justo y adecuado— sobre el ahora subyacente derecho quirritario: y es precisamente en esta época en que vive Celso. En otras palabras, que este jurisconsulto es testigo contemporáneo de la victoria del *bonum et aequum*, de la *bona fides*, sobre el rigorismo formalista e inicuo de añejo derecho quirritario.

Por lo que resulta que la definición que nos ocupa no es el fruto de algún bizantino trasnochado, como se ha pretendido, sino la vivencia de un jurista a quien le tocó actuar en el momento de la supremacía de la *fides*, del *bonum et aequum*, sobre las fórmulas anquilosadas del vetusto *Ius Quiritium*. Esta circunstancia le ha permitido sostener a Riccobono que “la definición de *ius* dada por Celso representa la realidad de la vida y la esencia del derecho tal como era sentido por los romanos en la época de Adriano. La definición, decimos ahora, no es una creación. Ella dice cuál era en la conciencia del pueblo y en la ahora larga experiencia de los juristas” (21).

En definitiva, que se puede sostener válidamente la genuinidad del texto en análisis, o sea, que se trata de una definición tan clásica, que procede de la época del mayor esplendor de la jurisprudencia romana. Resultan errados quienes, como los autores del *Index interpolationum*, consideran que este texto ha sido alterado o introducido por los compiladores justinianos; sin perjuicio de aclarar que muchas veces esos mismos compiladores, al retocar algún texto de la jurisprudencia clásica (legislaban para su época y no estaban componiendo un repositorio), han aportado un verdadero progreso a la ciencia jurídica. Aunque no es el caso de la definición que nos ocupa, ya que se trata, como se dijo, de un texto genuino, oriundo del mejor período clásico: “La definición de Celso responde a un momento histórico en que ha sido superado el viejo formalismo, descubriéndose la esencia íntima del *ius* en lo que la conciencia social, que obra con toda suerte de datos —económicos, políticos, psicológicos, éticos— tiene por bueno y justo —*bonum et aequum*— y reclama como necesario” (22).

Derecho y moral

Además de su pretendido carácter postclásico, ya analizado, esta definición ha sido víctima de otros ataques, fundamentalmente aquél que la acusa de no respetar los límites entre el derecho y la moral. Si bien delinear estos lindes es un tema que excede de los fines propuestos en esta nota, cabría preguntarse cuál es el concepto que tienen del derecho y de la moral y de sus vinculaciones aquellos que así se expiden. Porque si ambos órdenes fueran

(21) *Op. cit.* en la nota 9, p. 234.

(22) IGLESIAS, JUAN, *op. cit.*, § 19, p. 91.

compartimentos estancos, como algunos lo pretenden, llegaríamos a la conclusión de que no hay otro derecho que el positivo. Una radical separación entre el derecho y la moral reconoce como padre al protestantismo, particularmente en sus sectas calvinista y puritana, que independizó al derecho de la religión, acabando en un derecho natural racionalista, sin vínculo alguno con la revelación (23).

Sobre este tema resulta esclarecedora la opinión vertida por Casares: "colocar al derecho fuera de la moral, como constituyendo un mundo autónomo, es hacerlo radicalmente ininteligible. Porque el derecho es, en definitiva, un orden de la conducta humana. De la conducta social, esto es, concierne a las relaciones del hombre con sus semejantes y con la sociedad como tal, y de las manifestaciones externas de esas conductas; pero no por ello dejan de ser en definitiva actos específicamente humanos, reflexivos y libres lo que se ordena mediante él" (24). Al final de cuentas, el derecho es el objeto de una virtud: la justicia, y ésta es una de las virtudes morales; precisamente, la que ordena dar a cada uno su derecho. De allí que, como con justeza lo manifiesta Olgiati (25), es el carácter de "politicidad" lo que distingue (no separa) al derecho de la actividad ética y precisa que "en virtud de esta característica, su objeto es la *justicia*, su finalidad el *bonum commune*, sus medios de actuación no rehúyen la coactividad y la coacción, sus determinaciones concretas remiten, con frecuencia, a la *volumetas* del legislador" (26).

De lo que se deduce que no es acertada la acusación vertida contra la definición de Celso de confundir derecho y moral. ¿Acaso el paradigma romano no es el del *bonus et diligens pater familias*? No parece que la justicia baste para la realización del bien común: de allí el acierto de los romanos al unir el *bonum* con el *aequum*. ¿Confusión entre derecho y moral en esta definición? Más que confusión, allí se presenta una unión intencional. Y para cerrar este apartado no resistimos a la tentación de transcribir a Martínez Casas: "¿Es acaso esta definición, como se ha dicho por alguien, nada más que un modo elegante de explicar, o simplemente de una redundancia, ya que lo justo tiene que ser bueno, y si es equitativo tiene que estar bien? No, nada hay de más en la concisa expresión *ars boni et aequi*. Pero a esta definición de Celso se la entiende mejor si se la compara con aquella otra, que está muy cerca en el *Corpus Iuris*, y que enseña que la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas. El *ars boni* corresponde a la *divinarum rerum notitia*, el *ars aequi* a la *humanarum rerum notitia*" (27).

(23) FR. TEÓFILO URDANOZ, O. P., *Introducción a la cuestión 57, Summa Theologiae*, t. VIII, Madrid, 1956, p. 217.

(24) CASARES, TOMÁS D., *La justicia y el derecho*, 3ª ed., Buenos Aires, 1974, p. 105.

(25) OLGIATI, FRANCESCO, *El concepto de juridicidad en santo Tomás de Aquino*, Pamplona, 1977, p. 335.

(26) *Idem*, p. 336.

(27) MARTÍNEZ CASAS, MARIO, *El Derecho Romano como arte de lo justo*, Córdoba, 1977, p. 11.

¿El derecho es arte?

Uno de los inconvenientes, si bien menores, que presenta nuestra definición, es la inclusión de la palabra *ars*. Tal vez su incorrecta inteligencia haya llevado a Schulz a calificarla de “vana frase retórica” (28). Con respecto a este vocablo, antecedente directo de nuestra voz castellana arte (29), digamos que tiene un sentido generalmente mal conocido; con el agravante que en el lenguaje cotidiano se lo suele preservar para las bellas artes.

Una prieta y esclarecedora síntesis semántica de arte nos proporciona Lapieza Elli (30), quien recuerda el origen indoeuropeo de *ars*, palabra a la que vincula con *areté*, *aristos*, *arma*, e incluso con el inglés *arm*, concluyendo que tiene un sentido de sistematización articulada y los valores de ciencia y de técnica. *Ars* se traduce al griego por *téjne*, o sea, técnica, esto es, una virtud que reside en el sujeto.

Porque el arte es, fundamentalmente, una virtud intelectual (31): “el arte es una virtud del entendimiento, una virtud del entendimiento práctico, podría llamársela la virtud propia de la razón operaria” (32). La perfección del arte reside en el juicio (33), y aclara el mismo Doctor que en un principio, la palabra derecho sirvió para significar la misma cosa justa —*ipsam rem iustam*— y luego se derivó para denominar —entre otras cosas— al arte con que se discernie qué es lo justo —*ad artem qua cognoscitur quid sit iustum* (34). Con esta luminosa y concisa aclaración del Aquinate, queda develado el sentido que en el texto de Celso tiene la palabra *ars*. Esta definición el propio Santo Tomás la transcribe en la primer objeción del art. 1, de la q.57 de la II-II, en el que se plantea si el derecho es el objeto de la justicia.

Celso y la actualidad

Todo lo que nos lleva a la conclusión, que la definición de Celso es auténtica y no es vacía ni retórica ni confunde derecho con moral. También habría que reivindicar a la retórica, tan vapuleada y vilipendiada, ya que como dice el Filósofo “entendemos por retórica la facultad de conocer en cada caso aquello que puede persuadir” (35), pero Aristóteles no dice ni se infie-

(28) SCHULZ, F., *History of roman legal science*, Oxford, 1946, p. 136 (citado por IGLESIAS, *op. cit.*, p. 88, nota 2).

(29) *Diccionario de la lengua española*, 19ª ed., Madrid, 1970, p. 125, 3ª col.

(30) LAPIEZA ELLI, ANGEL E., *Introducción al Derecho Romano*, Buenos Aires, 1972, p. 15.

(31) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 57, a. 1.

(32) MARITAIN, JACQUES, *Arte y escolástica*, Buenos Aires, 1958, p. 111.

(33) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *op. cit.*, II-II, q. 47, a. 8.

(34) *Idem*, II-II, q. 57, a. 1, *ad primum*.

(35) ARISTÓTELES, *Retórica*, C.I., 1355 b, Buenos Aires, 1966, p. 42.

re de su definición que sea el arte de engañar. Luego, el arte de persuadir, en tanto cuanto el fin propuesto sea bueno, es también bueno y ninguna objeción merece; por lo que es hora de acabar con tantos lugares comunes que en el fondo no son más que el fruto de la ignorancia o la mala fe.

La definición de Celso, breve y sentenciosa, está llena de fundamento y sentido común. Si bien se generó como consecuencia del proceso evolutivo del Derecho Romano, lo fue en una época en que la ciencia jurídica había alcanzado un nivel superior, porque lo que podría parecer como el fruto de ciertas circunstancias de tiempo y lugar, ha adquirido validez y vigencia universales.

Se afirma que el derecho es *deber-ser*; luego, ¿el obrar humano no debe ser bueno y justo? ¿O es que en este siglo XX los hombres deben ser malos e inieuos? Tal vez sea porque nos toca vivir en una civilización de corte materialista, con un neto predominio de las ciencias naturales y la aplicación de estas ciencias a la comodidad y bienestar humanos, que nos hemos olvidado de reflexionar acerca de los grandes temas, de aquellos que hacen al *hominum vivere*. En cambio, los antiguos se dieron con ahínco y seriedad a pensar sobre ello y fruto de ese pensamiento fueron tantas obras llenas de luz que nos legó la antigüedad clásica y que el cristianismo asumió dándoles el toque divino que les faltaba.

La definición de Celso se yergue enhiesta a través de los siglos, no pretendiendo desentrañar la esencia íntima del derecho —*ipsa res iusta*— sino señalando la virtud que deben poseer los ciudadanos: el arte de lo bueno y de lo justo. Porque no se debe olvidar que siendo el hombre, pues, parte de la ciudad, es imposible que un individuo sea bueno si no guarda la debida proporción con el bien común —*cum igitur quilibet homo sit pars civitatis, impossibile est quod aliquis homo sit bonus, nisi sit bene proportionatus bono communi* (36).

EDMUNDO J. CARBONE

(36) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *op. cit.*, I-II, q. 92, a. 1, *ad tertium*.

HACIA LA REFORMA DE LA LEY DE ADOPCION

La solidaridad humana se ha expresado tradicionalmente a través de la incorporación de un hijo ajeno a la familia propia.

No voy a detenerme en el análisis histórico de la institución, sino para decir que sus orígenes son muy antiguos, y que es bien conocida la regulación romana, rescatada más tarde por el derecho español, que en las leyes de Partidas organiza el prohijamiento, y la crianza, relaciones jurídicas plenas de espíritu tuitivo. El Código Napoleón incluyó la adopción entre sus instituciones, acaso por la preocupación dinástica de Bonaparte, matizada por un espíritu individualista que dio al vínculo aspecto contractual.

Cuando el ilustre autor del Código Civil Argentino asumió la responsabilidad de realizar su valioso aporte a la organización jurídica de la patria, creyó oportuno marginar el instituto de la adopción, por razones que expresa en su nota de elevación del proyecto al Ministro de Justicia, Culto e Instrucción, Dr. Eduardo Costa.

Pasaron así muchos años, durante los cuales la Argentina no contó a la adopción entre sus instituciones de derecho de familia, a pesar de que se alzaron algunas voces que propiciaron su incorporación a nuestro sistema legal. Entre ellas merece mención especial, por la valía de su trabajo, la del Doctor Jorge Eduardo Coll, autor de un libro que iba a marcar el rumbo a la legislación nacional.

En el año 1948, el Congreso debatió un proyecto, que, con muy leves reformas, resultó aprobado y promulgado como ley 13.252.

La incorporación de la adopción a la legislación nacional constituyó un progreso que no cabe discutir, aun cuando haya habido opiniones aisladas que, por diversos motivos, se alzaron contra la institución.

Se ha dicho en tal sentido —acaso repitiendo a Vélez—, que la protección de los menores puede lograrse a través de otras instituciones, como la tutela o la guarda.

“Desde que por nuestras leyes le está abierta a la beneficencia el más vasto campo, ¿qué necesidad hay de una ilusión, que nada de real agrega a la facultad que cada hombre tiene, de disponer de sus bienes?”, pregunta el codificador en la nota a Don Eduardo Costa. Sin embargo, esta interrogación encuentra en los hechos una respuesta consistente: Mientras nuestra legislación no incorporó el instituto de la adopción, el medio utilizado para sustituirla no era otro que el fraude al estado civil, la inscripción de hijos ajenos como si fueran propios.

Con posterioridad a la sanción de la ley 13.252, fue considerable, y creciente, el número de adopciones gestionadas ante los tribunales, y eso, a pesar de que la nociva costumbre de las anotaciones fraudulentas no desapareció por completo.

Aun cuando no creo que la conveniencia de una ley pueda medirse sólo a través de que ella refleje, en mayor o menor medida una realidad social, estoy persuadido de que tratándose de normas que no lesionan los principios del derecho natural, la aplicación frecuente de una ley, revela que la institución regida por ella expresa una necesidad social verdadera.

Por lo demás, a poco que se reflexione sobre el punto, será fácil advertir que la adopción difiere de manera sustancial de la tutela o de la guarda, orientadas también a la protección de los menores.

Y esta diferencia radica en que los adoptantes formulan exteriormente, y asumen interiormente, el compromiso de constituirse en adelante en padres del menor que se les confía.

Este compromiso no queda circunscripto al cumplimiento de ciertas obligaciones, que la ley expresa al precisar el contenido de la patria potestad.

La paternidad, como el matrimonio, como el parentesco en sus diversos grados, son vínculos entrañables, que el derecho se limita a disciplinar estableciendo con carácter imperativo los contenidos mínimos de la relación. Pero es obvio que un marido que al cabo de su matrimonio sólo pudiera ostentar el cumplimiento de los deberes que le imponen los artículos 50, 51 y 53 de la ley 2393; un hermano que sólo se sintiera ligado a otro por la obligación alimentaria que deriva del artículo 367 del Código Civil; o un padre que sólo viera a su hijo como acreedor de las obligaciones que surgen de los artículos 265 y siguientes, sólo serían una escuálida caricatura de esa realidad vital, rica y fecunda, que constituye ser marido, padre o hermano.

El padre mira a su hijo, como alguien a quien aspira a dar lo mejor que se pueda alcanzar en este mundo, y lo más alto que le pueda brindar la vida del espíritu. Sabe que está comprometido a renunciaciones y abnegaciones, para arrimar al hijo desde los tramos iniciales de su existencia todas las posibilidades de realizar en su persona el bien y la verdad, el heroísmo y la belleza.

El padre se proyecta en la persona de su hijo, advierte que ha de sobrepasar, merced a la vida de los hijos, los límites estrechos de la mortalidad; ha de perdurar en el futuro, y seguirá vivo, aún después de que se cierre la cuenta de sus días en esta tierra.

Esta vinculación profunda entre dos personas tiene ordinariamente su origen en el nexo biológico que las vincula; pero es obvio que el nexo biológico no agota de por sí la esencia de la paternidad. El hombre, en cuanto ser complejo —cuerpo y alma— no se liga a los demás sólo a través de las pericias de su cuerpo, sino que los vínculos humanos son dignos de tal nombre cuando enraizan en el alma, cuando penetran en la conciencia, cuando suscitan una responsabilidad libremente asumida.

Se habla de paternidad biológica y de paternidad psicológica.

La diferenciación es legítima si parte de la premisa de que la paternidad es una larga, compleja y exigente misión, cuyo cumplimiento es legítimo reclamar a quien ha dado la vida; pero que, excepcionalmente, puede asumir otro, cuando resulta imposible que el padre biológico cumpla con aquello que el orden natural le demanda.

El adoptante es, pues, alguien que se coloca voluntariamente en posición de deudor, alguien que asume sobre hombros propios cargas ajenas, alguien que responde por lo que nadie le pide, alguien capaz de anudar, en el hondón del alma, una relación estrecha, comprometida, entrañable, con otra persona que no es biológicamente su hijo, pero por quien está dispuesto a responder como si lo fuera.

Y esta diferencia sustancial, de calidad y no de intensidad, es la que separa, como pertenecientes a mundos distintos, la tutela y la adopción. La primera es relación jurídica, integrada por un conjunto derechos y deberes, una función que la sociedad encomienda. La segunda es relación personal; es misión más que función por cuyo cumplimiento se responde ante Dios.

Creo, por eso, que es necesario aproximarse a la consideración de este problema, con una actitud respetuosa ante la institución y ante quienes, apoyándose en ella, son capaces de darse a los demás con ánimo digno de ser ensalzados.

Quiero subrayar mi actitud frente a la adopción, y mostrar que la discrepancia que he expresado públicamente con la regulación legal del instituto, no debe ser confundida con prevenciones o antipatías respecto de un vínculo cuya nobleza y dignidad, me complace destacar.

Acaso los problemas que han agitado el ambiente en torno a la legislación sobre la adopción, reconozcan raíces diversas, y tengan en común la relativa novedad de la institución en la Argentina, que ha suscitado en unos actitudes de base emocional, y ha tentado a otros a la utilización del vínculo adoptivo ordenándolo a fines que no son los suyos propios.

Adopción y orden natural

Es evidente que la adopción no fluye de manera directa del orden natural, porque conforme al orden natural el cuidado, la educación y sustento de los hijos, corren por cuenta de sus padres de sangre.

Estos cumplen de ese modo una nueva etapa del proceso, que comienza con su recíproca entrega amorosa, de la cual se sigue el nacimiento de una nueva vida, y con ella, la automática transformación del hombre y la mujer en padre y en madre, responsables de cuidar, formar y sostener a la prole.

Toda interrupción deliberada de este proceso, en cualquiera de sus puntos, toda fractura en su unidad —la esterilización, el aborto, la disolución del

vínculo conyugal— constituye un acto de violencia contra el orden natural y, por ello, está reprobado por la moral y por el derecho.

Es, pues, muy claro que confiar el fruto de la unión de dos personas, a otras distintas, que las reemplacen en el cumplimiento de la misión paterna, constituye una eventualidad que sólo cabe admitir para resolver situaciones excepcionales en las cuales los padres están impedidos —física, moral o jurídicamente— de cumplir la misión que les es propia.

Y es en estas situaciones donde la adopción aparece como medio para reparar la ruptura que puede producirse en el curso normal de los hechos, a raíz de la muerte de los padres, su abandono de los hijos o la privación judicial de la patria potestad.

