



REVISTA JURÍDICA
AUCTORITAS
PRUDENTIUM
EDICIÓN, 2011

F A C U L T A D D E D E R E C H O



FACULTAD DE DERECHO
Sede Las Américas, 23 calle 15-45 zona 13
Tel. (502) 2327-1548
email: fder@unis.edu.gt - www.unis.edu.gt

ISSN 2305-9729

COMITÉ EDITORIAL

LIC. GUIDO DOMÉNICO RICCI MUADI
DECANO

LIC. MARCOS IBARGÜEN SEGOVIA
PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

LICDA. MAYRA FIGUEROA DE POGGIO
DIRECTORA DE ESTUDIOS

LICDA. ANDREA MORALES DÍAZ
SECRETARIA DEL CONSEJO DE LA FACULTAD

LIC. ENRIQUE FERNÁNDEZ DEL CASTILLO
VOCAL I DEL CONSEJO DE FACULTAD

DRA. JARY MÉNDEZ
DIRECTORA DE CARRERA

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

LIC. RODOLFO CLAUTIER
DIRECTOR DE COMUNICACIÓN INSTITUCIONAL Y PROMOCIÓN

LICDA. CLAUDIA SOLÓRZANO
ARTES GRÁFICAS

ÍNDICE

EDITORIAL POR JARY MÉNDEZ	4
EL CARISMA UNIVERSITARIO EN LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA POR FERNANDO M. TOLLER	5
CUESTIONES INTERNACIONALES Y ADMINISTRATIVAS A PROPÓSITO DE LOS ILÍCITOS COMETIDOS A BORDO DE BUQUES, CONTRA ELLOS O CON ELLOS: ESTADO DE LA CUESTIÓN POR EUGENIO PÉREZ DE FRANCISCO - LUIS FERNÁNDEZ-ESTRADA	30
LA DEMOCRACIA Y EL GOBIERNO DE “LO PÚBLICO” UNA PERSPECTIVA ORSSIANA POR MARÍA ALEJANDRA VANNEY	43
INTERPRETACIÓN Y EQUIDAD: LA VIRTUD DE LA EPIQUEYA EN SUÁREZ POR MA. IDOYA ZORROZA	50

EDITORIAL

POR JARY MÉNDEZ

Como un esfuerzo por promover el diálogo científico y la investigación jurídica, la Revista Auctoritas Prudentium de la Facultad de Derecho, ha preparado para este año 2011 un número particularmente especial sobre todo por tratar temas con perspectivas nuevas para el foro académico guatemalteco. De un lado, porque se trata de profesores amigos de la Facultad de Derecho, quienes han colaborado como profesores visitantes y de otro, porque se trata de profesores que desde la distancia con particular interés prestan su apoyo con la generosidad de su tiempo y estudios.

Los cuatro artículos que forman este nuevo número responden a cuatro ejes temáticos esenciales de la vida jurídica: La protección del Derecho, la Interpretación del Derecho, La relación entre política y Derecho, y la inminente actualidad del Derecho Internacional público. Cada uno de los autores de estos artículos son académicos de reconocida trayectoria con un conocimiento especializado en los temas tratados y con amplio espectro del mundo académico en América y Europa.

Sin embargo, interesa fundamentalmente entender que sea en el Derecho marítimo o en la teoría de los derechos fundamentales, es preciso abandonar el sustrato ideológico que ha secuestrado el Derecho por tanto tiempo: el valor de la seguridad jurídica por sobre el valor de la justicia en toda su plenitud. Ya lo decía Benedicto XVI ante el Bundestag en septiembre del presente año: "Para gran parte de la materia que se ha de regular jurídicamente, el criterio de la mayoría puede ser un criterio suficiente. Pero es evidente que en las cuestiones fundamentales del Derecho, en las cuales está en juego la dignidad del hombre y de la humanidad, el principio de la mayoría no basta, en el

proceso de formación del Derecho, una persona responsable debe buscar los criterios de su orientación". Sin embargo, como también señaló Benedicto XVI en esa ocasión reconocer lo justo nunca ha sido una cuestión exenta de complejidad. Ahora quizá esto se ha hecho más difícil por la profusión de nuestros conocimientos y capacidades, por esto, Auctoritas Prudentium pretende ser un encuentro académico que permita buscar esa ratio essendi del Derecho en todos sus aspectos.