La adopción interviene como una “institución-remedio” y como tal debe ser tratada, contemplando el problema que se procura resolver que, con diferencia de matices, es siempre el mismo: El de un menor desprovisto del amparo que ordinariamente debieron proporcionarle sus padres.

En tal carácter, corresponde que recibamos a la adopción en el mundo del derecho, como se recibe al cirujano, que va a salvar una vida alterando, acaso, el curso de una arteria, pero con la conciencia de que la intervención quirúrgica es un acontecimiento excepcional, que sólo por razones muy serias conviene practicar.

Cualesquiera hayan sido sus imperfecciones, cabe reconocer que la ley 13.252, reguló el instituto de la adopción con aceptable criterio, es decir, manteniendo frente a la organización de la familia —exponente y factor del orden natural a que nos referimos— una actitud de prudencia, que se exteriorizaba en muchas de sus disposiciones, aunque no resultaba de otras, no suficientemente respetuosas de los vínculos de sangre. A la sombra de la ley de adopción, y a medida que sus normas comenzaron a aplicarse, y a constituirse vínculos jurídicos basados en ellas, las cosas comenzaron a variar, hasta que en 1971 se dictó la ley actualmente vigente.

Esa variación ha ido señalando un progresivo distanciamiento entre la tarea del legislador y de algunos intérpretes, respecto de los principios rectores en los cuales se apoya la familia; se ha ido perdiendo el respeto por ciertos vínculos, se ha pretendido sustituir la obra de la naturaleza por las previsiones legales y, en suma, se ha distorsionado el cuadro dentro del cual la adopción debe desenvolverse.

Tendencias notables

Quisiera señalar algunas tendencias que han incidido, a mi juicio, negativamente en la regulación de este instituto. Y, por si hiciera falta, quisiera también aclarar que la mención de corrientes que juzgo equivocadas, no implica un juicio de las personas que las sostienen. Las personas son siempre

respetables porque ostentan una dignidad, que proviene de su divina filiación y que no se oscurece del todo, por mucho que puedan errar.

Las ideas son mucho menos respetables que las personas. Quien las formula y las sostiene está sometiéndolas de suyo a la confrontación con las ideas de los demás, sobre todo en sociedades como la nuestra, donde, dígase lo que se quiera, hemos usado siempre —y abusado a veces— del derecho a discrepar.

Las tendencias equivocadas a que aludo en materia de adopción, son fundamentalmente dos.

a) *La tendencia emotiva:*

Nace a partir de la aplicación de la ley 13.252.

La adopción, en cuanto medio de tutelar a menores desprotegidos, genera un movimiento en cuya raíz hay motivaciones valiosísimas: El amor al prójimo, la voluntad de servir por un lado; y por otro, las ansias de paternidad, que están insertas en la raíz de todo ser humano, y cuya legitimidad no admite cortapisas.

El impulso solidario, pues, que está en la base de la adopción, no sólo nace y se arraiga en quienes asumen la generosa decisión de adoptar, sino también en quienes trabajan en organismos, públicos y privados, que se relacionan con la promoción, el control, el perfeccionamiento de la adopción.

En esas personas se suele despertar un fervor muy grande hacia la institución, que se robustece a medida que la experiencia les muestra los casos concretos que la adopción resuelve.

Nada más lejos de mi ánimo que enjuiciar a quienes son capaces de darse con abnegación y con inteligencia a una obra tan noble y constructiva. En estos días en que la gente sólo suele afanarse por las conquistas materiales, y ufanarse por las conquistas tecnológicas, sería más ingrato que nunca retacear la admiración que merecen quienes ponen su capacidad y su esfuerzo en una empresa de alto contenido humano. Pero lo cierto es que el fervor en cuestión, en ciertos casos, se suele apoderar en tal forma de las personas aludidas, que ellas se transforman, consciente o inconscientemente, en apóstoles de una institución jurídica, en defensores de toda iniciativa que signifique la difusión, la amplitud, la simplificación, el resguardo de la adopción.

En muchos casos, esas personas que dan ejemplo de generosidad, de buen criterio, de amor al prójimo, para mencionar sólo algunas de sus virtudes, carecen de formación jurídica.

Pero su convicción es tanta, su vivencia del caso concreto, o de los casos concretos en que han intervenido es tan intensa, que generan una presión muy considerable, capaz de persuadir de que las leyes, las interpretaciones, las decisiones judiciales, la intervención de organismos administrativos, deben ser de tal o cual manera.

Y esa manera es, por lo general, la que aconseja el "criterio práctico", la experiencia más o menos larga, lo que se suele llamar la lucha en la trinchera. Esta actitud origina los primeros choques entre los apóstoles enervados y el orden jurídico.

Cuando los participantes de esta verdadera cruzada de la adopción advierten que sus impulsos loables, sus visiones prácticas, su experiencia, deben confrontarse con una regulación jurídica basada en principios mucho más amplios, mucho más antiguos y mucho más fundamentales que sus propias pretensiones, entonces, salta la chispa de la polémica.

Existe una suerte de resistencia a respetar normas y estructuras preexistentes, y así la actitud de quienes se animan a proclamar normas elementales del derecho natural, aparece como si se pretendiera someter la virtud de la caridad al contralor burocrático.

La inspiración que dejó apuntada ha sido determinante de algunas normas de la ley vigente, y de otras contenidas en alguno de los proyectos con que hoy se pretende sustituirla.

b) *La tendencia legitimante:*

Junto a la tendencia señalada, que identifico como un impulso generoso, aunque no suficientemente moderado por la prudencia, se advierte otra corriente de opinión, cuya intención es ciertamente menos ingenua.

Bien conocido es el hecho de que en nuestro país, baluarte de la indisolubilidad matrimonial y refugio de una concepción de la familia que mantiene su vigencia y su lozanía, existe un comercio ilegal de matrimonios.

Las fronteras de la patria suelen ser cruzadas por un contrabando aparentemente inofensivo que, sin embargo, encierra una peligrosidad semejante a la de las drogas, y cuyo consumo masivo degrada la dignidad de la familia: el contrabando de estados civiles alcanzados en fraude a la ley.

Existe, en la Argentina de hoy, un número no desdeñable de aparentes matrimonios, basados en documentaciones espurias, celebrados en comarcas a veces próximas y a veces distantes, que sólo son, en el fondo, concubinatos concertados sobre la base del adulterio de uno de sus integrantes o de los dos.

La sociedad argentina supo defenderse, en otro tiempo con más vigor, de esta invasión no gigantesca, pero sí significativa de uniones ilegítimas.

La presión que sobre ella se ejerce hoy día es intensa: los medios de difusión divulgan a cada paso las peripecias sentimentales de cantantes, deportistas, actores y ejecutivos, que "se casan", —así se dice— por tercera, cuarta o quinta vez, creyendo encontrar en cada una de esas experiencias ese "calor de la perfecta compañía", que cantaba el verso de Bernárdez. Y esos casos se presentan al gran público como si se tratara de ejemplos, sin la más leve palabra esclarecedora sobre el signo moral y jurídico de tales aventuras.

La tendencia a procurar la legitimación de las uniones espurias a través de la admisión del divorcio vincular, ha intentado más de una vez la batalla frontal para conseguirlo. Pero mientras esa ocasión no llega —y quiera Dios que nuestros hijos no la vean— se empeñan en acciones laterales, y así favorecen la constitución de conglomerados ilegítimos que revistan la apariencia de familias.

La adopción ha sido utilizada frecuentemente con esa finalidad, porque dado que el vínculo que liga a adoptante y adoptado es equivalente a la filiación legítima, se procura constituirlo en favor de padres adúlteros y, de ese modo, se asimila la prole extramatrimonial a la situación jurídica de la legítima.

En función de este objetivo —dar apariencia legítima a vínculos que no lo son—, se propicia no sólo una interpretación amplísima de los textos legales vigentes, sino también la sustitución por otros, más liberales todavía, merced a los cuales se borre toda diferencia entre la filiación legítima y la adúlterina.

Sobre estas aguas, a veces movidas por el viento de la polémica, surgió la ley vigente en materia de adopción, que lleva el N^o 19.134 y que ha sido objeto de críticas muy severas.

Las opiniones de juristas tan versados como Borda, López del Carril, Belluscio, Goyena Copello, han coincidido en apreciaciones muy severas sobre el texto legal, inspiradas a veces en razones de carácter técnico, y otras en enfoques relacionados con las respectivas concepciones sobre la institución.

También yo escribí un trabajo dedicado al nuevo texto legal, reprochándole sus numerosos desaciertos, y señalando un cierto espíritu de soberbia legislativa, que campea por sus disposiciones y consagra soluciones que no vacilo en calificar de absurdas.

Curiosamente, nadie ha salido en defensa de una ley dictada bajo el impulso del entusiasmo por simplificar el régimen de la adopción, y por dar mayor significado al vínculo, pero privada de toda congruencia, y afeada por una mala técnica legislativa.

No voy a enumerar mis discrepancias con el texto legal vigente, porque ello sería largo y tedioso. Señalaré solamente, a título de ejemplo, que con el afán de evitar al adoptante toda zozobra, llega a prescindir de los padres, tratándolos con un rigor que llega al extremo no sólo de privarlos de la patria potestad, sino de dar por extinguidos sus vínculos de sangre con el hijo, sin concederles la ocasión de defenderse, o de ser llamados al proceso.

Otra muestra de la descontrolada regulación de la adopción plena consiste en el carácter irrevocable que se le otorga, haciendo de ella un vínculo más sólido que la filiación de sangre, puesto que ésta se extingue cuando se constituye la adopción, mientras que la adopción es absolutamente inconvencional, aun en caso de muerte, abandono o pérdida de la patria potestad por el adoptante.

No vale la pena seguir y menos aún mencionar las infinitas fallas sistemáticas, los errores terminológicos, las deficiencias que hacen de la ley 19134 una ley pésima.

Sobre este juicio de valor que suscita la ley vigente, surgió la iniciativa oficial de reformar su texto, designando a tal fin, en marzo de 1979, una comisión especial que, bajo la presidencia del Secretario de Estado de Acción Social de la Nación estuvo integrada por la Subsecretaria del Menor y la Familia, Dra. Borzone y por los Doctores Carmen Insaurraga de Paz, Patricio Raffo Benegas, Julio Martínez Vivot, Francisco Magín Ferrer, y por quien habla, en representación del Ministerio de Cultura y Educación.

No voy a traer a colación los pormenores del funcionamiento de dicha comisión, que ha terminado ya su cometido, con la elaboración de dos proyectos, sino a reseñar someramente las ideas generales que sostuvimos en las deliberaciones y algunas características del proyecto que formulamos junto con los Doctores Raffo Benegas y Ferrer.

Como enfoque básico, se ha tenido en cuenta que la adopción responde a diversos intereses que la ley debe asumir, y que están ordenados en un nivel jerárquico.

En primer lugar, la ley debe asegurar la protección de menores desamparados dotándolos del ámbito familiar indispensable para que puedan alcanzar un desarrollo moral, psíquico y físico satisfactorio.

En segundo lugar, la ley de adopción debe tomar en cuenta que las personas que alcanzaron la plenitud de la edad, se sienten atraídas por la posibilidad de tener descendencia. Y cuando esta posibilidad no se da naturalmente, el vínculo adoptivo permite que tales personas se ligen a alguien que ocupará el lugar del hijo, y en quien volcarán el ejemplo formativo, el consejo orientador, todo cuanto legítimamente se puede aspirar a transmitir a la prole propia.

Por último, se debe contemplar el interés social, que consiste en lograr la ubicación de los menores, en los hogares capaces de cumplir la misión educadora que compete primordialmente a la familia.

Sentados estos puntos de partida, ha de tenerse en cuenta, para procurar un texto legal que armonice los tres intereses precedentemente anunciados, que el vínculo adoptivo es una relación de familia y que, por lo tanto, su regulación ha de quedar integrada en la estructura jurídica de la familia, tal como la organizan el Código Civil y las leyes que lo complementan.

Las normas sobre adopción han de armonizar con las normas que componen aquella estructura, y no irrumpir en medio de ellas, sin orden ni concierto.

En otras palabras, la regulación de la adopción está subordinada a la organización de la familia.

Si tal subordinación fuese desconocida u olvidada, se produciría el crecimiento desproporcionado de una institución, a expensas de otra, que cum-

ple funciones permanentes y sustanciales en la sociedad; se produciría una suerte de rebelión de la parte contra el todo, algo parecido a lo que ocurre cuando las células que componen un tejido crecen desordenadamente y terminan por causar la muerte del organismo entero.

De aquí, pues, que el entusiasmo por una institución deba sujetarse a ciertas reglas, y expresarse con prudencia y con mesura.

No creo, por eso, que se deba abogar por una ley más amplia, en el sentido de facilitar exageradamente la constitución del vínculo adoptivo y reducir al mínimo las restricciones.

El derecho a adoptar no puede ser reconocido a cualquiera respecto de cualquiera, porque nadie está, en principio, investido de tal derecho.

Ya he dicho que la adopción es un remedio para situaciones extraordinarias, y como remedio que es, debe ser administrado con moderación, como se administran bajo receta los remedios más enérgicos y eficaces. Si así no fuera la intoxicación farmacológica estaría golpeando a cada puerta.

Teniendo claros estos puntos de partida, se simplifica la decisión que cabe adoptar frente a los diversos problemas que la ley regula.

Sólo voy a referirme a uno de ellos.

Uno de los más importantes se relaciona con la figura de los adoptantes.

Tanto la ley 13.252 como la ley vigente, partieron de un concepto que por mi parte juzgo equivocado, y es la adopción unipersonal. Diría que en ambas leyes la adopción por cónyuges está mirada como un supuesto excepcional. Basta leer el artículo 2º de la ley vigente y el 3º de la anterior, para advertir que el principio general es que se prohíbe que alguien sea adoptado por más de una persona, salvo que los adoptantes sean cónyuges. Y a lo largo de todo el texto de una y otra ley, se alude siempre al adoptante en singular.

Si se admite que el objeto primordial de la adopción es dotar de ámbito familiar al menor que carece de él, aparece como una necesidad insoslayable vincularlo a una familia y no a una persona.

La naturaleza no solamente requiere la asociación de un hombre y una mujer para engendrar una nueva vida en el plano físico. Este concepto, burdamente materialista puede valer en el mundo de las abejas, pero no en el de los seres humanos.

La asociación del hombre y la mujer, necesaria para que la nueva vida sea engendrada, debe ser mantenida mucho más allá del acto de la fecundación.

El deber de los padres tiene una duración que no cesa hasta que los hijos alcancen la plenitud; un estado que la ley presume que se logra a los veintiún años, aun cuando más allá de ese límite los hijos necesitan tantas veces el auxilio, el consejo, el ejemplo de los progenitores.

Esta necesidad de que los padres permanezcan unidos no es el producto de una convención, sino que deriva de la necesidad de que el hombre y la mujer que concurren a dar la vida a un nuevo ser, efectúen aportes distintos para la formación y educación del hijo.

Los ejemplos, las enseñanzas, las virtudes inculcadas por el padre y por la madre, aunque tengan zonas comunes, no son idénticas, como que los sexos tienen una diferencia que va más allá de lo físico, y que se exterioriza con claridad en lo psíquico. En grandes líneas, y sin que esto importe aventurarse a cazar en coto ajeno, diría que mientras la madre es quien comunica al hijo con el mundo de la afectividad, el padre lo sitúa en el ejercicio de la voluntad. La madre infunde dulzura y el padre coraje y vigor. Esta es la ley, a pesar de los estragos del unisex, que se presenta como un estilo en el modo de vestir, y en la apariencia exterior, pero que si se traslada al campo de la educación y la cultura, provocará daños irreparables en la formación de las futuras generaciones.

Y si esta es la ley, si esto es lo que el orden natural indica, al diferenciar claramente los sexos, y esto es lo que se cumple normalmente respecto de los hijos, ¿cómo se va a prescindir del respeto por idénticos principios cuando se trata de la adopción?

Es extremadamente evidente que el menor desamparado a quien se puede incorporar a una familia, no debe ser privado del aporte específico y diferente que ha de suplir al que ordinariamente proviene del padre y de la madre.

Definitivamente el adoptante, no debe ser un hombre o una mujer, sino un hombre y una mujer, unidos en matrimonio.

Esto no es sólo una conclusión a la que se llega de la mano de la sensatez, sino que fluye de las leyes extranjeras más próximas a nuestra realidad cultural. No voy a recargar esta exposición con un análisis prolijo de la legislación de otros países. Recordaré solamente que el Código Civil italiano, pues de la infortunada reforma en materia de familia del año 1975, sostiene en su artículo 314/2 que la adopción especial —equivalente a la llamada plena entre nosotros— “está permitida a los cónyuges unidos en matrimonio desde, por lo menos, cinco años, entre los cuales no haya separación personal, ni siquiera de hecho” y el artículo 171 del Código Civil Español aunque concede una excepción a los viudos, autoriza la adopción plena sólo a los cónyuges que vivan juntos, procedan de consuno y lleven más de cinco años de matrimonio.

Era también la disposición del Código Civil Francés, cuyo artículo 368 decía que la legitimación adoptiva no puede ser demandada sino conjuntamente por ambos esposos no separados de cuerpos. Al reformarse el régimen de la adopción, en 1966, la ahora llamada adopción especial se admite en principio para los cónyuges, pero el artículo 343-1, abre la posibilidad también a personas no casadas.

Es esta una muestra de la involución de la legislación francesa en materia familiar, que se ha producido en los últimos años, y que ha suscitado, en lo que se refiere a patria potestad y a la relación entre los cónyuges, por ejemplo, la preocupación seria de juristas relevantes, como los Mazeaud, con-

vencidos de que un espíritu disolvente, impulsado por propósitos demagógicos, ha inspirado las reformas legales francesas en derecho de familia.

La regulación que atribuya la adopción solamente a matrimonios tendrá la ventaja de eliminar una de las interpretaciones deformantes, como es la adopción del hijo de una mujer casada por el hombre que vive en concubinato adulterino con ella.

Esta posibilidad, que ha sido admitida en algún caso, y rechazada en muchos otros, fue sometida a la decisión de un tribunal plenario de la Cámara Civil de la Capital, que pone de manifiesto la improcedencia de tal adopción.

Pero la cuestión no debería depender de la apreciación judicial, sino que debería fluir de la ley, de manera inequívoca, como el único criterio compatible con un sentido de la convivencia social asentada sobre bases morales.

Es claro que la ley no puede prohibir expresamente cada situación que pueda surgir en la imaginación de intérpretes dispuestos a forzar los textos, pero debe sentar, con la mayor claridad posible, principios que aventen interpretaciones aberrantes.

La norma que atribuya la adopción exclusivamente a matrimonios desbaratará la pretensión del concubino de una mujer casada, de convertirse, a través de la adopción, en padre legítimo del hijo de aquélla e impedirá que los jueces vacilen sobre la procedencia de tan aberrante vínculo adoptivo.