Esperamos que los lectores reflexionen y puedan asumir inquietudes intelectuales de los contenidos de esta edición que les sugiera a la vez, posibilidades de investigación y el deseo de contribuir en próximas ediciones, para que continuemos forjando este espacio de investigación jurídica en Guatemala.

CITA CON LOS DERECHOS**EL CARISMA UNIVERSITARIO EN LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA**POR FERNANDO M. TOLLER¹**SUMARIO:**

1. La Lección Inaugural como piedra basal del año académico. I) SERVIR A LA PERSONA ES SERVIR SUS BIENES HUMANOS. 2. Los derechos fundamentales como motor y armadura de los bienes del hombre. 3. La defensa de los derechos humanos, el drama y la gloria del Derecho. 4. La lucha por los derechos, una tarea que involucra a todos. II) DOS DERECHOS Y LIBERTADES ESTRATÉGICOS. 5. Primum vivere, deinde philosophare. 6. La vida humana, con cotización en baja. 7. Los niños no son un artefacto. 8. Las cosas tienen precio, las personas tienen dignidad. 9. Las cosas tienen precio, las personas tienen dignidad. 10. Pensar como se quiere y vivir como se piensa. 11. La libertad de conciencia como fundamento de la sociedad democrática. 12. El naufragio del Mayflower, o que siga existiendo una tierra para la libertad. III) "SABER PARA SERVIR": LA PREPARACIÓN UNIVERSITARIA COMO CARISMA PROPIO EN LA LUCHA POR LOS DERECHOS. 13. Ideales operativos: de la Academia a promover los derechos en el mundo real. 14. La aventura de aportar el propio don. 15. Un carpe diem que plenifica. 16. Non scholae, sed vitae discimus. 17. Los discípulos ilusionados y curiosos surgen de maestros generosos y sapientes. 18. Cor ad cor loquitur: la llave de la inteligencia está en el corazón. 19. Los premios de una educación transformadora. 20. Los derechos humanos como matriz disciplinar en la Universidad. 21. Las hazañas no son menos grandes, porque nadie las conozca. 22. Abrir senderos, con final abierto.

RESUMEN:

El artículo trata sobre la importancia de los derechos humanos como elemento central para el desarrollo de las sociedades, y sobre la particular responsabilidad que cabe a los universitarios, actuales o ya graduados, en el servicio a las personas están detrás de cada derecho o libertad. Para esto, deben involucrarse mediante la puesta a disposición del otro de su don o carisma específico: las herramientas y

habilidades intelectuales de su ciencia o arte, aprendidas y desarrolladas en la universidad, que posibilitan un saber y un decidir riguroso y ordenado, a la vez que libre y creativo.

El texto apela a que la solución de los problemas de hoy pasa por el fenómeno educativo como llave para abrir las soluciones que los mismos necesitan. Expone, en este sentido, cómo en la universidad debe darse una alquimia especial entre maestros y estudiantes, que saque lo mejor de cada uno, y los potencie y estimule para un mayor y mejor servicio a la comunidad a la que pertenecen.

El trabajo anima a acudir a la cita con los derechos, proponiendo una suerte de Filo-sofía de la educación, para lograr una educación universitaria transformadora, que sea una suerte de "celebración de la enseñanza" y convierta a los estudiantes y profesores, desde su arte o su ciencia específicos, en artífices del respeto y protección a los derechos fundamentales de la persona humana.

PALABRAS CLAVE:

Derechos humanos - Derechos y libertades - Derecho a la vida - Libertad de conciencia - Educación - Universidad - Profesores y estudiantes - Saberes, artes y ciencias - Servicio a la sociedad - Creatividad.

ABSTRACT:

The article discusses the importance of human rights as a key element in the development of societies and the special responsibility that belongs to the university students or graduates in the service to the people behind each right or freedom. For this, they should be involved through the provision of his or her peculiar gift or charisma: the intellectual tools and skills of their science or art, learned and developed at the university, which gives them a ordered knowledge and a rigorous decision-making capability, that is in the same time free and creative.

1. [Abogado (Univ. Católica Argentina) y Doctor en Derecho (Univ. de Navarra); Profesor Titular de Derecho Constitucional y Director General de Posgrados, del LL.M. y del Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional, Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires; Profesor Visitante de diversas Universidades de Estados Unidos, España y América Latina. ftoller@ius.austral.edu.ar]

The text calls for the solution to the problems of today through the phenomenon of education as a key to open the solutions that they need. The paper expose in this sense, how in the university should happen a special alchemy between teachers and students who get the best of each one, and to enhance and encourage them for a greater and better service to the community they belong.