En suma concluimos sobre este punto que, puesto que la adopción es un remedio establecido para sustituir la misión de los padres respecto de menores privados de su amparo, debe adecuarse el funcionamiento de la institución a los dictados del orden natural, y procurar que el vínculo adoptivo se establezca de la manera más semejante posible a la prescripta por dicho orden, esto es, proporcionando al menor adoptado la asistencia de un hombre y una mujer, unidos en matrimonio, que desempeñen los papeles propios del padre y de la madre.

La posición que sostengo podría encontrar objeciones de tipo práctico si en la realidad existiera un gran número de menores en condiciones de ser adoptados, y un pequeño número de matrimonios solicitantes. Pero ocurre —por lo menos en Buenos Aires— todo lo contrario, es decir, que los matrimonios que aspiran a adoptar un menor deben esperar largo tiempo antes de que la adopción se les conceda, por cuanto la demanda —si fuera lícito hablar en estos términos— es notablemente superior a la oferta.

Pero aun cuando las circunstancias fueren diversas, el principio debe mantenerse, con el único matiz que hemos introducido en el proyecto de ley que suscribimos con los Doctores Raffo Benegas y Ferrer: Excepcionalmente —dice el texto— la adopción podrá ser conferida unilateralmente a personas solteras o viudas, cuando la negativa a la adopción solicitada implique dejar al menor en una situación de abandono o desamparo material o moral.

Es decir, que sólo la necesidad de salir de la situación de desamparo en que se encuentra, justificará el sacrificio del derecho que corresponde al menor,

de ser asimilado a un ámbito familiar constituido sobre las bases que el orden natural prescribe.

La solución que adoptamos respecto al tema de los adoptantes, deriva del principio general según el cual el fundamento primordial de la institución de la adopción, es la protección del menor desamparado, dotándolo del ámbito familiar indispensable para que pueda alcanzar un desarrollo moral, físico y psíquico satisfactorios.

Sobre esta misma base corresponde que la ley establezca las condiciones de los adoptantes procurando que la adopción sea otorgada a quienes se encuentren mejor dotados para desempeñar la misión que se les confía. Entre las circunstancias que deben ser valoradas, se encuentra la existencia de hijos propios, que ha sido considerada de distinta manera por los textos que sucesivamente han regido en la materia: mientras la ley 13.252 prohibía adoptar a quien tuviera hijos legítimos o extramatrimoniales, la ley vigente autoriza expresamente a hacerlo, pero da carácter excepcional al pedido formulado por quien tiene más de un hijo.

Se trata de una solución carente de fundamento. Lo cierto es que el criterio judicial se alejó moderadamente del rigor de la ley 13.252, y un fallo plenario de la Cámara Civil de la Capital aceptó que adoptara quien tuviese hijos propios, siempre que éstos fuesen mayores de edad y dieran su consentimiento.

El proyecto que elaboramos con los Doctores Raffo Benegas y Ferrer, no asume ninguna de las dos posiciones extremas: Deja la cuestión librada a la prudencia del Juez que intervenga en el juicio, indicando que para conceder o denegar la adopción solicitada, se tomará en cuenta la existencia de hijos propios o adoptivos de los peticionantes.

Cuando se tratare de adopción unilateral, conviene excluir ciertos supuestos que, en principio, deben ser juzgados como circunstancias desfavorables para el otorgamiento de la adopción.

Así es que el proyecto a que me vengo refiriendo, limita la concesión de la adopción unilateral a personas solteras o viudas, excluyendo así a los divorciados. El tema ha suscitado la adopción de posiciones polémicas, que no siempre se apoyan en fundamentos sólidos. La exclusión de los divorciados no constituye —como se ha dicho— una suerte de discriminación contraria a quienes se encuentran emplazados en ese estado civil. Tratándose de divorciados es equitativo distinguir a quienes se encuentran en tal situación por su culpa, de quienes han llegado al divorcio por culpa exclusiva del cónyuge. La ley atribuye diferentes efectos a una situación y a otra.

Pero la proliferación del divorcio por presentación conjunta, que termina sin atribución de culpa, con una sentencia que produce los mismos efectos del divorcio decretado por culpa de ambos cónyuges, ha reducido al mínimo el número de los divorciados de cuya inocencia exista constancia.

La inmensa mayoría de los divorciados deben, pues, ser considerados culpables del divorcio, es decir, responsables de la quiebra de una familia,

con el consiguiente daño que ella acarrea, no sólo para los cónyuges, sino también para los hijos.

Y pensando precisamente en la suerte del menor dado en adopción, es evidente que la prudencia aconseja no confiarlo a quien ya tiene en su haber una experiencia de convivencia familiar, que precisamente ha culminado con el fracaso que el divorcio implica.

Frente a esta apreciación, que es incuestionablemente objetiva, se ha aducido que no hay razón para excluir a los divorciados entre los posibles adoptantes, como si ello significara una discriminación injusta, en lugar de ser lo que es: una garantía en beneficio de los menores adoptados.

Uno de los problemas relacionados con la adopción que ha suscitado cuestiones más arduas y controvertidas, es la que se refiere al propio hijo extramatrimonial. La ley 13.252 fue interpretada en el sentido de admitir que la adopción recayera sobre el propio hijo extramatrimonial, en cuanto su artículo 4º dispensa de la prohibición de adoptar a más de un menor de cada sexo cuando el adoptado sea hijo ilegítimo del adoptante, nacido posteriormente a la primera adopción (art. 4º, inc. b). Y el artículo 6º exime de probar la atención al menor por dos años, si se tratare del propio hijo. La ley 19.134 recae en el mismo error, que a mi criterio es urgente desarraigar del estatuto de la adopción, por razones que procuraré dar sucintamente. Vuelvo, una vez más, a recordar el principio según el cual la adopción tiende a proporcionar al menor desprovisto de un ámbito familiar propio el amparo que proviene de su inserción en una familia, a través del acto jurisdiccional que reemplaza al vínculo de sangre. Y los hijos extramatrimoniales reconocidos no están, según nuestra legislación, en situación de desamparo, sino que tienen frente a sus padres todos los derechos que resultan de la patria potestad, incluso tienen vocación hereditaria, que los llama potencialmente a la totalidad de la herencia, aunque su proporción disminuya en concurrencia con hijos o ascendientes legítimos o con el cónyuge,

Si, pese a las previsiones de la ley, los hijos extramatrimoniales quedaran en situación de abandono o desamparo y, por lo tanto, necesitaran recurrir al remedio de la adopción, es obvio que ésta no podría ser conferida a los padres responsables del abandono o el desamparo, en cuestión.

Resulta, pues, claro, que la norma que admite la adopción del propio hijo extramatrimonial no está ordenada al fin esencial de la ley, que es la protección del menor desamparado.

Está orientada en un rumbo distinto, y ese rumbo es el de promover al hijo extramatrimonial a un estado de familia más favorable: se trata de una verdadera legitimación sin subsiguiente matrimonio, de un camino a través del cual una persona puede tener hijos legítimos con otra con la cual no está legítimamente casado. Advierto que este fin suscita, en principio, un movimiento de simpatía: se trata, aparentemente, de mejorar la situación jurídica de menores que no tienen responsabilidad alguna por la torpe relación establecida entre sus padres.

Pero antes de admitir despreocupadamente esta posibilidad, conviene reflexionar sobre el precio que la familia legítima —es decir, que la sociedad toda— ha de pagar por este mejoramiento.

La filiación legítima no es un estado privilegiado, arbitrariamente discernido a unos, negado a otros: es la resultante del vínculo matrimonial que liga a los padres, vínculo que constituye la piedra angular de la familia.

La ley acuerda ventajas a la filiación legítima, porque procura alentar la generación de la prole dentro del matrimonio y desalentar la que resulta de acoplamientos irregulares, frecuentemente basados en el adulterio.

No se trata, pues, de castigar a inocentes —y los hijos lo son siempre— sino de ubicar la prole en su ámbito familiar, de tal manera que se valore el vínculo legítimo, favoreciendo a la descendencia de padres unidos conforme a lo que la ley positiva y el orden natural, indican claramente.

La tendencia a equiparar todas las filiaciones, que algunas leyes consagran y ciertos autores propician, es expresión de una filantropía invertebrada que soslaya la contemplación de valores fundamentales.

La utilización de la adopción con esta finalidad de equiparar filiaciones que la ley distingue —en cuanto considera al matrimonio fundamento inexcusable de la familia—, es deletérea.

Si quienes viven en uniones que no son matrimonios, y que la mayor parte de las veces son simples adulterios, quedan habilitados para obtener —a través de la adopción— que sus hijos aparezcan tan legítimos, como si ellos estuvieran casados, se borrará una de las diferencias más importantes entre los efectos del matrimonio y los de cualquier unión torpe, ya sea estable, o circunstancial.

La adopción del propio hijo extramatrimonial se utiliza con frecuencia para construir una falsa fachada de legitimidad, en beneficio de grupos pseudofamiliares establecidos sobre la base de matrimonios celebrados en fraude a la ley argentina.

Y no parece saludable que la ley procure medios destinados a perfeccionar los efectos logrados por el fraude en cuestión.

En suma, el fin —en sí mismo simpático— de mejorar la filiación de un hijo ilegítimo, no debe ser alcanzado a costa de confundir valores cuya discriminación interesa al bien común. Por lo tanto, quienes se han colocado en circunstancias tales que no los habilitan para tener hijos legítimos, no es saludable que obtengan una apariencia de legitimidad, a través de una institución que, como la adopción, tiene un fin bien distinto.

El problema no se limita a la existencia de la norma legal vigente que he criticado, sino que ella da lugar a otros problemas, de interpretación, como el de la adopción del propio hijo adulterino, que algunos sostienen, procediendo como si el artículo 311 del Código Civil, que impide la legitimación de los adulterinos e incestuosos, no estuviera en vigencia. También sobre este

punto habrá de pronunciarse la Cámara Civil de la Capital, en otro fallo plenario que ya está en trámite y que constituye una muestra elocuente de la endeblez del texto legal que regula la adopción por una parte, y por otra, del empeño obstinado de autores e intérpretes, por llegar a conclusiones que estimo dañosas para la conservación de los valores en que se basa la organización de la familia legítima.

Merece una breve reflexión final el problema de la simplificación y aligeramiento de los requisitos y trámites para obtener la adopción.

Esa política ha sido enunciada más de una vez, como un ideal, sin advertir que lo que puede ser conveniente en ciertos casos puede ser imprudente en otros. Un trámite expeditivo para obtener beneficios previsionales, para alcanzar un crédito para vivienda, o para cobrar un seguro, constituye una ventaja.

La adopción, en cuanto crea un vínculo de familia, no puede ser mirada con el mismo criterio.

A veces se ha dado como fundamento de esa tendencia simplificadora y aperturista, el propósito de evitar que la gente recurra a las anotaciones fraudulentas, desalentada por la pretendida complejidad del trámite de la adopción.

En ese orden de ideas, la ley 19.134 aligeró los requisitos, disminuyó plazos y edades mínimas, eliminó toda suerte de participación paterna en el juicio, dio facultades más amplias al Juez.

Todo fue en vano. Nada indica que las anotaciones clandestinas hayan disminuido y mucho menos desaparecido.

Se trata de un problema de educación, que no es fácil resolver, pero que, por cierto, no se soluciona creando una ley complaciente.

Quienes sienten sus ansias de paternidad o maternidad insatisfechas, suelen estar poco dispuestos a someterse a ningún control, a cumplir ninguna norma legal; parten de la base de que los impulsos generosos no deben estar sujetos a las leyes, de que los sentimientos están por encima del orden jurídico.

Es claro que quien se propone adoptar un niño asume riesgos, y debe hacerlo con plena conciencia de ello. Debe saber que ese niño tiene padres, que tendrán que ser oídos, y que acaso aparezcan inoportunamente enturbando la felicidad del adoptante y la del adoptado.

Pero, ¿cuáles son las situaciones en que los hombres pueden colocarse, que estén exentas de ese riesgo? La paternidad de sangre los tiene, a través del embarazo, del alumbramiento, de las diferentes peripecias que configuran la vida.

Ni la ley vigente, ni la anterior, ni otra más amplia y comprensiva, podrán alcanzar la quimera de una adopción sin riesgo y sin cruz.

Por eso es estéril el empeño en sacrificar, a la celeridad, la sencillez y la seguridad, principios cardinales de la organización jurídica de la familia.

En suma: cabe confiar en que la adopción sea regulada con criterio prudente y ponderado, poniendo a salvo los valores fundamentales de la familia.

Hay dos maneras de regular los problemas legislativos de la familia: una es copiando los datos que la experiencia nos entrega, fotografiando la realidad social, cediendo a clamores y tendencias que se manifiestan sin responsabilidad y sin hondura, prescindiendo de los valores éticos que deben regir la vida del derecho, desentendiéndose del futuro de instituciones fundamentales, cuyo respeto condiciona el destino del hombre.

La otra es levantando la mirada para abarcar no solamente la huella que a veces abre el torpe andar de muchos, sino también el punto hacia donde conduce el sendero.

El jurista no debe recorrer los caminos de la creación legislativa con un sentido fatalista, limitándose a comprobar lo que pasa a su lado, sin relacionarlo con el orden moral justo que le toca realizar, sino que debe trazar senderos seguros, que conduzcan a la realización de los valores cuyo logro condiciona la plenitud del ser humano.

Confío en que este criterio prevalezca en quienes tienen a su cargo la tarea de ofrecer a la comunidad nacional una nueva ley de adopción. Ruego a Dios que así sea, y pido sobre su tarea la protección de San José que tuvo a su cargo el ejercicio de la más gloriosa de las adopciones.

JORGE A. MAZZINCHI

LA PRODIGALIDAD EN LA SUMA TEOLOGICA Y EN LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL ARGENTINO

I

Del concepto de prodigalidad como vicio opuesto a la liberalidad y su comparación con la avaricia:

Al decir de Chesterton, "vivimos en una época de lenguaje periodístico, donde recién conocemos a las personas por su nota necrológica" (Chesterton, *San Francisco de Asís*). Sabemos que murieron, pero no sabemos qué hicieron en vida. Parecería que hay una tendencia a parcializar las ideas, a cercenar los conceptos, lo que nos lleva a veces a no tener una noción precisa por desconocer sus raíces.

De esta forma, siendo nuestro tema la prodigalidad, no podemos referirnos a ella sin interesarnos por la virtud a la que ella se opone por exceso.

Por lo tanto es más correcto comenzar a estudiarla realizando un pequeño esbozo sobre la virtud madre y los vicios que se le contraponen.

Así a la liberalidad que será la justa medida del obrar se le opondrán también dos vicios, la avaricia que será por defecto y la prodigalidad que será por exceso.

La liberalidad se define como "virtud moderadora del amor a las riquezas y que hace al hombre pronto y dispuesto a distribuir las según el dictamen de la recta razón" (Billuart: nota a la *Suma Teológica*).

Esta definición nos muestra dos elementos esenciales para que se constituya la virtud: 1) La materia. 2) El acto.

Sobre la materia de la liberalidad:

La materia de esta virtud es el dinero, ya que se refiere al amor tenido en justa medida hacia él, exagerado en la avaricia y falto en la prodigalidad; sobre estos desequilibrios Santo Tomás dirá, que es un pecado contra uno mismo, "cuando los ama o desea inmoderadamente o se deleita en ellos" y contra Dios en cuanto "desprecia el bien eterno por el temporal" (q. CXVIII, *Suma Teol.*) y sobre el pródigo que "el exceso de prodigalidad no se considera principalmente según la cantidad de lo dado, sino más bien en cuanto excede de lo que debe hacerse".

De este estudio sin embargo parecería que esta virtud y sus vicios opuestos más se refieren al amor, que al dinero; pues es el amor correcto el que lleva al bien, y el mal dirigido o su falta el que lleva al mal.

El angélico nos contesta la duda diciendo "la liberalidad no se estima por la cantidad de lo dado sino por el afecto del donante. Y el afecto del donante está dispuesto según las pasiones del amor y de la concupiscencia y por consiguiente de la delectación y la tristeza *respecto a las cosas que se dan*. Y por esto la materia inmediata de la liberalidad son las pasiones interiores, pero el dinero es el objeto mismo de las pasiones" (q. CXVII, *Suma Teol.*).

Observamos que si bien el amor es el objeto inmediato de esta virtud, éste es tomado por su pasión, o sea, la alegría o tristeza hacia el objeto al que va dirigido, en este caso el dinero que es el objeto mismo de las pasiones, ya que no se trata de un amor general o predisposición a la caridad que podría incluir el amor a los hombres o a la naturaleza, sino de un amor a algo concreto y exclusivo, a saber: la riqueza.

En un plano de comparación tal vez nos aclare más el concepto el compararlo con el veraz que lo es porque dice la verdad y será virtuoso si su obrar se ve guiado por el amor a ésta. Pero si no la amara pero lo mismo dijera la verdad, su obrar no dejaría de ser veraz siendo en tal caso más importante la verdad que su amor.

Porque se refiere el amor al dinero, el liberal es el que usa el dinero correctamente, pero lo es en cuanto lo ama en su justa medida, teniendo fundamental importancia en este caso el uso del dinero.

Nos aclara el concepto el supuesto de que: "aún *habiéndose cumplido todos los deberes de caridad y justicia* nadie puede proceder a su talante sino que debe atender al destino primordial de los bienes terrenos".

Por otra parte, notamos que el caritativo debe ser liberal, puesto que no podrá obrar si tiene mayor apego a los bienes que al prójimo, pero el liberal no tiene deber de amor al prójimo sino solamente de no apego a los bienes.

No obstante, es bueno recordar que los vicios opuestos a la liberalidad repercuten, chocan, contra otras virtudes; ya que quien es avaro no puede ser caritativo por lo apuntado anteriormente y su amor al dinero lo aleja de la virtud de la caridad.

En cuanto al pródigo "declina frecuentemente en la intemperancia, ya porque, como gasta superfluamente en otras cosas, tampoco repara en gastos en los placeres sensuales, a los que nos inclina la concupiscencia de la carne, ya asimismo porque como no se deleita en los bienes de las virtudes, busca en sí delectaciones corporales" (*Ethica*, L 4 c I), lo que hace que un vicio lleve a otro, ya que al romperse la armonía en una virtud, difícilmente se pueda conservar en las otras sin que ni siquiera una sea desequilibrada, siendo que el hombre virtuoso lo es por el juego armónico de todas las virtudes, que no pueden darse independientemente, sino en conjunto.

El objeto de las riquezas:

Por último, es necesario aclarar que cuando se habla de riquezas no es en referencia exclusiva al dinero, sino "que comprende bajo el nombre de riquezas todas las cosas que se computan por la moneda (numismate)", refiriéndose eso sí a un cómputo material, o sea, a las cosas materiales que no son permutables por dinero. O para las que el dinero como instrumento de cambio cumple su función honesta y específica, ya que existen otros bienes que el dinero puede comprar, pero no porque sean estimables en moneda, sino porque por el afán de dinero el hombre está dispuesto a venderlos, como serían los honores, los placeres, etc. En este caso no será avaro quien apetece esos bienes deleitables y los cambia por dinero; podrá serlo, en cambio, quien los vende por dinero, por razón de su afán desmesurado de tener.

Debemos distinguir entre los bienes que se designan bajo el nombre de bien útil (que por sus cualidades corresponde que sean adquiridos por dinero y rinden utilidades al hombre, v. gr.: terrenos, vestidos, obras de arte, etc.) y otros bienes exteriores que si bien se pueden conseguir con dinero, no es ésta la vía lógica y natural para conseguirlos (como serían los honores, ciertos tipos de placeres, etc.).

Sobre el acto: El uso del dinero y si está relacionado con la justicia:

Nos planteamos aquí cuál es el hábito operativo y sus vicios conexos. Si el objeto es el dinero, el acto será el uso que se haga de éste. Ya vimos cómo lo utilizan el liberal, el avaro y el pródigo, nos resta ahora ver la valoración de ese uso.

Este podrá ser correcto o incorrecto, bien hecho se lo considera justo y mal hecho como injusto; parecería entonces ser que el uso del dinero más corresponde a la justicia que a la liberalidad.

Contra esto, sin embargo, tendríamos el argumento contrario en cuanto quien recibe del liberal, agradece lo recibido y ama al liberal "con la amistad de lo útil, porque son más útiles en los bienes exteriormente que comúnmente desean más los hombres" (*Suma Teol.*, q. CXVII), y no porque se lo merezca por justicia.

Del avaro, no se puede decir injusto porque atesore riquezas, puesto que podría darse el caso que a nadie quite para poseerlas. Lo mismo del pródigo que al dar inconvenientemente a nadie lesiona, porque nadie tiene derecho a recibir de él.

El acto es el uso del dinero:

El problema parece resolverse buscando la razón por la que el liberal y el pródigo dan y niega el avaro. Veremos entonces que el liberal da porque

“es en alguna manera afectado por el dinero, en el hecho de no codiciarlo ni amarlo” (*Suma Teol.* q. CXVII) y no porque esté obligado ante el prójimo; de la misma forma el avaro atesora no por no dar a otros lo que les corresponde, sino por el amor desmedido a las riquezas; mientras que el pródigo actuará contrariamente, dando de más y haciendo peligrar su patrimonio, no por un deber hacia los demás, como podría ser el caso del concursado o fallido, sino por un desprecio a los bienes que posee.

Es por eso que “pertenece al liberal *usar bien de las riquezas* en cuanto tales, porque las riquezas son la materia de la liberalidad, mas a la justicia pertenece usar de las riquezas según otra razón cual es la deuda, esto es, en cuanto a la cosa exterior debida a otro” (*Suma Teol.*, q. CXVII).

De la relación que puede existir entre el uso de las riquezas y la justicia:

Sin embargo, puede terminar en una injusticia cualquiera de los vicios que atañen a la riqueza, en cuanto el avaro para atesorar, “adquiere dinero más allá de lo debido, robando o reteniendo lo ajeno” (*Suma Teol.*, q. CXVIII) y el pródigo por dar a alguien inconvenientemente, deja de dar a quien debe darle por obligación, ya sea su acreedor, o a quien tiene a su cargo, como ser esposa e hijos.

En cuanto a lo planteado en primer término sobre la consideración del uso justo o injusto de las riquezas, no se refiere a la justicia conmutativa, sino a una “cierta especie” de justicia distributiva que hace que el pródigo o el avaro no den el lugar que corresponde a las cosas, dando el avaro lugar preponderante al dinero en detrimento del que ocupan los hombres, de quienes se desinteresa por un amor desmedido a los bienes materiales. En tanto que el pródigo no da un correcto lugar a los hombres, en cuanto “da algo inconvenientemente”, dejando de dar a quienes sería conveniente, con lo que da un desprecio a los hombres y a sus virtudes y necesidades en cuanto no las aprecia ni las utiliza como medida del dar.

II

Del buen obrar y la prodigalidad:

Acabada así una aproximación a los principios fundamentales de esta virtud y su extensión en sus vicios podemos dedicarnos al vicio que específicamente trataremos: la prodigalidad.

Lo primero que descubre el hombre ante este vicio es un desorden; se intuye que el pródigo actúa mal. No lo notará quien recibe del pródigo porque en su individualidad se ve favorecido, su alegría al recibir a veces nubla al agraciado, no permitiéndole ver con objetividad el carácter de la acción.

Lo notará quien debe recibir del pródigo y no recibe; o quien observando objetivamente el obrar vicioso, descubre que si bien “el pródigo es útil a muchos, a quien da” no lo es convenientemente, o sea, no hace una obra de bien con sus dádivas y sí un mal “porque llega fácilmente a la indigencia” (*Suma Teol.*, q. CXIX), con el consiguiente daño ante quienes debe responder, familia, acreedores, etc. y a la sociedad toda, ya que “mediante el empleo adecuado de los bienes malgastados hubiera podido multiplicar el rendimiento del trabajo, aumentar la producción, etc.” (M. Zalba Erro G.E.R., p. 204).

El alejarse del bien es alejarse del obrar virtuoso “porque el que posee virtud relativa a cada cosa usa muy bien de cada una. Luego usará muy bien de las riquezas el que tenga virtud acerca del dinero” (*Ethica*, L 4 C I).

Nos resta entonces conocer cuál es el buen uso del dinero. Para ello debemos tener en primer término: conciencia de los principios que se guían por la sindéresis, o sea, el hacer el bien y evitar el mal, por el cual no se puede hacer buen uso del dinero si se causa un mal o, en grado menor, si deja de hacerse un bien.

La prudencia como guía del buen obrar:

Por otro lado nos guiará una conciencia de la situación o de cómo desarrollar el principio de la sindéresis en los casos que se nos presentan.

Esto está dirigido al obrar, no a la contemplación del bien y el mal (el punto referido anteriormente) sino de conseguir prácticamente ese buen obrar. Esta conciencia de la situación no es otra cosa que la prudencia que basada en los principios inmutables de la sindéresis y en la objetividad de la observación nos permite “aprehender la realidad para que esa realidad se torne medida en el obrar”.

De esta forma la prudencia será:

Causa: que perfecciona la rectitud impulsiva e instintiva del obrar.

Medida: ya que al ver las cosas tal como son no las magnificamos ni las disminuimos.

Forma: porque todas las virtudes se informan en ella. Así no podré ser justo si no conozco objetivamente la situación a juzgar y, del mismo modo, no podré ser liberal si no conozco el fin que se le debe dar al dinero y a quién es conveniente dárselo.

Su aplicación a la liberalidad:

Aplicada a la liberalidad vemos que la prudencia la informa de dos maneras:

Como conocimiento:

Del dinero, o sea, de la cosa; cuya función será captarlo, conocerlo objetivamente realizando una actividad receptivo-perceptiva de éste para que, sabiendo qué es, con un conocimiento teleológico dispongamos de él dándolo o no ya que “a la liberalidad pertenece no sólo usar del dinero, sino también disponerlo y conservarlo porque a ella “pertenece que el hombre, por un afecto desordenado al dinero, no se prive de cualquier uso debido del mismo” (*Suma Teol.*, q. CXVII).

De esta forma la prudencia ostenta una doble faz cognoscitiva que *aprehende* la realidad en este caso del dinero y lo *dispone* a no codiciarlo ni amarlo y permite al hombre no confundirlo con otros valores como frecuentemente se da; ya que “en cuanto es útil para adquirir todas las cosas sensibles, las contiene en cierto modo virtualmente a todas y por esto tiene cierta semejanza de felicidad” (*Suma Teol.*, q. CXVIII).

Como imperio:

En cuanto a su uso, ordena la voluntad y el obrar; o sea, la entrega de las riquezas en el caso de marras. En la prudencia como imperio “el primer requisito de la perfección está dado por la providencia, facultad que dispone apreciar con seguro golpe de vista si determinada acción concreta ha de ser el camino que realmente conduzca a la obtención del fin propuesto” (J. PIEPER, *Las virtudes fundamentales*). Será el indicativo del *todavía no* y el *ahora sí* de cuándo y a quién debemos dar.

La prodigalidad *mutatis mutandi* es falta de prudencia y el pródigo la niega en cuanto “no da por causa de bien como despreciando la virtud”; de esta forma su actuar “es vicioso y es pecado en cuanto corrompe a la virtud” (*Suma Teol.* q. CXIX).

*Por qué se considera a la prodigalidad
vicio menor que la avaricia:*

Sin embargo, aún así la prodigalidad es de los dos vicios de la liberalidad, el menos grave por tres causas: 1) porque la avaricia difiere más de la liberalidad, “pues pertenece más al liberal el dar en lo cual se excede el pródigo, que en recibir y retener”; 2) “porque el pródigo es útil, al menos, a quien da; que el avaro que no es útil ni a sí mismo” (*Suma Teol.* q. CXIX); 3) porque es más fácil de curar, ya que con el avanzar de la edad, el hombre generalmente se vuelve avaro, o porque se llega a la indigencia gastando mucho inútilmente.

En cuanto a la prudencia, es más fácil que la prodigalidad se oponga directamente sólo a ésta, no oponiéndose a la caridad ni a la religión (despreciando el bien eterno por el temporal), reputándose en este caso más leve (siempre que se oponga solamente a ella, directamente, lo cual no se da en todos los casos y más se da en pocos que en muchos).

III

Del fin de las riquezas que nos lleva a saber cuándo existe un mal uso de éstas:

Hemos desarrollado hasta ahora el tema de la prodigalidad tratándola como un vicio que nos aleja del correcto uso de los bienes, pero, sin embargo, al hablar del usar convenientemente, no nos hemos detenido a analizar la materialidad de ese obrar, o sea, cuál es la forma del empleo conveniente.

Para saber cómo se debe obrar con un objeto debemos tener conciencia de su fin, para qué fue hecho y, de esta forma, sabremos luego qué empleo darle para que se aproxime más al cumplimiento total de su utilidad.

Vemos en un principio que las riquezas tienen como función el procurar bienes, el permitirnos el uso y goce de cosas o tiempo a cambio de un denominador común de esos valores; en sí el dinero (papel, oro, etc.) no despierta interés más que al avaro enfermizo, pero al liberal y aún más al pródigo le interesan en tanto con éste puede adquirir bienestar o placer. El buscar bienestar no es un mal, antes es un bien; siempre y cuando esa búsqueda no sea preclusiva (v.gr.: por una máquina hago un mismo trabajo en menos tiempo —bienestar— para poder con el tiempo que me sobra trabajar más para ganar más dinero, para comprar más máquinas para producir más, lo que a la postre me llevará a estar más ocupado) porque “la actividad productora del hombre no puede contentarse con un solo ejercicio, ya que llevaría a satisfacer las aspiraciones humanas al punto de impedirle buscar y gustar los bienes espirituales y morales”.

De los riesgos a afrontar ante las riquezas:

Hemos de notar que el bienestar lleva ínsito un peligro de materialismo práctico que nos arrastra a una satisfacción hedonística que puede comportar el bienestar, el lujo y el placer enfrascando al hombre en un cerrado individualismo. A menudo se le concede primacía en la vida a estas cosas, considerándolas la más alta aspiración de la vida, degenerándola en una vida ociosa, “en hastío y a menudo en un pesimismo radical y en incapacidad de buscar y apreciar los valores morales y espirituales que en ésta abundan (confrontar el actual existencialismo de izquierda)”.

Ante esta rápida reseña de los males del bienestar parecería que el hombre estuviera destinado a vivir alejado de la comodidad o de la alegría. Habría un moralismo que haría perder toda la libertad despreocupada y repartir en todas partes escrúpulos y melancolías; pero no es ésta la concepción correcta que debe guiar al hombre frente al bienestar; “nos vemos obligados a reconocer que el cristiano es *a priori* optimista frente a la visión de los bienes temporales. No es hostil, es amigo: no está escandalizado, es admirador; no es

miedoso, es simpatizante. Será prudente, pero por respeto e *instinto de superioridad*".

El planteo fundamental es bien distinto al de la negación de los bienes, aún más, quiere aprehenderlos y utilizarlos en un afán de dominar la tierra; el peligro es no saber qué significa dominar la tierra y por qué se nos dio la potestad para dominarla.

Del uso funcional de los bienes:

El hombre recibe los bienes de Dios no para instalarse en este mundo tal cual como si estuviera exento del mal y de la muerte, esto no significa que deba dejar de lado la realidad material, convirtiéndose en un evadido y en un ser absorbido por un angelismo espiritual, antes bien lo debe llevar a recapacitar el grado en que debe tenerlos y utilizarlos porque debe "ver en los bienes temporales la obra y el don de Dios. Como tales, admirarlos y ponerlos a su servicio, pero no hacer de ellos su ídolo, recordando siempre el primer mandamiento: «No tendrás otro Dios más que a mí»".

Nace así la opción entre Dios y las realidades temporales. Es una opción entre pensar en el hermano y tratar; viendo también en él el reflejo de Dios; de permitirle en esta tierra el mínimo de comodidad y el respeto como persona para poder desarrollarse, cultural y moralmente, pudiendo él también admirar esta creación, servirse de ella y empezar a sentir un comienzo de trascendencia, a la que el apego a los bienes aleja; alejando también "al alma de toda sabia humildad, ablandando la voluntad y arrastrando a la ociosidad, al hastío, al vicio, conduciendo al endurecimiento del corazón y al olvido de la *alegría* de dar sin recibir".

Como vemos ratificando lo expresado *ut supra*, los bienes materiales no quedan circunscriptos objetivamente a lo material, sino por caso al tiempo; egoístamente retenido para sí, liberalmente dado a los demás o despilfarrado vanamente en cosas sin sentido y trascendencia.

Por ello siguiendo la parábola evangélica de los talentos, el hombre no será un mero depositario que retiene lo dado por Dios, que lo guarda y atesora por miedo a darle mal uso, sino que lo administra, no considerándose propietario, sino mandatario del Brazo Divino y en consecuencia guarda, entrega, arriesga y distribuye las posesiones en sana medida reconociéndoles su valor limitado, ya que ni aun con todas las riquezas del mundo sería capaz de lucir como el lirio del campo que nada hace por su belleza.

De ésta, su gasto en las cosas de los hombres no será por un placer meramente especulativo del tener, sino que sabrá valorar con la adquisición la capacidad dada por el Creador para imitarlo, en la presencia de la frase: "Y vio Dios que era bueno" (Gén, I, 4), y así como el Artesano del universo está satisfecho por su obrar, el hombre también le estará agradeciendo la posibilidad de participación en la perfección del Todopoderoso que le permite también a él crear.

De la posición que ocupa quien usa de los bienes:

En un plano totalmente distinto y desde un punto de vista jurídico-positivo vemos cómo el administrador "queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato, y responder por los daños y perjuicios que se ocasionaren al mandante por la inexecución total o parcial del mandato" (Cód. Civ. art. 1904).

Si aun ante los hombres es responsable el que tiene, cuánto más lo será quien reclama severamente cosechando aun donde no siembra.

El depositario, en cambio, confía en las riquezas del mundo y hace de ello su bien principal sin preocuparse por el uso que le debe dar, con tal de no perderlas. Por ello, aun no lesionando a otros no comprende qué "es el renunciamiento a buscar en este mundo el fin de su destino y la salvación frente a nuestros males profundos y fatales, como el pecado y la muerte", ni trata de encontrar "la sabiduría que nos precave contra la ilusión de la fiebre del oro y del poder; y que nos enseña que la bondad, el amor, la caridad y la paz, junto con la grandeza moral, no se adquieren por el dinero y la riqueza", ya que es incapaz de usarla como medio para buscar esos fines de alegría y amor en su uso para con los demás.

Por último, y retomando la veta jurídica-positiva, el depositario sólo tiene obligación de devolver "otro tanto de la cantidad de cosas depositadas, con tal que sean de la misma especie", obligación y responsabilidad mucho menor que la del administrador. (°)

IV

De por qué la ley trata sobre la prodigalidad, si ésta no pertenece a la justicia:

Ya en un plano jurídico nos preguntamos por qué causa han sido incorporadas a la legislación civil leyes que regulan o intervienen en la actividad del pródigo.

Hemos visto que nadie puede reclamar al pródigo por injusticia, ya que nada debe a quien da sino que da por propia voluntad, y además, a nadie lesiona porque nadie tiene derecho a esperar recibir de él.

La obligación que puede tener de guardar y no malgastar, proviene de la prudencia y la de dar, pero correctamente, se vincula con la prudencia y con la caridad en tanto nos mueve a ayudar al necesitado y no a quien no lo sea, cláusula que es también presupuesto esencial de la liberalidad.

En cuanto a la justicia o el dar a cada uno lo suyo hemos de ver, recapitulando lo anterior, que los bienes tienen como fin el permitirnos una vida digna y un mínimo de bienestar para elevarlos hacia lo trascendente y no

(°) N. B.: Todas las citas del punto III, salvo las aclaradas, corresponden a la Pastoral de Cuaresma de 1963 de J. B. Montini (Luego Paulo VI). "Criterio", marzo, 1963.

estar pendientes de la subsistencia, esto es lo ~~mínimo~~ que un hombre debe tener, es lo suyo propio.

Cabe verse en qué forma es reclamable, ya que el que da a quien le falta, está haciendo caridad y no justicia, debido a que él no lo ha desposeído (hablamos en el caso de que no haya obtenido sus bienes en forma deshonestamente) y los bienes que entregará le pertenecerán a él y no al otro.

En la justicia particular el hombre no tiene deber de dar al indigente; la tendrá al decir de Aristóteles, por otra causa, la del amor que mueve a la caridad, ya que donde existe amistad la justicia queda de lado, puesto que un ligamen más fuerte es el factor de unión. La ayuda al hermano es un factor de bien superior a la justicia sinalagmática, pudiendo entrar en la justicia distributiva en cuanto se busque ordenar las cosas con miras a un bien común. Más aún, así el obrar del pródigo estará ligado a la justicia, aunque no sea parte de ésta: intrínsecamente, en el actuar mismo del pródigo, extrínsecamente en la repercusión de ese actuar.

Intrínsecamente: a) porque su obrar se refiere a otro, existe entonces una nota de alteridad; b) porque tiene por objeto cosas exteriores.

Extrínsecamente: repercutirá en quienes tienen derecho a recibir de él y no reciben, ya sea en el derecho particular, el acreedor; que tendrá sus medios (subrogación, embargo, pedido de quiebra, etc.) para hacerse de lo debido. O por el derecho de familia (de lazo extrapatrimonial), mujer, hijos y padres a quienes está obligado a mantener por compromiso contraído por nacimiento, matrimonio o por concepción. La ley entonces frena la actividad del pródigo para imponer justicia, ya que no da lo suyo a quien debe, para dar a quien no debe. "La defensa de la ley es sobre todo para amparar a la familia del vicioso; también funciona como remedio en el orden jurídico de ciertos hábitos viciosos que pueden conducir a la miseria. (Borda: Comentario al art. 152 bis).