The article encourage to go to the "appointment with the rights", proposing a phi-losophy of education that achieve a transforming college education, which as a "cele-bration of learning". This make students and professors, from their specific art science, creators of respect and protection of the fundamental rights of the individual.

KEYWORDS:

Human rights - Rights and Freedoms - Civil liberties - Right to life - Freedom of conscience - Education - University - Professors and students - Knowledge, arts and sciences - Service to society - Creativity.

1. LA LECCIÓN INAUGURAL COMO PIEDRA BASAL DEL AÑO ACADÉMICO.

Estimado Señor Rector de la Universidad del Istmo, estimado Señor Presidente de la Corte Suprema, Señores Magistrados de la Corte Suprema, Señores Magistrados de la Corte de Constitucionalidad, Señores Diputados, representantes del Poder Ejecutivo Nacional, y en especial de la Defensoría de los Derechos Humanos, estimados Señores Embajadores de Repúblicas hermanas, Señores Rectores y Decanos de otras Universidades de Guatemala, estimados Decanos y Profesores de la Universidad del Istmo, apreciados alumnos y alumnas de esta querida Universidad, Señores y Señoras:

Realmente pocas cosas en el terreno profesional y académico me han dado mayor alegría que el haber sido nominado para impartir esta Lección Inaugural. Poder contarme aquí, en el momento de soltar las amarras de un año académico de una Universidad, abriendo un curso en el cual se derivarán tantas y tantas cosas buenas, para enorme beneficio de cada uno de los miembros de esta comunidad universitaria y para derramarse desde aquí sobre la sociedad guatemalteca, es algo que me ilusionó y que me motivó sobremanera. No ha sido fácil estar hoy aquí, pero la invitación valía las penas que importó, y muchas más aún, así que agradezco al Sr. Rector, y en su nombre a toda la Comisión Directiva y a la Comisión de Fiduciarios, el inmenso honor que me han hecho con esta invitación.

Estar aquí es, por tanto, un estímulo y un verdadero compromiso, porque una Lección Inaugural es la piedra basal, el punto alfa que busca enmarcar la actividad académica del año entero. Por esto, quisiera con estas palabras abarcar y responsabilizar a todos los presentes, y quisiera que desde aquí este compromiso se difumine hacia el resto de esta comunidad académica... y quisiera que tenga incidencia en la sociedad guatemalteca toda, porque esta noche hablaremos de muchas cosas que deben ilusionarnos, que deben estimularnos, y que deben involucrarnos seriamente.

Me referiré a la cuestión que se me ha planteado, dividiéndola en tres partes. En la primera se explorarán los derechos humanos como la cobertura de bienes humanos básicos, y cómo esta tarea involucra a todos los universitarios, y no sólo a los relacionados con el Derecho. En la segunda parte se tratarán dos derechos paradigmáticos y estratégicos en la hora presente, que buscan ejemplificar de alguna manera las dificultades que tienen muchos otros derechos y libertades. Finalmente, en la tercera parte se indagará en la Filosofía de la Educación, para lograr una educación universitaria transformadora, que convierta a los estudiantes y profesores, sea cual sea su arte o su ciencia, en artífice del respeto y protección a los derechos fundamentales de la persona humana.

I. SERVIR A LA PERSONA ES SERVIR SUS BIENES HUMANOS

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO MOTOR Y ARMADURA DE LOS BIENES DEL HOMBRE

Me han convocado a hablar sobre "Estado y Universidad en la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana". Y hay mucho, muchísimo para decir al respecto.

Los derechos fundamentales son aquellos derechos primordiales de la persona. Y son fundamentales porque precisamente tutelan los bienes humanos básicos. Es decir, los derechos fundamentales son el medio técnico-jurídico, el motor y la armadura, para promover y proteger de manera cualificada los bienes humanos básicos de la persona.

Estos bienes humanos básicos son, al decir de Finnis, aquellos sin cuya posesión y disfrute el ser humano no puede alcanzar todos o alguno de sus fines esenciales, como son la vida, el conocimiento y su comunicación, la experiencia estética, la sociabilidad y la amistad, la libertad de la conciencia, la posibilidad de religarnos a un ser superior, a Dios y, ¿por qué no?, el descanso y la diversión, entre otros.