Por qué se habilita a la familia a accionar contra el pródigo:

La ley no aclara que para estar habilitados a accionar los descendientes deban ser menores de edad o los ascendientes impedidos o necesitados, ni tampoco que el cónyuge no deba tener patrimonio para mantenerse. Lo haría si hubiera sido redactada sólo con ánimo de asistencia familiar, pero ésta no se otorgaría a los descendientes mayores de edad, ni tampoco a los ascendientes o cónyuge con bienes para mantenerse; pero la ley no mira sólo al cuidado de los nombrados que, sin embargo, podrían subsistir de otra forma que no fuera gracias al patrimonio del pródigo, sino que les otorga a ellos, como primeros perjudicados la facultad de denunciar el mal uso del dinero que contradice la justicia, por lo a ellos debido, y, por lo debido a la sociedad por quien administra bienes, en un plano de justicia social (de bien común), ya que la prodigalidad puede faltarla gravemente en razón del daño que puede irrogar a la sociedad.

De la misma forma que desde antaño se protegía el patrimonio familiar, v.gr., por el mayorazgo, para que no se debilitara y desmembrara con el paso de las generaciones parecería que la ley tiene en mira la protección del patrimonio que bien administrado y habiéndosele dado buen uso no sólo dará la seguridad familiar que en primer término tutela, sino que también protegerá a la sociedad que de una u otra forma vive de ese patrimonio (el caso de empleados proveedores, etc.), aunque éste no parece ser el motor de la ley ya que ésta aclara que debe haber dilapidado una parte considerable de la fortuna, y en este caso mal podrá continuar normalmente la actividad como antes del despilfarro y ya puede haber causado un gran daño social.

La valoración objetiva de la ley ante el actuar pródigo:

La norma se expresa así no tanto por no pretender ningún fin social extra-familiar, sino porque necesita de una pauta de valoración objetiva para inhabilitar, como será un excesivo gasto demostrado y no meras conjeturas o suposiciones de uno o varios miembros de la familia, realizadas por cualquier motivo en contra del supuesto pródigo. Así tampoco lo serán los gastos "superfluos o inútiles que no tienen por qué provocar la inhabilitación mientras se mantengan en los límites de lo razonable. De lo contrario, se afectaría la libertad de modo irrazonable y podrían considerarse prodigalidad los gastos de un coleccionista o de un mecenas".

Por último, cabe destacar que si este instituto rige únicamente para quienes tengan cónyuge, ascendientes o descendientes es porque por justicia legal le corresponde ante ellos un deber de manutención en forma obligatoria (y no a la generalidad de los hombres). La ley toma sentido en la relación de alteridad que existe en el pródigo, y nos lleva más a tomarlo no como un instituto de justicia en sí, sino como una parte potencial de ésta, que en algo es tocante a ésta y que por un sentido de orden social es bueno que el legislador la trate y salvaguarde.

Debe quedar claro el papel que juega entonces la familia en las actuaciones contra el pródigo.

En primer término: es la primera defendida, ya que de la sociedad, ella es el primer núcleo, y si se busca proteger a ésta, mal entonces se puede descuidar a la familia que es su fundamento.

En segundo término: se legitima sólo a ellos porque son aquellos a quien la justicia individual les otorga derechos (alimentos, derecho a la legítima, etc.) y su función en la preservación del patrimonio tienen entonces un beneficio particular y uno general, en el que ellos son llamados a resguardar el bien general.

Jurisprudencia:

La aplicación de la norma que otorga derechos contra el pródigo nos lleva a ver en el plano práctico lo que hasta ahora habíamos visto en teoría.

La persona del inhabilitado

Se cuestiona la validez de una pericia médica en la que se quiere demostrar que el demandado es un insano ("Mayer, Mauricio s/inhabilitación por prodigalidad". ED, t. 87, p. 210). En la sentencia se dice: "Declarar insana a una persona con un dictamen médico que establece su sanidad mental, tanto valdría como hacer lo mismo sin dictamen médico" y "Aun sin remisión expresa igualmente le son aplicables las normas contenidas en el Código Civil en especial los arts. 142 y 143". Parecería ser que el Tribunal considera al pródigo como un insano y a lo que es un vicio como una enfermedad, siendo necesaria una pericia médica.

La misma ley al desbrozar en el art. 152 bis las causales de inhabilitación deja bien en claro las diferencias entre el pródigo y los demás inhabilitados. En los supuestos de los incs. 1 y 2 se protege a los actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio, lo que es típico de la defensa de la persona de los incapaces. En cambio, en el inc. 3 se refiere a los que "expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio".

Por otra parte, al otorgarse sólo a ellos el derecho a accionar, no se está buscando la protección del pródigo, que si no debería ser defendido por el ministerio pupilar autorizándose a éste a pedir la inhabilitación.

Por último, la norma se refiere a la administración de sus bienes que podrá ser ejercida por ellos solos, salvo circunstancias especiales, lo que nos aleja aún más de las normas generales para los insanos.

Es que debemos tener en cuenta que la prodigalidad es un vicio, una oposición a la virtud, un obrar repetido, habitual, de un exceso. Quien lo realiza puede sufrir desequilibrios psíquicos que lo lleven a una actitud nociva que deteriora su personalidad hasta el punto de buscar en repetidas acciones un mal notorio.

Pero de todas formas, aun existiendo una patología en el pródigo, ésta es muy difícil de probarse en una pericia y muchas veces el mismo paciente actuará en forma de que no se note su debilidad, ya que dista mucho de ser un alienado y es muy capaz de no dejar traslucir su vicio. Esta debilidad generalmente sale a flor, v.gr., en el momento de realizar una transacción comercial o en un arrebato de despilfarro provocados por grandes euforias o depresiones.

La ley fija pautas objetivas y determinantes para discernir judicialmente si alguien es pródigo; de la misma forma en que se hace para discernir las sevicias graves en un divorcio, en donde no se debe demostrar un desequilibrio psíquico que lo lleve a actuar de determinado modo al cónyuge, sino sólo el obrar incorrecto.

La prueba pericial médica es uno de los tantos medios de prueba y no sobresale de los otros, es más, debe caer ante la realidad objetiva citada por la ley "haber dilapidado una parte importante del patrimonio" (Conf. art. 152

bis, inc. 1), porque si no se daría el absurdo de una familia sumida en la indigencia por una no demostrada alteración psíquica en una pericia.

Indudablemente la psiquis se ve alterada cuando se aleja del obrar virtuoso, mas su demostración, en caso de que la ciencia pudiera realizarla, resultará en la mayoría de los casos harto difícil.

Es por demás estimulante a esta postura la disidencia que en los autos de marras realiza el Dr. Vernengo Prack, quien adhiere al fallo pero dice: "Dejando a salvo mi opinión personal sobre el valor de la prueba pericial, en el sentido de que teniendo por objeto la misma vertir conocimientos técnicos ajenos al derecho, al idioma corriente, el juez puede plenamente razonar sobre ellos sólo a la luz de la sana crítica y la lógica elemental".

Este criterio se ve corroborado cuando en el correr de la sentencia el Tribunal considera cuáles son los únicos requisitos para la declaración de inhabilitación (Conf. ED, t. 87, p. 217): "... Comparto el criterio de Tobías... ", (conf. *op. cit.*, p. 50) que entiende que son cuatro los puntos: a) la acción dilapidatoria; b) la existencia de un núcleo familiar; c) habitualidad; d) incidencia patrimonial de la conducta dilapidatoria".

Conclusiones:

En estos cuatro ítems trataremos de resumir lo analizado en este ensayo.

a) *La acción dilapidatoria*: es objetiva, gasto excesivo y peligroso para el patrimonio. Es un mal uso del dinero y una falta de amor al mismo; generalmente degenera o está unido a otros vicios.

b) *La existencia de un núcleo familiar*: Son los primeros protegidos por la institución y los encargados de velar por la protección del patrimonio. Son el primer fundamento de la sociedad y los encargados del cuidado del uso de los bienes que el pródigo dilapida.

c) *Habitualidad*: Requisito imprescindible para la configuración de un vicio, no sólo un obrar aislado, aunque en éste se haya perdido gran parte del patrimonio, un error económico es susceptible de ocurrir a cualquiera. La habitualidad configura inoperancia, falta de responsabilidad para con la misión que Dios nos ha encomendado con los bienes terrenos. Implica, además, una imprudencia reiterada donde se ve una indiferencia total por el buen obrar, ya que no se arrepiente por el mal obrar, sino aún más, lo reitera.

d) *Incidencia patrimonial de la conducta dilapidatoria*: es un dato objetivo, es una circunstancia esencial que permite ver con claridad y a través de los actos dilapidatorios, el sentido de los gastos para saber si realmente son frutos de imprudencia, irresponsabilidad, etc. Al importante menoscabo patrimonial se debe llegar para pedir la protección del derecho como una forma

de evitar una acción que aunque no prospere es moralmente dañosa, y para evitar que se abuse de este derecho con un fin de codicia por parte de los actores.

También se necesita esta incidencia patrimonial para no coartar los actos, v.gr. del filántropo o del mecenas que pueden ser considerados improductivos.

Vemos entonces que juegan muchos factores para determinar en cada circunstancia lo que corresponde hacer, para que la ley cumpla su fin al aplicarla para proveer a la justicia, no pudiéndose tomar a ésta solamente como una rígida disposición de equilibrios para regir voluntades de partes, sino como algo mucho más amplio que dinámicamente se amolda a la realidad y la regula para guiar al hombre en el actuar hacia un fin correcto, ya sea en sus actos, cosas o declaraciones y que excede de un mero marco contractualista donde se considera justo lo que las partes estipulen aunque pueda lesionar a alguno de ellos o indirectamente a terceros.

JAVIER REIGADA

Escolios

EL METODO DEL DERECHO NATURAL EN VILLEY

Para el estudio del tema que nos ocupa, es necesario indagar primero cuál es el objeto sobre el que recae el método jurídico, por lo que comenzamos este trabajo buscando desentrañar las definiciones de derecho, ya sean éstas clásicas o modernas.

Definición clásica del derecho

La definición clásica de derecho fue cultivada en Grecia, en el derecho Romano Clásico y en el Derecho Culto del medioevo.

El derecho natural y objetivo de la tradición antigua y clásica se funda sobre la idea general de una armonía universal que se funda en las cosas.

El derecho era considerado lo justo, *to díkaion* (término griego que se traduce por derecho), es decir, la solución justa, la buena solución jurídica que debe ser buscada para cada caso, que debe ser exactamente adaptada para cada situación litigiosa.

Lo justo, indica lo que a cada uno le corresponde. Lo suyo de cada uno.

Es un sistema casuista, y aunque esto no quiera decir que no existieran normas —ya que una vida jurídica no puede existir sin normas—, la guía para la solución está dada en la naturaleza de las cosas.

En la Roma clásica había tanto leyes positivas como normas doctrinales, las primeras escasas, las segundas abundantes, y éstas últimas tienen un papel indispensable en el sistema de filosofía clásica del derecho natural, dado que nos indican —según Villey— por qué “la naturaleza nos provee con profusión de modelos, nacidos espontáneamente, de justas relaciones jurídicas, de buenos ejemplos de regímenes políticos, profesionales, familiares o de sanas relaciones contractuales, modelos que nos deben servir de guía y de los que es necesario que tomemos notas expresándolo en normas”. Pero no se confunden

estas normas con el derecho, porque aquéllas son ante todo factibles, sólo probables; cada norma no es más que una visión parcial, aparentemente contradictoria con otras que en su conjunto nos es necesario confrontar, pero para que estas normas puedan resolver nuevos casos concretos, se debe adaptar en la naturaleza de la cosa, la naturaleza de cada caso.

Para el Fray Ph. I André-Vincent O.P., la noción de derecho natural surge de un todo inmediato de la conciencia, el sentido de lo justo está dado al hombre por su naturaleza y es anterior a toda la ley humana. Y este dato primitivo es fruto de una triple vertiente: la filosofía griega, el derecho Romano y la Sabiduría Cristiana.

Definiciones modernas del derecho

Para Villey, la época moderna comprende entre el fin de la Edad Media y la Revolución Francesa. Nuestro siglo ya no pertenecería a esta era, no obstante somos herederos de su filosofía.

Lo que caracteriza este pensamiento jurídico, es considerar el derecho como un producto del espíritu, y del espíritu exclusivamente humano. El derecho estaría formado por normas, mediante las cuales el espíritu humano ordena los hechos de la naturaleza. De este modo, la norma engendrada prescribe a la naturaleza la manera como ella debería ser.

Esta filosofía del derecho incluye variantes innumerables, pero sobre todo se distinguen dos direcciones principales: quienes hacen de la norma del derecho un producto de la razón humana; y quienes atribuyen el carácter de fuente de las normas jurídicas a la voluntad humana.

La tendencia racionalista de la escuela llamada del derecho natural es la que, como la de Grocio, pretende edificar un sistema perfecto de normas jurídicas a partir de algunos principios racionales de moralidad, quienes como Kant, sobre algunos axiomas racionales de la razón pura práctica.

La segunda tendencia atribuye el carácter de fuentes de las normas jurídicas a la voluntad humana. Tendencia de Hobbes y sus discípulos que siguen una dirección inversa a la que Platón, Aristóteles y Santo Tomás habían practicado, partiendo de ideas simples y claras, surgidas de un trabajo de análisis, especialmente de la noción primera de individuo, y de la libertad natural del mismo, o derecho subjetivo natural.

Es la voluntad arbitraria del legislador, investido del mandato por contrato social, el elemento constitutivo del derecho.

Su doctrina, con toda su seducción lógica es impracticable y en última instancia conduce a la negación del derecho.

Y Spinoza, yendo más lejos aún, aborda la ciencia del derecho con la misma científica objetividad con que se considera a las cosas físicas. La noción primera es el derecho subjetivo del individuo, asimilado al poder que el mismo detenta. Pero como luego los hombres se unen para ser más fuertes, aparecen los poderes o derechos de grupo, y el derecho es el mandato del grupo o del jefe que lo representa, lo cual lo hace lindante con Marx cuando expresaba que el derecho es la voluntad de la clase dominante erigido en ley. Esta filosofía es portadora del más imperioso de los positivismos jurídicos

Consecuencias metodológicas

Estas diferentes formas de considerar el derecho traen aparejadas diferencias en la metodología a emplear.

En el mundo jurídico moderno hay un cierto método de invención de soluciones jurídicas, ya que toda solución debería encontrarse por inferencia, a partir de normas que residen en el pensamiento del hombre originadas ya sea en su razón o su voluntad; y así lo demuestran las grandes obras de la doctrina jurídica de la época moderna, que han cultivado un método deductivo. Si se trata de la aplicación del derecho en el plano judicial, entonces, la doctrina moderna realiza la sentencia deductivamente de la norma de derecho, sea en las grandes obras de doctrina, sea puesta en los textos de las leyes por la voluntad más o menos arbitraria del legislador. Y no podría ser de otra manera, ya que está asentado que el derecho era el conjunto de normas creadas por el espíritu humano, o lo que analíticamente se extrae de esas normas mediante la interpretación.

El método de los juristas romanos era un método refinado. Se razonaba mucho en el derecho romano clásico como en la época del derecho culto de la edad media. Las cuestiones de derecho daban lugar a disputas interminables y rigurosamente conducidas.

Los juristas razonaban a partir de normas, pero no era para ellos un trabajo de pura deducción a partir de esas normas porque para que se ex-

traiga el derecho mediante un proceso de deducción pura había inconvenientes, dado que las normas jurídicas eran demasiado numerosas y lo que es peor, contradictorias. Además, procediendo de una autoridad doctrinal, ellas son de un valor muy desigual.

El oficio de juez y del jurista que lo aconseja, debía consistir primeramente en elegir entre las normas a aplicar, y este trabajo capital no puede efectuarse por vía de deducción.

Además, las normas han sido construidas por obra de jurisconsultos, trabajando sobre precedentes, sobre casos más o menos vecinos, no sobre principios de razón pura, a partir de una ley racional que se supone conocida al principio; pero cada uno de esos precedentes no es exactamente idéntico al caso que se tiene que juzgar.

La sentencia para ser justa, idealmente, debe apoyarse en una norma, pero si no se encuentra preestablecida, se descubre al mismo tiempo en que se descubre la sentencia.

El trabajo de investigación del derecho no tiene un carácter monódico; el jurista no trabaja solo, sino que la búsqueda del derecho se hace entre muchos. Es una obra polifónica.

El derecho surgía en otras épocas de la controversia. Es el juez o su consejero, los que tienen que presidir la confrontación general de las diferentes normas alegadas; se discute la autoridad de cada norma, según la competencia de su autor, y de su relevancia para el caso, para el tipo de proceso en cuestión, para la especie particular; y en definitiva le corresponde elegir entre las diferentes normas. Sobre el ámbito de la ley y del juez, decía Aristóteles en la *Retórica*, que si "es grande o pequeño, o justo o injusto, en cuanto no lo ha definido el legislador, lo ha de determinar el mismo juez y no aprenderlo de los litigantes".

La solución no será extraída analíticamente y mediante un proceso deductivo, de ninguna norma preexistente. Y así nos dice Villey que "las normas han servido de trampolín para aproximarse mediante tanteos a la solución definitiva. De trampolines y no de premisas, porque la solución nace, no de la norma, sino de otra cosa: de la naturaleza del caso".

La lógica jurídica moderna y la lógica jurídica clásica

Nos dice Villey, que el derecho se ha servido siempre de la lógica como de un instrumento indispensable, y hoy que los progresos de la lógica parecen

ricos en efectos prácticos —en la época de la cibernética—, se sueña con que se susciten gigantescas transformaciones en el arte jurídico.

El comportamiento que debe evitarse, es el de remitirse a los lógicos de profesión que carecen de experiencia jurídica, porque los maestros de la lógica moderna no conocen necesariamente las necesidades del arte jurídico. Para ellos la deducción es su *droite balle*, al punto que la lógica moderna tiende a identificarse con el arte o la ciencia de la deducción, buscando leyes de razonamientos de alto valor objetivo impersonal, que permitan deducir conclusiones con certeza de premisas, y cuyo más puro modelo pareciera haberles sido brindado por el razonamiento de los geómetras.

El interés radica en saber si este razonamiento deductivo halla dentro del arte del derecho un lugar de privilegio.

Ha sido a partir de una época relativamente cercana que el razonamiento deductivo ha invadido el arte jurídico. En el siglo XVII Descartes comenzó a tratar la filosofía sobre el modo geométrico, y la moda de aplicar el razonamiento matemático a todas las ciencias humanas triunfó. Una filosofía del derecho está ligada a esta tentativa, y se abría la era del positivismo jurídico, es decir, que se tiene al derecho como integralmente formulado y construido por el hombre, su razón o su voluntad; como si se asentara en las reglas —o conjunto de ellas— engendradas por el espíritu humano. Sobre este concepto, la lógica deductiva podrá reinar sobre todo el dominio jurídico.