Por el carácter de estos bienes o valores básicos, se debe procurar el respeto por todos ellos en cada acto que se realice, rechazando el consecuencialismo y el utilitarismo, sin preferencias arbitrarias entre los valores ni preferencias arbitrarias entre las personas, y defendiendo así de manera absoluta los derechos humanos que son su expresión jurídica².

De esta manera, podemos decir que todo servicio a la persona es un servicio a sus auténticos bienes... y todo servicio a sus bienes genuinos es una defensa y promoción de sus derechos humanos, de sus derechos fundamentales o, dicho de otro modo, de sus derechos constitucionales. La Constitución es el esqueleto principal del Estado política y jurídicamente organizado. Desde la misma etimología latina y, más atrás, indoeuropea, *constitutio* hace referencia tanto a la naturaleza u organización esencial y estable de algo, como al hecho de su creación, su ponerlo en existencia, el conferirle el acto de ser, y por eso *con-statuere* tiene relación con fundar algo estable, con poner una estatua, algo inmóvil, algo que marca un hito, un lugar, un punto de partida fundamental³.

Dentro mismo de la Constitución, los derechos y libertades son lo más hondo, lo más constitutivo, lo más constitucional, ya que, al poner por encima de otro objetivo social al reconocimiento y tutela de las atribuciones y bienes del hombre, ser digno y fin de todo el Derecho, conforman de un modo humano a la comunidad política.

Por lo anterior, tanto un Estado monárquico, como uno republicano, pueden ser comunidades políticas constitucionales, pero no puede serlo un Estado donde los derechos no sean reconocidos, respetados y promovidos, en mayor o menor medida. A causa de esto, el ciudadano común depende muchísimo menos de los alambiques de la organización política y administrativa que instaure una Constitución, que del efectivo goce de los derechos y libertades, que realmente sí lo afecta.

En línea con lo afirmado, hoy en día puede decirse que el principal contenido del bien común es el reconocimiento, la promoción, la satisfacción y la defensa, tutela y garantía de los derechos humanos⁴. Sin libertades no hay respeto a la persona, ni convivencia humana, social o política. No extrañará, por tanto, que aquí se afirme que una de las cosas que ha conducido a los Estados Unidos de América a la grandeza que exhibe en tantos ámbitos, y que está en el corazón del así llamado *american style of life*, es aquella frase de la Declaración de Independencia de 1776:

"Nosotros apoyamos que estas verdades son autoevidentes: que todos los hombres han sido creados iguales, y que a ellos el Creador les ha concedido ciertos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad".

3. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, EL DRAMA Y LA GLORIA DEL DERECHO

El devenir humano presenta importantes goznes o "parteaguas". Son circunstancias especiales que marcan un antes y un después, convirtiéndose en bisagras sobre las que gira la historia hacia nuevos destinos. En ocasiones no se distinguen en el momento en que acontecen, pero luego es fácil reconocerlos de esta manera. En consecuencia, tiene enorme interés descifrarlos cuando están ocurriendo, para procurar interpretar esos "signos de los tiempos" y actuar en consonancia con lo que demandan. En este sentido, es de subrayar que en los últimos dos siglos, y en especial de modo creciente desde 1945, estamos en lo que algunos han llamado "la era de los derechos", o "el tiempo de los derechos"⁵.

La importancia de las prerrogativas fundamentales de la persona es, afortunadamente, un hecho hoy día innegable. En la actualidad buena parte del debate jurídico y ético se desarrolla en términos de derechos. Una consecuencia de esto, entre muchas, es que en los últimos doscientos años el Derecho Constitucional ha ido teniendo buena parte del ordenamiento jurídico, a partir de las exigencias relativas a distintos derechos y libertades que ha ido planteando a las distintas ramas de la ciencia del Derecho.

A causa de lo señalado, la interpretación y decisión sobre el contenido de los derechos están de un modo especial en la cúspide de los problemas de esta dinámica área del Derecho. De ello se deriva que quepa un rol tan importante, decisivo, a los tres poderes del Estado, cuando se regula los derechos, cuando se juzga sobre los mismos y cuando se ejecuta decisiones que los promueve o los afecta.

Así las cosas, puede decirse que la finalidad de proteger y promover a los derechos fundamentales, derechos que son escudo y espada de los bienes humanos básicos de la persona, sea paradójicamente el drama y la gloria del Derecho, y sea también el drama y la gloria de buena parte del resto de las artes y ciencias, como luego veremos.

2. Sobre los bienes humanos básicos como contenido de los derechos fundamentales, junto al carácter absoluto de la defensa de los derechos humanos, es ya clásico el tratamiento de FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, reprint 1993, págs. 59-95, 105-109, 118-124 y 223-226.

3. Cfr. COROMINAS, Joan, *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, 3ª ed., Gredos, Madrid, 1987, pág. 167; GÓMEZ DE SILVA, Guido, *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Española*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1998, págs. 180, 185, 276 y 278; ALONSO, Martín, *Enciclopedia del Idioma*, Aguilar, Madrid, 1968, I, pág. 1190; y MACCHI, Luis, *Diccionario de la Lengua Latina - Latin-Español, Español-Latin*, Apis, Rosario, 1941, pág. 117.

4. Sobre esto cfr. FINNIS, op. cit., PÁG. 218; y BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991, pág. 144.

5. Ver BOBBIO, Norberto, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, con trad. esp. por DE ASÍS ROIG, Ra-fael, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991; y HENKIN, Louis, *The Age of Rights*, Columbia University Press, New York, 1990.

Ese reconocimiento y tutela de los derechos es el drama del Derecho, porque la tarea es compleja y ciclópea, y se corren serios riesgos, por ejemplo, de sustituir las exigencias constitucionales, del bien común y de la misma persona humana, por el criterio subjetivo del decisor. De esta manera, se genera a la postre el descrédito de los derechos fundamentales, a causa de la sensación popular de que cualquier cosa puede afirmarse desde la Constitución, la cual queda reducida a ser un juguete en manos de quien tiene el poder para manipularla.

Y esa acogida y protección es también la gloria del Derecho, porque como determinó John Marshall en 1803, entonces Chief Justice de la Corte Suprema de Estados Unidos, es esencial a una Constitución el ser superior a las leyes, y por esto es esencial su supremacía en el ordenamiento jurídico y un sistema que la proteja⁶. Dicho de otro modo, con palabras de nuestro querido Alberdi en 1852, las leyes viven por la Constitución, y no la Constitución si las leyes del Parlamento, las sentencias de los jueces y las decisiones de los gobernantes se lo permiten⁷.

La tarea es difícil, pero el Derecho no puede renunciar a intentarlo. De otra manera, el Derecho no sería la lucha por la justicia y la igualdad, sino la tiranía de las normas de ocasionales mayorías parlamentarias, de votaciones judiciales o de imposiciones ejecutivas.

El Derecho no puede renunciar a intentarlo porque ha estado desde siempre involucrado en esa lucha, con distintas técnicas según los diversos períodos históricos, ya que *ius est ars boni et aequi*, es el arte y la ciencia de la justicia y la equidad, según decían los romanos⁸. Por esto, como se enunció al menos desde Platón, quien lo atribuye a Simónides, y luego formuló magistralmente Ulpiano y reiteró Tomás de Aquino, “la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho”, de reconocerle y conferirle lo suyo, lo que le corresponde⁹. En consecuencia, hay que promover, sin cejar, que se haga justicia, que el Derecho haga reconocer a toda persona lo que le corresponde, sin olvidar que en ese cometido están involucrados sus bienes básicos, fundamentales para la realización de cada individuo y vertebradores de la comunidad.

4. LA LUCHA POR LOS DERECHOS, UNA TAREA QUE INVOLUCRA A TODOS

La lucha por el Derecho, de que hablaba von Ihering hace más de un

siglo en su famoso discurso¹⁰, sigue ahora plenamente vigente en la lucha por los derechos humanos. Esta lucha involucra a todos los que están relacionados con la vida pública, y en particular si desempeñan funciones de responsabilidad en algún órgano del aparato estatal. Y esta lucha, por lo que diré, involucra de un modo u otro a todos los juristas. . . , pero no sólo a ellos, sino a todas las personas, y de modo especial a todos los universitarios, a todos los que pasan o han pasado por una casa de altos estudios, o dejan su vida en ella, sean estos alumnos, graduados o profesores.

¿Y por qué esta lucha por los derechos fundamentales? ¿Por qué sigue vigente, a trescientos años del comienzo del constitucionalismo? ¿Por qué nos involucra a todos? ¿Qué derechos están en juego y por qué es tan vital que los defendamos?