El derecho —nos dice Villey—, tal como se acaba de definir, tal como lo conciben los modernos, es el paraíso de la lógica concebida como arte de la deducción. En esta lógica el silogismo se encuentra tomado como modelo preferentemente en el razonamiento matemático.

La obra del juez sería un silogismo. El caso concreto estaría subsumido bajo la premisa mayor que se expresaría en la norma, y se llegaría a la conclusión demostrando que la sentencia es deducida analíticamente de la norma; de otro modo ella no sería una solución jurídica. La lógica debe asumir esta lógica de la deducción que ocupa perfectamente su lugar en el mundo del derecho, puesto que el derecho es —para esta escuela— una producción, una construcción del espíritu humano.

Todavía se nos enseña que la lógica es el estudio de las inferencias que nos permiten pasar con el mayor rigor posible de una proposición a otra. El análisis de los conceptos o de las estructuras de los juicios parece tener un papel auxiliar, y estar ordenado a este fin.

Nos dice Villey, que es necesario no ser engañados por las apariencias lógicas de las construcciones sistemáticas de la doctrina jurídica moderna, "por ejemplo Grocio se da aires de haber deducido su sistema de derecho. Pero usando cuántas ficciones, cuántas peticiones de principios y postulados arbitrarios, cuántos paralogismos, lo que se observa en cada página de su tratado".

Las reglas de esta lógica estricta tienen un uso restringido en derecho; o por lo menos no son aplicables sino con toda clase de agregados, temperamentos y reservas; de tal forma que no podemos ni confiar ni entregarnos a ellas, ni dedicarles demasiado tiempo.

Según Villey, el "maridaje contraído entre el derecho y la lógica deductiva no fue una unión modelo". Pese a que fue una noble ambición la de dar al derecho forma de reglas, expresas, objetivas, acertadas, y la de confundir las soluciones con lo que se deduciría de las reglas con perfecta seguridad, no se puede disimular hoy que era en gran parte una tarea ilusoria.

Existe otro tipo de lógica, que la dialéctica en el sentido aristotélico de la palabra, es decir, una lógica basada no en la demostración sino en la invención, que busca principios a partir de las opiniones. No es el desarrollo analítico de lo que al inicio está implicado en una proposición dada, sino un arte de conducir ordenadamente una investigación activa.

Nos dice Villey, que no se trata aquí de una "lógica de lo necesario". En su conjunto, los razonamientos de la controversia jurídica no son de tipo forzoso. No hay premisas que sean más que verosímiles.

Esta lógica no está basada sobre las matemáticas, sino sobre la experiencia cotidiana de las deliberaciones públicas; una lógica construida sobre la experiencia del arte del derecho.

Antiguamente no era cuestión de pretender una certeza total. La ciencia del matemático puede aspirar a la certeza absoluta, pues el matemático trata temas ideales, irreales y fuera del tiempo, además que se ocupa de objetos de naturaleza cuantitativa.

El establecimiento de la sentencia es una aventura incierta, donde a menudo el punto de partida constituido por testimonios y opiniones de la doctrina sobre el tenor de las reglas del derecho, no tiene más que una relativa autoridad, donde las inferencias en sí no serán siempre rigurosas, no más de lo que resultarán las conclusiones que no encierran una verdad absoluta.

El derecho se quiere conforme a la ley de la naturaleza, pero la ley natural es una incógnita para nosotros; es una ley no escrita, una ley que se debe buscar siempre; no está redactada en fórmulas concretas, está latente en las cosas.

Para alcanzar el reparto más ecuánime entre los intereses de las partes, los antiguos disponían del método de la controversia; su trabajo no era el de seguir un razonamiento solitario, la búsqueda del derecho se hace entre muchos. Así nos dice Villey que *L'art du droit est polyphonique (et vouloir n'appliquer au droit que la seule logique monodique faite pour le mathématicien, c'est comme jouer une symphonie avec un unique instrument)*.

Si el hombre no es en su esencia un ser aislado sino un ser social, no es absurdo que su lógica se funde no en un soliloquio, sino en un conjunto de opiniones.

Todo este proceder suponía una fe admirable y ciega en la racionalidad del derecho, en el valor de verdad —verdad especulativa— que debe perseguir la sentencia.

Exigencias de la realidad jurídica: el objeto determina el método

Según Villey, por mucho tiempo se tuvo a la lógica como contenida, por excelencia, en la obra de Aristóteles; no obstante el silogismo no es más que el instrumento de demostración de la ciencia en estado perfecto, que actúa en posesión de principios seguros e instrumento también de la exposición didáctica

Aristóteles señalaba que existen sectores inmensos de la obra intelectual humana en los que no era posible usar este método perfecto, tales como el descubrimiento de principios en el seno mismo de la ciencia y, por otra parte, el universo de la vida práctica. Sabía que en esos sectores estaban adaptados otros procedimientos más modestos, los que propocionaban sólo el grado de verdad que de ellos se podía esperar.

En nombre de la historia —señala Villey— existe una noción sobre la esencia de la lógica, más amplia que la actual, y que se encontraría en las obras didácticas de Aristóteles, que colocadas como partes de su *Organon*, de enseñanza de la lógica, han sido las más cultivadas en Europa hasta el siglo XIII.

La lógica no era el estudio de las inferencias que permiten pasar, con el mayor rigor posible de una proposición a otra. Es recién al comienzo de la

época moderna cuando la lógica es ante todo el estudio del silogismo, procedente de los Analíticos de Aristóteles, legados por la escolástica medieval, sobre todo —para Villey— la escolástica decadente de los siglos XIV y XV.

El siglo XVII ha conocido, sobre todo en Alemania, una clase de “matemáticos-juristas”, cuya ambición fue reconstruir el conjunto de la ciencia del derecho sobre el modelo de las matemáticas. Pero existen diferencias fundamentales entre los objetos de estudio de las dos ciencias.

Las ciencias de las matemáticas tienen por objeto el estudio de las cantidades en abstracto, es decir, que es meramente teórico; mientras que el derecho estudia lo justo en concreto. Este justo en concreto integra el universo de la vida práctica a que Aristóteles hacía referencia al excluirlos del método silogístico.

Las matemáticas se encuentran dentro del campo cuantitativo, mientras que el derecho dentro del cualitativo. Hasta un niño puede determinar que tres caramelos es mejor que dos de iguales cualidades, partiendo de la premisa mayor que dentro de lo bueno, lo más es mejor que lo menos. Pero el más avezado se encontraría en dificultades para elegir entre caramelos o un alfajor marplatense, porque la decisión dependerá de las circunstancias fácticas.

El derecho no es absoluto, sino lo que es probablemente justo, entendiendo por probable al modo aristotélico “lo que parece tal, ya a todos los hombres, ya a la mayoría, ya a los sabios; y entre los sabios, ya a todos, ya a la mayor parte, ya a los más ilustres y más dignos de «crédito»”. Y lo justo, si no se encuentra en la ley —como modelo de lo justo— lo determinará el juez, pero no mediante un proceso silogístico, sino dialéctico, porque las exigencias de la realidad jurídica nos indican que el objeto determina el método.

JOSÉ MARÍA PODESTÁ

Documentos

LA TUTELA JURIDICA DE LA FAMILIA EN LA ACCION JUDI- CIAL DE LOS TRIBUNALES ECLESIASTICOS

*Discurso de S. S. Juan Pablo II al
Tribunal de la Sacra Rota Romana,
24 de enero de 1981.*

Señor Decano, queridos prelados y
oficiales de la Sacra Rota Romana:

Servicio pastoral al hombre

1. Me siento feliz de reunirme hoy con vosotros con ocasión de la inauguración del nuevo año judicial de este Tribunal. Doy sinceramente las gracias al Decano por las nobles palabras que me ha dirigido y por los sabios propósitos metodológicos formulados. Os saludo a todos con afecto paterno, a la vez que os expreso mi hondo aprecio de vuestra labor tan delicada y necesaria que es parte integrante y cualificada de la función pastoral de la Iglesia.

La competencia específica de la Sacra Rota Romana en las causas matrimoniales, toca muy de cerca al tema tan actual de la familia, que ha sido objeto del estudio de parte del reciente Sínodo de los Obispos. Pues bien, sobre la tutela jurídica de la

familia en la acción judicial de los tribunales eclesiásticos me propongo detenerme ahora.

Según el espíritu y normas del Concilio Vaticano II

2. Con profundo espíritu evangélico nos ha acostumbrado el Concilio Ecuménico Vaticano II a dirigir la mirada al hombre para conocer todos sus problemas y ayudarle a resolver sus problemas existenciales a la luz de la verdad revelada por Cristo y con la gracia que nos ofrecen los misterios divinos de salvación.

Entre los que atormentan más el corazón del hombre y, consiguientemente, el ambiente humano tanto familiar como social en el que vive y actúa, se incluye con prioridad y urgencia el del amor conyugal, que une a dos seres humanos de distinto sexo haciendo de ellos una comunidad de vida y amor, o sea, uniéndolos en matrimonio.

En el matrimonio tiene su origen la familia "en la que —pone de relieve el Vaticano II— distintas generaciones coinciden y se ayudan mutuamente a lograr una mayor sabiduría y armonizar los derechos de las personas con las demás exigencias de la vida social"; y de este modo la familia "es de verdad el fundamento de

la sociedad". Verdaderamente —añade el Concilio— "el bienestar de la persona y de la sociedad humana y cristiana está estrechamente ligado a la prosperidad de la comunidad conyugal y familiar". Pero debemos reconocer con el mismo Concilio que "la dignidad de esta institución no brilla en todas partes con el mismo esplendor, puesto que está oscurecida por la poligamia, la epidemia del divorcio, el llamado amor libre y otras deformaciones. Es más, el amor matrimonial queda frecuentemente profanado por el egoísmo, el hedonismo y las prácticas ilícitas contra la generación" (*Gaudium et spes*, 47).

Por el mismo hecho de las serias dificultades que nacen a veces incluso con violencia, de las profundas transformaciones de la sociedad de hoy, se hace aún más patente el valor insustituible de la institución matrimonial, y la familia sigue siendo "escuela del más rico humanismo" (*ib.*, 52).

Ante los graves males que atormentan en casi todos los sitios a este gran bien que es la familia, se ha lanzado la idea de elaborar una *Carta* de los derechos de la familia que se respete universalmente, a fin de garantizar a esta institución la tutela debida para bien asimismo de toda la sociedad.

Las propuestas y orientaciones del Sínodo de los Obispos

3. Por su parte, y dentro del campo de sus competencias, la Iglesia siempre ha procurado tutelar a la fa-

milia, incluso con una legislación apropiada, además de favorecerla y ayudarla con distintas iniciativas pastorales. He citado ya el reciente Sínodo de los Obispos. Pero es bien sabido que confortada por la palabra del Evangelio, ya desde los comienzos de su Magisterio, la Iglesia ha enseñado y reiterado explícitamente el precepto de Jesús sobre la unidad e indisolubilidad del matrimonio, sin el que ninguna familia puede ser segura, sana y auténtica célula viva de la sociedad. Contra la praxis greco-romana que daba bastantes facilidades al divorcio, el Apóstol Pablo declaraba ya entonces: "Cuanto a los casados, precepto es no mío, sino del Señor, que la mujer no se separe del marido (...) y que el marido no repudie a su mujer" (*1 Cor 7, 10-11*). Siguió luego la predicación de los Padres que afirmaban insistentemente ante la difusión del divorcio, que el matrimonio es indisoluble por voluntad divina.

Así, pues, el respeto de las leyes queridas por Dios para el encuentro entre el hombre y la mujer y para que su unión perdure, fue el elemento nuevo que introdujo el cristianismo en la institución matrimonial. El matrimonio —dirá después el Vaticano II— en cuanto "íntima comunidad conyugal de vida y de amor, fundada por el Creador y estructurada según leyes propias, se establece sobre la alianza de los cónyuges, es decir, sobre su consentimiento personal e irrevocable. Así, del acto humano por el cual los esposos se dan y se reciben

mutuamente, nace, aun ante la sociedad, una institución (el matrimonio) confirmada por la ley divina" (*Gaudium et spes*, 48).

Esta doctrina fue enseñada guía de la pastoral, de la conducta de los cónyuges cristianos, de la ética matrimonial y de la disciplina jurídica. Y la labor catequético-pastoral de la Iglesia, mantenida y valorizada por el testimonio de las familias cristianas, introdujo modificaciones, incluso en la legislación romana que ya en tiempos de Justiniano no admitía el divorcio *sine causa* e iba asumiendo gradualmente la institución matrimonial cristiana. Fue una gran conquista para la sociedad, pues la Iglesia, que había devuelto su dignidad a la mujer y al matrimonio a través de la familia, contribuyó a salvaguardar lo mejor de la cultura greco-romana.

4. En el contexto social de hoy la Iglesia se propone repetir el mismo esfuerzo primitivo doctrinal y pastoral, de conducta y *praxis*, y también el legislativo y judicial.

El bien de la persona humana y de la familia en la que el individuo hace realidad gran parte de su dignidad, y también el bien de la misma sociedad, exigen que la Iglesia rodee de tutela particular la institución matrimonial y familiar, hoy más aún que en el pasado.

La unidad e indisolubilidad del matrimonio

Podría resultar casi inútil el esfuerzo pastoral tan deseado también por el último Sínodo de los Obispos, si no

le acompañara una acción legislativa y judicial apropiada. Para satisfacción de todos los Pastores podemos decir que la nueva codificación canónica se está ocupando de traducir en sabias normas jurídicas cuanto surgió en el último Concilio Ecuménico en favor del matrimonio y la familia. Las voces que se oyeron en el último Sínodo de los Obispos sobre el alarmante aumento de causas matrimoniales en los tribunales eclesiásticos serán tenidas en cuenta, claro está, en la revisión del código de derecho canónico. Es seguro también que en respuesta asimismo a las demandas del citado Sínodo, los Pastores sabrán intensificar con creciente empeño pastoral la preparación debida de los novios a la celebración del matrimonio. Ya que la estabilidad del vínculo conyugal y el mantenimiento feliz de la comunidad familiar dependen no poco de la preparación de los novios, anterior a la boda. Pero es igualmente verdad que en la misma preparación al matrimonio podrían repercutir negativamente los dictámenes o sentencias de nulidad de matrimonio si éstas se consiguen con demasiada facilidad. Si entre los males del divorcio figura también el de hacer menos seria y comprometida la celebración del matrimonio, hasta el punto de que ésta ha perdido hoy la consideración debida entre algunos jóvenes, es de temer que encaminarían a la misma perspectiva existencial y psicológica las sentencias de declaración de nulidad matrimonial si se comprobara que se multiplican como dictámenes fáciles y

apresurados. "De donde resulta que el juez eclesiástico —recordaba ya mi venerado predecesor Pío XII— no debe mostrarse fácil a la declaración de la nulidad del matrimonio, sino que sobre todo debe esforzarse porque se convalide lo que se ha contraído inválidamente, más aún cuando lo aconsejan las circunstancias del caso particular". Para explicar este consejo había dicho antes: "En cuanto a las declaraciones de nulidad de los matrimonios, nadie ignora que la Iglesia es cauta y poco inclinada a ello. Pues si la tranquilidad, estabilidad y seguridad de las relaciones humanas en general exigen que no se declaren a la ligera inválidos los contratos, ello vale todavía más para un contrato de tanta trascendencia como es el matrimonio, cuya firmeza y estabilidad son exigencia del bien común de la sociedad humana y del bien privado de los cónyuges y la prole, y cuya dignidad de sacramento prohíbe que cuanto es sagrado y sacramental se vea fácilmente expuesto al peligro de la profanación" (*Discurso a la Sacra Rota Romana*, 3 octubre de 1941: AAS 33, 1941, pp. 423-424). A alejar este peligro está contribuyendo laudablemente el Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica con su labor sabia y prudente de vigilancia. Igualmente valiosa me resulta la labor judicial del Tribunal de la Sacra Rota Romana. A la vigilancia del primero y a la sana jurisprudencia del segundo debe corresponder la actuación igualmente sabia y responsable de los tribunales inferiores.

Seguir fielmente las directrices de la Santa Sede y las normas canónicas en el examen de las causas matrimoniales.

5. A la tutela debida a la familia contribuyen en medida no pequeña la atención y pronta disponibilidad de los tribunales diocesanos y regionales a seguir las directrices de la Santa Sede, la jurisprudencia rotal continua y la aplicación fiel de las normas sustanciales y procesales ya codificadas, sin recurrir a presuntas o probables innovaciones o a interpretaciones que no responden objetivamente a la norma canónica o no las sostiene ninguna jurisprudencia cualificada. En efecto, es temeraria toda innovación en el derecho sustantivo o procesal que no responda a la jurisprudencia o a la *praxis* de los tribunales y dicasterios de la Santa Sede. Debemos convencernos de que un examen sereno, atento, meditado, completo y exhaustivo de las causas matrimoniales exige la plena conformidad con la recta doctrina de la Iglesia, el derecho canónico y la sana jurisprudencia canónica tal y como ha ido madurando sobre todo con la aportación de la Sacra Rota Romana; ello es considerado como os dijo ya Pablo VI de venerada memoria, "medio sapiente" y, "cauce de deslizamiento, cuyo eje está precisamente en la búsqueda de la verdad objetiva y cuyo final es la recta administración de la justicia" (Pablo VI, 28 de enero de 1978: AAS 70, 1978, p. 182).

En esta búsqueda todos los ministros del tribunal eclesiástico —cada uno con el debido respeto a su tarea y a la de los demás— deben poner cuidado particular constante y concienzudo de que se forme el consenso matrimonial libre y válido, añadiendo siempre a este cuidado la solicitud igualmente constante y concienzuda por la tutela del sacramento del matrimonio. A llegar al conocimiento de la verdad objetiva, o sea, la existencia del vínculo matrimonial contraído válidamente o su inexistencia, contribuyen la atención a los problemas de la persona e igualmente la atención a las leyes que subyacen por derecho natural divino o positivo de la Iglesia en la celebración válida del matrimonio y en la perduración del matrimonio. La justicia canónica que según la hermosa expresión de San Gregorio Magno, llamamos más significativamente sacerdotal, emerge del conjunto de todas las pruebas procesales sopesadas concienzudamente a la luz de la doctrina y del derecho de la Iglesia, y con la ayuda de la jurisprudencia más cualificada. Lo exige el bien de la familia, teniendo presente que todo lo que sea tutelar a la familia legítima, va siempre en favor de la persona; mientras que la preocupación unilateral en favor del individuo puede resultar en perjuicio de la misma persona humana, además de dañar el matrimonio y la familia, que son bienes de la persona y de la sociedad. Con esta perspectiva se han de contemplar las disposiciones del código vigente sobre el matrimonio.

La Iglesia se propone realizar en la sociedad humana el proyecto divino sobre el matrimonio

6. En el mensaje del Sínodo a las familias cristianas, se hace hincapié en el gran bien que la familia, sobre todo la familia cristiana, es y realiza para la persona humana. La familia “ayuda a sus miembros a ser agentes de la historia de la salvación y signos vivos del plan amoroso de Dios sobre el mundo” (núm. 8). Por ser actividad de la Iglesia, la actividad judicial debe tener presente esta realidad —que no es sólo natural sino también sobrenatural— del matrimonio y de la familia, la cual tiene su origen en el matrimonio. La naturaleza y la gracia nos revelan, si bien con modos y medidas diferentes, un proyecto divino sobre el matrimonio y la familia, proyecto que contempla, tutela y favorece la Iglesia según las competencias propias de cada una de sus actividades, con el fin de que sea aceptado por la sociedad humana lo más ampliamente posible.

Por tanto, la Iglesia puede y debe salvaguardar los valores del matrimonio y la familia también con su derecho y con el ejercicio de la *potestas iudicialis*, para hacer progresar al hombre y valorizar su dignidad.

La actividad judicial de los tribunales eclesiásticos matrimoniales, al igual que la actividad legislativa, deberá ayudar a la persona humana en la búsqueda de la verdad objetiva y, consiguientemente, también en la afirmación de esta verdad, a fin de que la misma persona esté en grado de co-

nocer, vivir y realizar el proyecto de amor que Dios le ha asignado.

La invitación que dirigió el Vaticano II a todos y en especial a los que "tienen influencia en la sociedad y en sus diversos grupos", incluye también y responsabiliza, por tanto, a los ministros de los tribunales eclesiásticos de causas matrimoniales para que ellos colaboren también "en el bien del matrimonio y la familia" (*Gaudium et spes*, 52), sirviendo bien a la verdad y administrando bien la justicia.

7. Por ello presento a usted, señor Decano, a los prelados auditores y a los oficiales de la Sacra Rota Romana, mis deseos cordiales de trabajo sereno y provechoso, desarrollado a la luz de estas consideraciones de hoy.

Y al mismo tiempo que me complazco en reiterarle mi aprecio de la actividad valiosa e incansable de este Tribunal, imparto de corazón a todos vosotros una bendición apostólica particular, propiciadora de la ayuda divina en vuestra delicada función y signo de mi afecto constante.

Notas bibliográficas

"PRINCIPIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO", por Rodolfo Carlos Barra. Edit. Abaco de Rodolfo de Palma, 283 ps., Buenos Aires, 1980.

El derecho administrativo como rama autónoma del derecho, surge como consecuencia del sometimiento del Estado al orden jurídico positivo, dado que el derecho común —civil o comercial— no es adecuado para reglar las relaciones entre el Estado y los particulares.

Se desarrolla a pesar de la existencia de leyes o normas escritas que intentan codificar y prever todas las situaciones posibles, por obra de la doctrina y de los jueces; en particular es mérito del Consejo de Estado Francés. Durante los primeros tiempos en los países con régimen jurídico positivo los tribunales llamados a decidir controversias entre el Estado y los particulares, entendían que no resultaban aplicables los Códigos y demás leyes vigentes cuando la cuestión era "contencioso-administrativa". De esta forma se dejaban a un lado las normas positivas y se aplicaban para la resolución de los conflictos las normas no escritas, derivadas preferentemente de los principios del derecho público. Sólo analógicamente, y en tanto los principios fueran comunes al derecho público y privado, se aplicaba la legislación escrita.

Paulatinamente el derecho administrativo se fue plasmando en normas positivas. En nuestro país la evolución fue lenta y todavía no ha finalizado, aun cuando casi todas las instituciones se encuentran ya regidas por leyes o reglamentos.

Como consecuencia de lo expuesto el estudio del derecho administrativo cada vez más se limita al análisis de las normas, con olvido de los principios que informan el sistema. Existe una clara tendencia a la "positivización" del derecho administrativo, tendencia que lleva al desconocimiento de la razón de

ser de las normas y al anquilosamiento del régimen jurídico. Incluso al legislarse se lo hace con olvido de la existencia del derecho administrativo queriendo aplicar instituciones de derecho privado a situaciones que claramente deben regirse por el derecho público.

La obra del Dr. Rodolfo Carlos Barra, *Principios de Derecho Administrativo* recientemente editada, constituye una excepción a esta tendencia. Se trata de una "vuelta" o retorno a la esencia del derecho administrativo, aun cuando no es una obra teórica o escrita con desconocimiento de la realidad. A través de sus páginas se revela que el autor no sólo no desconoce o deja de lado el derecho positivo, sino que por el contrario demuestra conocerlo en profundidad.

Su versación no sólo se revela en esta obra, sino también en numerosos trabajos publicados en revistas especializadas, en su actuación profesional y en su actividad docente como profesor de derecho administrativo en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Católica Argentina.

El estudio de los "principios del derecho" que realiza, tampoco se limita a la narración de los antecedentes históricos sobre el tema o al análisis de las instituciones, sino que los estudia a la luz de los fines del Estado y de la Justicia.

Como señala el autor "este estudio no pretende más que recordar las enseñanzas de la perenne filosofía tomista y de la moderna doctrina social pontificia, para aplicar sus conclusiones a una rama determinada de las ciencias jurídicas... analizando y explicando las instituciones fundamentales del derecho administrativo a la luz de aquellos principios".

Estas palabras no deben hacer creer que se trata de un estudio teórico; todo lo contrario: el Dr. Barra de estos principios extrae conclusiones concretas y

de gran actualidad. Así por ejemplo niega la posibilidad de que el Estado pueda estar sujeto al derecho privado y en consecuencia la existencia de actos o contratos privados de la administración. Niega también que desde un punto de vista de los principios puedan existir entes o empresas del Estado regidos por el derecho comercial, cuestión esta en nuestro país de especial interés dado el régimen de "privatización" de las Empresas del Estado, iniciado por la ley 20.705, que intentó su transformación en Sociedades del Estado regidas íntegramente por el derecho privado.

Extrae otras conclusiones concretas, entre las que debe señalarse su tesis negativa a la diferenciación entre derecho subjetivo e interés legítimo, que tiene como resultado práctico posibilitar a los titulares de intereses legítimos o derechos reflejos el acceso a la vía judicial para plantear sus controversias con el Estado, algo que en el ámbito nacional la actual jurisprudencia no permite.

El plan de la obra es de una impecable metodología. Se divide en ocho capítulos, aun cuando básicamente pueden diferenciarse dos partes: la primera que trata sobre los principios filosóficos que sustentan el sistema y la segunda parte sobre el régimen jurídico administrativo y sus instituciones fundamentales analizadas a la luz de aquellos principios.

En el primer capítulo analiza la naturaleza del Estado y sus fines. En profundidad trata el bien común como causa final del Estado y su relación con el principio de subsidiariedad; el autor sintetiza sus conclusiones afirmando "el bien común es subsidiario... porque sólo tiene por objeto aquellos bienes que no pueden ser alcanzados o satisfechos, o no deben ser gestionados por las agrupaciones intermedias entre el hombre y el Estado o por los hombres en su actuación individual".

Continúa afirmando que el Estado existe por y para el bien común y que su prosecución es la razón de ser de los poderes públicos. Como luego se advertirá de este planteo inicial extrae importantes consecuencias en lo concerniente al régimen jurídico del Estado.

En los capítulos segundo y tercero se estudia la justicia, definida al estilo tomista como la virtud por la cual se da a cada uno su derecho o lo que le es debido y que tiene como medida la igualdad. Trata en forma particular las distintas especies de justicia: la justicia general o legal y la justicia particular, esta última en sus dos especies "conmutativa" y "distributiva". Afirma que la justicia conmutativa se encuentra presente en los cambios que mutuamente se realizan entre dos personas y la justicia distributiva cuando se reparten proporcionalmente bienes comunes.

En definitiva y dado que el fin del Estado es promover el bien común, mediante la virtud de la justicia distributiva, el derecho que rige esas relaciones —señala el Dr. Barra— es en todos los casos el derecho público, o sea que a "la justicia distributiva le corresponde el derecho público y a la justicia conmutativa el derecho privado". Esta tesis fundamenta la conclusión referida a que el Estado no puede regirse por el derecho privado, ya que sólo tiene sentido en su misión de administrar bienes comunes.

Se trata sin duda de una conclusión polémica ya que la utilización de técnicas del derecho privado por parte del Estado es una realidad en nuestro ordenamiento positivo. Las organizaciones empresarias estatales y en particular las sociedades regidas por la ley 20.705, tienen como fundamento teórico —y quizás no en la práctica como lo aclara muy bien el autor— su sometimiento a un régimen de derecho privado.

Cabe señalar que la tesis no carece de fundamentos. Al respecto recoge las enseñanzas de Ulpiano *ius publicum est quod ad statum rei romana spectat, ius privatum quod ad singulorum utilitatum spectat*, y los interesantes estudios realizados por autores de derecho administrativo como Gaspar Ariño Ortiz y Enrique Rivero Ysern en España y Eduardo Soto Kloss en Chile.

En cambio la doctrina mayoritaria acepta sin reservas la aplicación del derecho privado a las relaciones entre el Estado o entes estatales y los particulares, si bien con carácter excepcional ya que el derecho común del Es-

tado es el derecho administrativo. En tal sentido el Dr. Juan Carlos Cassagne, tanto en su obra *Derecho Administrativo* como en otros trabajos publicados sobre el tema, no admite la identificación del derecho público con la justicia legal y distributiva, ni la del derecho privado con la justicia conmutativa, aceptando por lo tanto la posibilidad de que el Estado acuda a técnicas de justicia conmutativa para realizar el bien común, o que los particulares en sus relaciones puedan estar sometidos a la justicia distributiva.

No es mi intención en este breve comentario dilucidar o terciar en una cuestión que merece ser estudiada en profundidad. No obstante, resulta necesario destacar un aspecto, aun cuando tangencial que revela la personalidad del autor. La obra del Dr. Barra es prologada por el Dr. Cassagne, quien a su vez es profesor titular de la materia en las cátedras donde el autor es profesor adjunto; asimismo el Dr. Cassagne fue padrino de su tesis doctoral en la que aquél sostuvo la tesis antes comentada. "Las discrepancias que sostengo con mi querido profesor de derecho administrativo", no le impiden desarrollar su tesis con amplia solvencia. Ello revela tanto por parte del Dr. Barra como de su padrino de tesis que más allá de las posiciones individuales, ambos se encuentran en la búsqueda de la verdad, primera condición que debe reunir todo investigador y docente. Como lo afirma el mismo Cassagne la posición de Barra "encierra una idea de justicia que no se puede desconocer, en cuanto permite la realización de lo «justo objetivo»".

El cuarto capítulo de la obra trata sobre la justicia distributiva entendida como aquella especie de justicia que obliga a repartir los bienes y cargas proporcionalmente entre los miembros de la comunidad. Luego estudia la relación existente entre la justicia distributiva y el derecho público.

Resulta de gran interés la tesis relativa a la aplicación del derecho privado a relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares. Antes adelanté su opinión al respecto. Niega tal posibilidad, excepto que sea sólo con carácter instrumental o accesorio, sin desnaturalizar la esencia de la relación

jurídica que siempre está sometida al derecho público. En consecuencia aun cuando se aplique ocasionalmente o instrumentalmente alguna institución de derecho privado (normas sobre el cheque, el pago, etc.), la relación jurídica continuará regida por el derecho público con sus notas características consistentes en prerrogativas para la administración y garantías a favor de los particulares.

En síntesis, para el autor no existe el acto o contrato privado de la administración, ni siquiera —como lo afirman entre nosotros Gordillo y Dromi— actos regidos en cuanto a su objeto por el derecho privado.

En la segunda parte entra de lleno en la temática sobre el derecho administrativo. Así analiza el concepto de "función" administrativa que diferencia de la noción de "actividad" y el régimen exorbitante de la administración como nota característica del derecho administrativo.

El contenido del régimen exorbitante es objeto en especial de estudio. Dado que la "relación jurídica administrativa es una relación de justicia distributiva, la exorbitancia de aquella relación estará sometida a requisitos y exigencias que permitan la realización y distribución del bien común", y teniendo en cuenta que el beneficiario del bien común es la persona individual y que el bien común es el fin del Estado, concluye que el régimen exorbitante debe ser estudiado desde la perspectiva del administrado a cuyo servicio está. En definitiva el régimen exorbitante está integrado por dos subsistemas: prerrogativas y garantías.

Entre las prerrogativas de la administración señala la presunción de legitimidad de los actos, el principio de ejecutoriedad, el principio de actuación coactiva, el régimen privilegiado de sus bienes, un régimen procesal especial y un régimen contractual también de privilegio (poder de dirección y control, *ius variandi*, potestad sancionatoria, rescisión unilateral, etc.).

Las garantías del administrado, derivadas del régimen jurídico exorbitante, son expuestas y analizadas también en profundidad. Así la exigencia del debido proceso legal, la estricta vincu-

lación a la ley y la intangibilidad de la remuneración del contratista.

Debe advertirse que ya con anterioridad el Dr. Barra había adelantado parcialmente su opinión sobre estos temas. En diversos trabajos publicados en distintas revistas especializadas trató el tema de la función administrativa, la existencia de entes estatales regidos por el derecho privado y la intangibilidad de la remuneración del contratista como garantía que integra el régimen de exorbitancia del derecho administrativo.

En el capítulo VI sobre la relación jurídica administrativa cuyo fin es la realización y distribución del bien común, con gran solvencia examina la problemática sobre la administración descentralizada y la personalidad jurídica de los entes estatales. Como consecuencia de los principios antes señalados niega la existencia de personas públicas no estatales y de personas privadas del Estado, ya que existe una total identificación entre el Estado y el derecho público, con la sola excepción de la Iglesia Católica cuyo fin es el bien común de naturaleza espiritual.

Considera el tema de las empresas industriales o comerciales del Estado y el fenómeno denominado Estado empresario. Dado que el Estado no puede perseguir fines privados y que es un ente exclusivamente político, al asumir funciones empresarias lo hace sólo por el bien común y sujeto por lo tanto a un régimen jurídico público. Luego se refiere a cada uno de los tipos de empresas públicas existentes en nuestro país, demostrando cómo en la práctica, aun cuando las leyes afirmen lo contrario, se encuentran sujetas a un régimen jurídico exorbitante y que es sólo una ilusión teórica —equivocada para el autor— negar que el derecho que los rige es el derecho público.

En tal sentido formula severas críticas a la ley 20.705 en cuanto excluye del régimen de las Sociedades del Estado las leyes de Contabilidad, Obra Pública y Procedimientos Administrativos. Asimismo recuerda la reciente reforma a la ley de Procedimientos Administrativos y a su decreto reglamentario, que determina la aplicación de dicha ley, aun cuando en forma parcial, a las sociedades del Estado y de-

más organizaciones empresarias (incluso entidades mixtas), lo cual en definitiva constituye una vuelta a su sometimiento al derecho público.

No desconoce la presencia de entidades intermedias o de entidades privadas a quienes el Estado les encomienda el desarrollo de actividades administrativas, tema este que desarrolla en el capítulo siguiente. Para el autor se trata de sujetos auxiliares de la función administrativa, que participan en el bien común y en los medios para su logro. Diferencia en tal sentido, ampliando un trabajo publicado anteriormente, el fenómeno de la cogestión, y de la autogestión administrativa. En ambos supuestos, recuerda, se trata de permitir y asegurar la participación de los propios interesados en la gestión de cometidos que forman parte de la función administrativa (función estatal), dado el proceso de "puplicación".

Cuando la participación supone la presencia de particulares o entidades intermedias en órganos de la administración se está frente al fenómeno de cogestión administrativa. En cambio si la gestión es "materialmente" llevada a cabo en forma exclusiva por la entidad intermedia, serán un fenómeno de autogestión administrativa.

Sostiene que aun cuando la entidad intermedia realice actividades de autogestión se tratará siempre de personas jurídicas privadas.

No desconoce las discusiones doctrinarias que han generado este tipo de entidades; no obstante rebate las teorías que las califican como entidades públicas o las teorías "eclecticas" elaboradas a partir del caso Monpeurt resuelto por el Consejo de Estado Francés. En todos los casos, aun cuando la actividad sea "mixta", sostiene, se trata de entes privados, ya que el ente nace para satisfacer fines privados y por una decisión estatal posterior o contemporánea al nacimiento, se le encomienda una actividad pública. Tales entes, a su juicio, satisfacen el bien común sólo porque dicha actividad les ha sido encomendada por el Estado.

Se trataría de una situación análoga a la que se configura con la prestación de servicios públicos por concesionarios; el Estado encomienda el ejer-

cicio de cometidos a entes privados, sin renunciar a la titularidad del poder.

Reconoce que las relaciones entre los entes intermedios y los particulares se rigen en principio por las mismas normas o derecho que regirían la relación entre el Estado —que delega la actividad— y los particulares, o sea por el derecho público. En consecuencia en todo aquello que el Estado ha delegado en el ente o persona no estatal resulta de aplicación el derecho administrativo, siendo por lo tanto mixto el régimen jurídico aplicable, pero no la personería que continúa siempre siendo privada. De esta forma admite la procedencia de recursos administrativos contra las decisiones dictadas en el ámbito de la delegación, un régimen de control público y el carácter esencialmente revocable de la delegación.

Recuerda que el caso de las concesiones administrativas es diferente por tratarse de una actividad comercial o industrial desarrollada por particulares y con fines de lucro. Al respecto debe recordarse que el derecho que rige las relaciones entre los concesionarios y los particulares es preferentemente el derecho privado.

Sin duda el derecho que rige las entidades intermedias es una cuestión de permanente interés, tendiendo el derecho administrativo a regir también sus relaciones jurídicas. El Dr. Barra es uno de los pocos autores que en nuestro país han efectuado, desde la perspectiva del derecho administrativo, estudios sobre el tema. No obstante y aun cuando no sea el lugar apropiado resulta necesario, a mi entender, plantear algunos interrogantes, sin querer por ello desconocer el mérito de su tesis.

Los grupos humanos o entidades intermedias entre los particulares y el Estado son cuerpos naturales derivados del orden normal y natural de las cosas. Su existencia es indispensable para que el Estado no avasalle la persona humana. Es por ello necesario reconocerle autonomía frente a los poderes públicos.

El principio de subsidiariedad, por otra parte, obliga a ello. Su actividad pública, entiendo, no resulta o surge de una delegación que les efectúa el Estado, sino que actúan *iure proprio*. Como lo recuerda Juan XXIII en la En-

cíclica Mater et Magistra es necesaria la "renovación de la vida en común mediante la reconstrucción de los cuerpos intermedios autónomos con finalidad económica y profesional no impuesta por el Estado sino creados especialmente por sus propios miembros". Actúan con libertad y por ende con autonomía frente a los poderes públicos para organizarse dentro del marco de su competencia. El orden social debe respetar estos cuerpos intermedios, sus libertades y derechos correspondientes.