Esta lucha por los derechos fundamentales sigue vigente, porque existen amplios sectores de los bienes humanos básicos que se ven denegados, conculcados, malheridos. . . Porque muchas veces se avanza. . . , se mejoran las situaciones, se ganan batallas épicas por la vigencia efectiva de los derechos humanos, y muchas veces se retrocede, aún bajo la paradójica cobertura del progreso.

Y esa lucha por los derechos fundamentales nos involucra a todos porque no es tarea sólo de juristas o sólo de políticos. Es tarea de todo universitario, que tiene que procurar servir a la persona, promoviendo sus bienes, en su tarea de cada día, callada, escondida, y también estudiando los grandes problemas y aportando las grandes soluciones. Es así tarea del médico, del enfermero, del nutricionista ayudar al derecho a la salud, a la integridad física, a la alimentación, al bienestar. . .

Es tarea del arquitecto contribuir a solidificar las familias y a hacer factible el derecho a la vivienda, además de regalarnos un entorno urbano amable, que haga más fácil la vida en común.

Es tarea del físico, del químico y del biólogo develarnos las incógnitas últimas de la naturaleza, que tantas respuestas y servicios darán al ser humano, y que hacen de la ciencia básica esa tarea callada, lenta, abnegada, que nos posibilita el goce de tantos bienes humanos a los que tenemos un derecho fundamental.

Es tarea del ingeniero descubrir nuevas aplicaciones de esa ciencia, para que una tecnología con rostro humano nos lleve más y más hacia el cumplimiento de ese mandato originario de henchar la tierra y someterla para el servicio del hombre, de todo hombre, que se concreta

en aspectos específicos del derecho a la salud, a la circulación, a la educación, a la comunicación, etc.

Es tarea del administrador y del contador organizar empresas más y más orientadas al bien de la persona, donde cada uno pueda desarrollarse y potenciar sus capacidades, y donde el derecho a tener un trabajo, y a desarrollarlo en condiciones dignas, no sea una quimera. Es tarea del economista el potenciar las virtualidades productivas del país, y distribuir y redistribuir sus riquezas, para que todos puedan beneficiarse de los bienes de la tierra y acceder al derecho de propiedad.

Es tarea del artista y del literato el contribuir decisivamente al derecho a la educación, al acercarnos a la belleza y hacernos de alguna manera vivir mil otras vidas, al permitirnos conocer tantas historias de dioses y de hombres que el genio humano nos ha legado a lo largo de más de dos mil años.

Es tarea del periodista y del comunicador social el satisfacer nuestro derecho a informarnos y facilitarnos nuestro derecho a expresarnos, a conectar, a encontrarnos con los demás, a conocer sus cosas y a dar a conocer nuestras acciones, nuestros sentimientos, nuestras opiniones, nuestras ilusiones. . .

Y es tarea del filósofo el descubrirnos la profunda dignidad humana, que da sentido a lo que hacemos, que da contenido a esos bienes humanos básicos que son el objeto de los derechos humanos, los cuales, a su vez, son el principal cometido del bien común de éste y de cada país.

Naturalmente, es también tarea del abogado, procurando satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva de los bienes de la persona, velando por la justicia y no por su propio interés, así como de todo jurista, esforzándose por encontrar lo correcto en la miríada de situaciones conflictivas de la vida civil.

Y es tarea también del político, que tiene confiadas en sus manos las riendas de la comunidad, para hacer posible el bien común, ese conjunto de condiciones que haga posible la plena realización de cada una de las personas, familias y grupos de la sociedad.

Es tarea, en suma, de todos los que pasan o hemos pasado por una Universidad. Nadie puede faltar a la cita. Es mucho lo que se nos ha dado para que escamoteemos nuestro don. Es tarea de todos nosotros.

II. DOS DERECHOS Y LIBERTADES ESTRATÉGICOS

Dentro de esa tarea, por su interpelante actualidad y sus dramáticas consecuencias, hay muchos derechos que deben convocarnos especialmente a la tarea. A dos de ellos, relativos a la vida y la conciencia, pasaré revista seguidamente, como ejemplos de algunos de los varios derechos estratégicos para lograr una sociedad integradora, respetuosa, que posibilite el crecimiento de todos, individualmente y en común.

5. PRIMUM VIVERE, DEINDE PHILOSOPHARE

En primer lugar, corresponde mencionar al derecho a la vida, el derecho a la inviolabilidad de la vida humana, el sagrado derecho a no ser privado de la vida.