No se desconoce que no se trata de sociedades perfectas, como lo es el Estado, pero no por ser imperfectas debe dejar de admitirse su existencia natural. Tampoco se desconoce ni se niega que el Estado pueda controlar su actividad.

En consecuencia entiendo que los cuerpos intermedios tienen a su cargo una actividad pública por propia naturaleza, que no le es encomendada ni reconocida por el Estado. En cumplimiento de tales cometidos está sujeto a la justicia distributiva, de la misma forma que el padre de familia ejerce la patria potestad (que no es un derecho sino un deber) sobre sus hijos, regida, en mi criterio, también por la virtud de la justicia distributiva.

Es cierto que analizada la cuestión en una perspectiva histórica las competencias de los cuerpos intermedios se nos presentan como delegaciones del poder público. En efecto desde comienzos del siglo XVI comienzan a debilitarse las antiguas corporaciones por causas políticas (centralización del poder o absolutismo de los monarcas), económicas (proceso de industrialización, incremento del tráfico comercial, etc.), y filosóficas (el liberalismo y el individualismo), movimiento que tiene su culminación con la ley llamada *Le Chapelier* en recuerdo del diputado que la propuso el 17 de junio de 1791, al establecer que "no está permitido a los ciudadanos reunirse en defensa de sus intereses comunes, no existen más corporaciones en el Estado, no existe más que el interés particular de cada individuo y el interés general del Estado, no está permitido a ninguno inspirar a los ciudadanos un interés intermedio separándolos de la cosa pública con espíritu de corporación".

Esta ley tuvo una importancia decisiva para la organización social. Desde su dictado sólo existieron dos términos: individuo y Estado.

Las atribuciones de los cuerpos intermedios, como es lógico, no dejaron de cumplirse, ni se amplió el campo de la libertad individual como era el deseo de sus autores, sino que sus funciones fueron asumidas por el Estado, que adquirió aún más poder en detrimento de los particulares.

No obstante, la realidad social restableció rápidamente la presencia de los cuerpos intermedios, y dada su existencia derivada de la naturaleza misma de las personas, el orden jurídico no pudo ignorarlos. Este renacimiento de las entidades intermedias se nos representa en consecuencia como una delegación o traspaso de cometidos del Estado hacia ellas. En este sentido la tesis del Dr. Barra es correcta, pero desconoce en cierta forma su existencia natural y sus potestades propias. El principio de la subsidiariedad del Estado determina que la actividad pública de estos cuerpos no sea una función estatal que se les delegue, sino que justamente se trata de actividades que no están a cargo del Estado, sino de dichos entes a quienes no puede dejar de reconocerles sus derechos.

Por los mismos motivos entiendo que distinta es la situación de los concesionarios y demás particulares (excluidas las entidades intermedias) a quienes el Estado encomienda expresamente el cumplimiento de cometidos públicos dado que no desarrollan la función pública *jure proprio* sino por habérsela encomendado el Estado. En estos supuestos coincido con el Dr. Barra en que se trata de una delegación y que el Estado por lo tanto no renuncia a la titularidad del poder. Por el contrario, en el caso de los cuerpos intermedios, el poder corresponde a éstos, sin necesidad de decisión estatal alguna.

El último capítulo de la obra trata de la llamada teoría del administrado o sea la situación jurídica que ostenta el particular en la relación administrativa. Centra el tema en la tradicional distinción entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple, analizando las distintas teorías que inten-

tan diferenciarlos. Al respecto debe recordarse que es un tema de fundamental importancia por cuanto, de acuerdo a la jurisprudencia imperante en el ámbito nacional sólo los titulares o quienes invoquen derechos subjetivos tienen acceso a la vía judicial, pudiendo en cambio quien invoque un interés legítimo interponer sólo recursos ante la propia administración sin que luego tenga abierta la vía judicial. A su vez los titulares de intereses simples carecen de la posibilidad jurídica de interponer recursos administrativos o acciones judiciales, salvo los supuestos excepcionales de las llamadas acciones populares.

En cambio en el sistema francés e incluso en nuestro ámbito provincial los titulares de intereses legítimos tienen acceso a la justicia mediante una acción limitada denominada de anulación, que se diferencia de la plena jurisdicción que se acuerda a quienes ostentan un derecho subjetivo frente a la administración, en que en aquélla el juez sólo tiene competencia para analizar la legitimidad del acto cuestionado sin que pueda acordar el particular prestación alguna.

Luego de exponer las principales teorías que se han dado para diferenciar el derecho subjetivo del interés legítimo, llega a la conclusión de que no existe tal distinción ya que en ambos casos el particular tiene derecho a la protección judicial, correspondiendo al juez determinar, *a posteriori*, cuál debe ser el alcance de la sentencia, no existiendo en muchos supuestos motivo alguno que justifique limitar los efectos de la sentencia a la sola anulación del acto.

En síntesis, este libro del Dr. Barra, *Principios de Derecho Administrativo* con gran rigor metodológico estudia los fines del Estado, el concepto de justicia, el bien común y aplica los principios que se derivan de tales conceptos a cada una de las instituciones fundamentales del derecho administrativo, efectuando en cada caso críticas o comentarios a la legislación vigente. Constituye un valioso aporte para el avance del derecho administrativo y del derecho público en general. Los temas que trata son, sin duda, polémicos y en ello reside justamente un mérito más del libro que comentario y cuya lec-

tura se recomienda no sólo a los estudiosos del derecho administrativo, sino también a quienes deseen iniciarse en el estudio de una disciplina de permanente actualidad.

JUAN RAMÓN DE ESTRADA

“FORMACION DE LA CIUDAD CRISTIANA”; “APOGEO DE LA CIUDAD CRISTIANA”; “DECADENCIA DE LA CIUDAD CRISTIANA”, por Rubén Calderón Bouchet, Dictionnaire, 3 vol. 230-344 y 280 pp., Buenos Aires, 1978.

El autor es un destacado docente e investigador de la Universidad Nacional de Cuyo, especializado en Filosofía e Historia del Pensamiento Político, cátedras que desempeña con dedicación exclusiva desde hace más de quince años.

Conocido a través de múltiples publicaciones, fundamentalmente sobresalen sus trabajos dedicados a analizar “la formación y decadencia de las Ciudades”. Así hemos conocido anteriormente su *Formación y decadencia de la Ciudad griega* —lamentablemente agotada— y sus *Presupuestos espirituales de la Ciudad Cristiana* como igualmente su mencionada revisión de la Revolución Francesa en *La contrarrevolución en Francia*.

Investigador proveniente del área filosófica ha sabido analizar cuidadosamente el pensamiento político —hacia el cual ha orientado sus investigaciones— dentro del contexto esencial de los principios filosóficos, agregándole el análisis de la circunstancia histórica concomitante. Desde ese punto de vista es uno —por no decir el único— especialista compenetrado con la necesidad de realizar estudios integrales, analizando el pensamiento filosófico en su contexto histórico y las consecuencias que esta relación produce.

La obra a que nos referimos en esta oportunidad, publicada en tres volúmenes, responde a las características generales anteriormente mencionadas. El autor señala con acertada visión histórica que “el trabajo de escribir sobre la Edad Media para hombres formados en el espíritu de la revolución moderna

se hace más pesado por la tarea suplementaria de traducir el lenguaje cristiano a fórmulas y nociones inspiradas en una mentalidad diferente” (t. II, p. 87) agregando en otra parte que “conocer medianamente la historia de la Edad Media es una hazaña intelectual poco frecuente” (II-222) acusando a “la burguesía” como causal de ello, al exponer que “dueña del dinero omnipotente, de las plumas venales y las inteligencias laicas, inundó el mercado con una versión de la historia medieval que todavía persiste en el cerebro de todos los analfabetos ilustrados” (II-220). Esta ha sido la esencia del trabajo de Calderón Bouchet: traducir al lenguaje cristiano —aclarándolo— el pensamiento y la historia de la mal llamada Edad Media. El mismo autor parece coincidir con la necesidad de modificar este término epocal al hablar de “la Ciudad Cristiana”, período que también podríamos definir como “La Cristiandad”.

Su estudio de la formación de dicha Ciudad se inicia con una introducción histórica donde señala claramente la problemática “judeo-cristiana” y las tesis de los apóstogistas y Padres de la Iglesia, para profundizar “la conversión de Constantino” y las modificaciones que ella implicó en la estructura del Imperio y de la Iglesia, los dos pilares de la época.

Más adelante dedica un capítulo completo (el III) al pensamiento político de San Agustín, en la línea enunciada por el destacado historiador Henri Marrou, aclarando que en el pensamiento agustiniano “toda realidad es una imagen de Dios y representa, bajo un aspecto particular, algo que pertenece al Creador” (I-123).

Con acertada visión crítica vislumbra los peligros del pensamiento platónico-agustiniano mal digerido al señalar una virtud que sufrimos permanentemente: “Muchos cristianos creen que la misión salvadora de la Iglesia la pone al margen de cualquier intromisión en los asuntos temporales de la sociedad. Tienen de la tarea salvadora una visión angélica y no toman en cuenta las condiciones reales en que se mueve una comunidad compuesta de hombres de carne y hueso” (I-175). Casi podríamos decir que se trata de esa

amplia línea del "pensamiento utópico" que triunfó con la Modernidad pretendiendo —al perder el arquetipo de la Ciudad de Dios— crear una Ciudad perfecta en la tierra —y cuyo basamento religioso final es la "negación del pecado original".

Pero de inmediato reivindica claramente la visión real de San Agustín en el contexto cristiano al señalar que el cristianismo lleva a la acción y a la necesidad de *instaurare omnia in Christo*. Así afirma —en la línea de la teología de la historia propia de San Agustín— que "la tradición cristiana invierte la relación del hombre con el arquetipo divino, porque coloca el paradigma al fin y no al principio de la historia. Con esta transposición de términos en la relación religiosa, da al movimiento histórico cultural un dinamismo sin precedentes en las sociedades antiguas. La existencia humana ya no es la búsqueda de una semejanza con el modelo primigenio, sino la participación activa en la realización de ese Reino a instalar definitivamente al final del tiempo histórico" (II-12).

El primer volumen continúa con un significativo capítulo dedicado a la vida monástica y al importante papel cumplido por los monjes irlandeses, totalmente descuidado en los textos sobre el Medioevo que habitualmente encontramos. Tras un análisis histórico-político sobre los francos y los carolingios concluye con un capítulo —quizás algo descolgado en su ubicación con relación al contexto general de la obra— sobre "la teoría general del estado en los siglos X, XI y XII".

El volumen segundo —dedicado al Apogeo— realiza un análisis del Reino de Dios y luego de la Iglesia como institución, pasando —en un segundo lugar— a estudiar el Imperio —Sacro Romano Germánico— completado más adelante con el estudio de la Reyecia (cap. IX). En todos estos pasos que componen las dos primeras partes del texto el autor no omite la permanente referencia al pensamiento político y su concreción fáctica, meollo del trabajo.

En la tercera parte estudia el feudalismo como característica de la época, dejando para la cuarta "el régi-

men de trabajo" (cap. X) con importantes aportes sobre el movimiento corporativo, también descuidado en los textos comunes.

No menos importante es su análisis de "la vida intelectual" (caps. XI y XII) donde explicita claramente el significativo papel que le cupo a la Iglesia en la creación de los institutos de enseñanza que culminaron en las Universidades del siglo XIII.

El volumen concluye con un bien armado y documentado capítulo sobre la Cruzada contra los albigenses y la Inquisición, que el autor con gran acierto ha denominado "la defensa de la inteligencia", llevando a la práctica una teoría que maneja durante toda la obra: la necesidad de analizar una época histórica ubicándose en la mentalidad de la misma.

Sin pretender reflejar la profundidad de la primera parte, donde se encuentran los basamentos de la Cristiandad, pero con la intención de hacer diáfano el pensamiento de Calderón Bouchet señalaremos algunos párrafos del texto.

Sobre el mentado absolutismo medieval señala que "el Estado existe para la realización del derecho. El poder es un medio y no un fin en sí mismo. El monarca debe gobernar de acuerdo con normas y preceptos que han sido impuestos por Dios y por la historia de un pueblo. No es un legislador que viene a renovar nada, sino un estricto cumplidor de una ley que existe antes que él y a la que debe respeto y obediencia" (I-196).

Permanentemente destaca que la Edad Media corresponde a una época histórica fluida que "no conoció la construcción de un orden social fundado en premisas ideológicas (sino que...) nació de una serie de circunstancias históricas, enfrentadas y resueltas, con la fe puesta en las promesas de Cristo y en las enseñanzas de la Iglesia. El hombre medieval no cedió a la tentación de sustituir la realidad por entes de la razón (I-204). En relación con el mismo tema aclara: "las desigualdades en los individuos nacen de la diversidad de las disposiciones personales. Una educación ade-

cuada y un ejercicio constante perfeccionan esas vocaciones y las llevan al más alto grado de eficacia. Nosotros, hijos de la democracia, del individualismo burgués y del sufragio universal, no podemos rechazar este hecho, y, si no hemos perdido totalmente el uso de la inteligencia, sabremos sacar partido de él en las diferentes tareas que emprendamos. La Edad Media tiene una vida comunitaria más sana que la nuestra. No sólo comprendió las desigualdades individuales atribuibles al carácter único e irreiterable de cada hombre, sino que también advirtió el valor del esfuerzo familiar sostenido durante varias generaciones y trató de asimilar estas tradiciones dándole privilegios y concediéndoles garantías para que mantuvieran con vigor el impulso que les había valido su posición" (I-203).

Pero donde más sobresale la claridad del autor en el tratamiento del tema medieval —básicamente el significado del factor religioso en el proceso— es cuando se refiere al tema de la fe y afirma "múltiple en su constitución social, el orden medieval está vertebrado por la fe común. Esta es la fuerza interior ordenadora de todos los impulsos comunitarios, de ella nacen los principios que dan fundamento y estabilidad a la convivencia" (II-211).

No menos destacable y de actualidad es la referencia que hace a la tradición y la ortodoxia, cuando transcribe significativos párrafos de San Agustín como el siguiente: "todo lo observado por tradición, aunque no esté escrito, todo lo que observa la Iglesia en todo el orbe, se sobreentiende que se guarda por recomendación o precepto de los apóstoles o de los concilios plenarios, cuya autoridad en la Iglesia es muy saludable" (Epístola, 54,1, II-37/8).

Su análisis del Apogeo de la Ciudad Cristiana queda brillantemente sintetizado cuando escribe "la ciudad cristiana fue una realidad. Esto no significa que haya sido el logro más acabado de un ideal de justicia temporal, en primer lugar, porque nunca el cristianismo se propuso esa utopía, y en segundo lugar, porque jamás contó con

la santidad de todos sus miembros" (II-344).

En el tercer volumen —para nosotros el más importante— expresa claramente cómo se produjo la ruptura de la unidad medieval y consecuentemente la desintegración de la Ciudad Cristiana, tema bastante desconocido por los historiadores que habitualmente utilizamos.

Después de haber descripto la unidad medieval teocéntrica señala que "el cristianismo conoció una relación estrecha entre teoría y praxis, entre contemplación y acción. El mundo moderno destruirá esa unidad vital cuando despliegue al hombre de su vinculación espiritual con un orden objetivo de instancias religiosas y le lance con toda su energía a una acción transformadora de la realidad".

Calderón Bouchet inicia este volumen con un importante análisis de la "espiritualidad religiosa" iniciada con San Francisco de Asís —origen de la Reforma Católica y anterior al protestantismo— y continuada por los espirituales secesionados de la Orden. Para el autor allí se encuentra el origen de la crisis, que continuará con Ockham —al que dedica un excelente estudio, único en el país— (cap. VIII y IX) y Marsilio de Padua (cap. X y XI) sin descuidar un previo estudio de la "vida intelectual en los siglos XIV y XV". También en este volumen hace referencia a los aspectos históricos narrando interpretativamente la querrela de Bonifacio VIII con Felipe el Hermoso, escarbando en las causas y desarrollo del Papado en Avignon, estudiando las ciudades italianas "renacentistas" o la Guerra de los Cien Años, para concluir en "la Unidad española" (cap. XIV).

Tras el estudio de la ruptura ideológica —los espirituales y Ockham— es sumamente importante su análisis del "progreso del individualismo económico al final de la Edad Media" (cap. XV) esbozado con anterioridad en la búsqueda de las causales de la aparición del *homo oeconomicus*, al afirmar "basta un giro en los intereses espirituales de la burguesía para que el interés intelectual se vuelque enteramente hacia el dominio econó-

mico del mundo y las ciencias capaces de asegurar ese dominio tomen incremento decisivo. Pero entonces habrá terminado la Edad Media y estaremos en el ámbito del mundo moderno" (II-311).

Respecto a ese espíritu moderno escribirá: "el hombre significativo de la Edad Media estaba íntimamente movido por el apetito del absoluto y tanto la tarea de consumir como la de producir bienes tenían un lugar modesto en ese movimiento ascensional del alma llamada a la bienaventuranza eterna. El hombre moderno se perfila, en su relieve más distinguido, con una energía volcada al dominio de la realidad mundana. La naturaleza es el campo donde ejerce su sentido frecuentemente utilitario y trata de extraer de ella el máximo de beneficios con el menor esfuerzo posible. Un saber que no se traduzca en resultados rápidamente utilizables, le parece el colmo de las vanidades y tratará con todos los medios a su alcance de dar pábulo a las ciencias aptas para convertirse en una técnica de dominio" (III-256) y concluye "cuando los criterios inspirados en la economía esclavicen el arte, prostituyan la política, instrumentalicen la ciencia y se conviertan en un remedo de la religión el ciclo completo de la Ciudad Moderna se habrá cerrado en la cárcel totali-

taría donde reinan las divinidades: producción y consumo" (III-257).

La obra termina con un capítulo literario referido a "François Villon y el fin de la Edad Media", en el cual —al estilo del *Plowman* de Dawson— se estudia la realidad social de la época a través de la vida y obra de un poeta que refleja aspectos de la sociedad medieval, imprescindibles para conocer con profundidad la decadencia de la Ciudad Cristiana.

Sintetizando, se trata de una obra profunda que merece ser leída, trabajada y meditada cuidadosamente, no sólo por aquellos que se han dedicado a la historia del pensamiento político, sino también y básicamente por quienes ejercen la docencia en historia, tan preocupados por lo fáctico en desmedro de las realidades y teorías que lo sustentan.

El trabajo, al analizar cuidadosamente la formación, apogeo y decadencia de la Ciudad Cristiana nos ayuda a conocer los orígenes de nuestra civilización para así buscar la explicación de la crisis de nuestro mundo actual, ya que solamente comprendiendo e incorporando nuestro pasado real podremos re-construir con claridad nuestro porvenir.

FLORENCIO HUBEÑAK

Impreso en los Talleres Gráficos de
UNIVERSITAS, S. R. L.
Ancaste 3227 — Buenos Aires