Es un derecho que tenemos todos, desde la concepción en el seno materno, hasta la muerte natural. Es un derecho que protege un bien humano tan básico, que hace que el bien de la vida se encuentre en la cúspide en el concierto de los bienes jurídicos.

En efecto, se trata del derecho fundamental paradigmático, en razón de su peculiar contenido, puesto que el bien humano básico que constituye su objeto, la vida, no es uno más, sino que tiene una importancia radical. Así, se ha insistido desde diversas instancias en que posee una imperatividad o centralidad que lo hace trascender a los otros derechos, como ha dicho alguna sentencia estadounidense¹¹; o que es el “derecho más importante del hombre”, como ha dicho el Comité de Derechos Humanos de la ONU, que lo convierte en el bien más esencial a salvaguardar por el Derecho¹².

Y hay cuatro razones para que exista esa particular gravedad a los ataques a la vida.

En primer lugar, se puede afirmar la primacía del bien de la vida recordando que tutela lo que Tomás de Aquino señalaba como primera tendencia del ser humano, poseída en común con todo lo existente, comprendiendo aún lo inanimado: la tendencia a mantenerse o conservarse en el ser¹³.

6. Cfr. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177-180 (1803).

7. Cfr. ALBERDI, Juan Bautista, Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina (1852), Cap. XXXIII, Sopena, Buenos Aires, 1957, pág. 190.

8. CELSUS, Digesto, 1, 1, 1.

9. Cfr., respectivamente, PLATÓN, La República, Lib. I, 332c (“Lo justo es devolver a cada uno lo que le corresponde”); ULPIANO, Digesto, 1, 1, 10, pr. (“Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi”); S. THOMAS AQUINATIS, Summa Theologiae, IIa-IIae, q. 58, a. 1 (“Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum unicuique tribuens”).

10. Cfr. VON IHERING, Rudolf, Der Kampf ums Recht (1872), con múltiples reediciones en diversos idiomas.

11. Cfr. *United States v. Progressive, Inc.*, 467 F.Supp. 990, 995 (1979), Warren, J.

12. Cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU, Decisión del 31 de marzo de 1982, asunto Suarez de Guerrero, EuGRZ, 1982, pág. 341, cit. en VELU, Jacques y Rusen ERGEC, La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Bruylant, Bruxelles, 1990, págs. 167-168, quienes adhieren a esa opinión.

13. Cfr. S. THOMAS AQUINATIS, Summa Theologiae, IIa-IIae, q. 94, a. 2; y IIa-IIae, q. 64, a. 5.

En segundo lugar, la preeminencia de la vida se basa en que dicho bien jurídico, es decir, el objeto del derecho a su inviolabilidad, prácticamente se confunde con el sujeto mismo de ese derecho, es decir, con la misma persona humana que es su titular, esto es, con el sujeto de Derecho por antonomasia. En efecto, *vita viventibus esse* —la vida es el ser para el viviente— decía Aristóteles y, con él, la tradición de la filosofía clásica¹⁴. De esta manera, desconocer el derecho a la vida implica siempre un ataque directo a la persona, al ente humano mismo.

En tercer orden, lo dicho en el punto anterior determina que el ejercicio del bien de la vida es *conditio sine qua non* de la existencia del sujeto humano. Por tanto, es también condición de posibilidad de la efectiva titularidad, ejercicio, gozo y preservación de cualquier otro bien humano por parte de la persona. Y eso lo convierte en el bien más básico y lo hace requisito necesario para la posesión de cualquier otro bien jurídico.

De esta manera, sin ser humano viviente no hay titular de ningún derecho, sea o no fundamental, pues todos los derechos se engarzan de una u otra manera en el hecho de estar vivos. Y este argumento no es sólo mío: ideas similares ha sostenido, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español¹⁵, y han sido defendidas varias veces ante la Corte Europea de Derechos Humanos¹⁶; además de haber sido suscriptas por la doctrina¹⁷. La sola vida no es suficiente para la vida digna; empero, es indispensable para ella. Lo precedente, que, como dijimos, alguna sentencia estadounidense ha denominado “centralidad” del derecho a la vida, explica que cualquier ataque al derecho a la vida implique al mismo tiempo una agresión radical a la posibilidad de realización de todos y cada uno de los demás derechos de la persona, y que una violación de dicho derecho humano necesariamente conlleve la violación indirecta —por imposibilitar definitivamente su ejercicio— de todos los otros¹⁸.

Cabe aclarar que, cuando se dice que el bien de la vida es “el más básico” se quiere significar que es condición previa de todo lo demás. Luego, esa afirmación no implica que necesariamente, en todos los casos, sea el bien humano más valioso, puesto que, por ejemplo, la dignidad o

las creencias religiosas pueden ser bienes moralmente superiores, ni implica que quien lo invoque tenga siempre razón en un litigio, puesto que de lo que se trata es de establecer quién tiene el título jurídico válido y aplicable a hacer valer¹⁹.

Finalmente, en cuarto término corresponde agregar algo relacionado con los dos elementos anteriores: que, a diferencia de la lesión de los bienes objeto de los restantes derechos, aun de los derechos básicos, que en la mayoría de los casos no impide la actualización futura de dichos bienes, el atentado que se lleva a cabo con éxito contra el bien de la vida tiene un carácter particularmente irreparable, puesto que es posiblemente el único atentado definitivo²⁰.

6. LA VIDA HUMANA, CON COTIZACIÓN EN BAJA

No obstante lo expuesto, paradójicamente el derecho a la inviolabilidad de la vida, que es tan esencial y evidente, aparece negado teórica y prácticamente por todos lados. De esta manera, nos encontramos con fenómenos incomprensibles:

- como el de la guerra moderna, en sus mil y una caras, y su torrente de miserias y atrocidades;
- como el deshumanizante fenómeno de las desapariciones forzadas a manos de fuerzas estatales o paraestatales, con toda su atroz cohorte de torturas, afrentas inenarrables a la dignidad humana, muerte anónima y destino final desconocido;
- como la rebelión armada, que desprecia los posibles mecanismos democráticos como forma de promover cambios, optando por las guerrillas que desequilibran los países, despreciando la vida ajena y propia;
- como el terrorismo actual, nacional o multinacional, de víctimas indiscriminadas, ubicuo, que convierte a la aldea global en un sitio inseguro allí donde se vaya, e invalida todo proceso de diálogo intercultural;

• como el de la inseguridad ciudadana, que tantas vidas cobra y que tanto impide vivir pacíficamente la vida en sociedad, con un Estado que es demasiado ausente para dar protección al ciudadano, el cual siente, y no se equivoca, que su vida finalmente sólo vale los tres quetzales que cuesta la bala que puede matarlo;

• como el de la negación de humanidad y consecuente cosificación del ser humano concebido que aún no ha nacido, que tiene ADN propio, grupo sanguíneo propio, que tiene desde el origen un *códi-go* genético que inexorablemente se desarrolla para ir dando forma a todo el individuo, sea intrauterino o extrauterino, hasta el momento de su muerte natural. . . ;

• como el del aborto, sea quirúrgico o químico, extendido tanto por las sociedades opulentas como carenciadas, que con múltiples razones sinrazones pseudo-científicas y pseudo-humanitarias clama no sólo libertad para ser cometido, sino que ahora también reclama ser un derecho exigible, de prestación, ora al Estado, ora también a las instituciones privadas de salud. . . ;

• como la fecundación *in vitro*, con sus terribles secuelas de la selección y reducción embrionarias y con la insoluble situación de las personas congeladas, a donar, a mantener en un frío encerramiento o a destruir, en un moderno sistema de sometimiento a esclavitud total, de dependencia total, que olvida la división básica, que viene desde el Derecho de Roma, entre personas y cosas. . . ;

• como la eutanasia, que justifica eliminar al anciano, al enfermo y al sufriente, porque al haber perdido la juventud o la salud parecen ya no merecer que se les conceda algún valor personal o social. . . , quitando así la dignidad a ese “microcosmos”, al decir de los griegos, que es todo ser humano, discriminándolo, al decidir que no tiene derecho a existir junto a los otros, los que deciden, los “perfectos”.

Por su carácter central para conocer el carácter de una sociedad y de un Estado con relación a la vida, se justifica que nos detengamos un momento en uno de los puntos anteriores: el drama del aborto.

Por su carácter central para conocer el carácter de una sociedad y de un Estado con relación a la vida, se justifica que nos detengamos en uno de los puntos anteriores: el drama del aborto. Antes de ello, en el siguiente epígrafe se tratan dos de los daños colaterales del desprecio a la vida, que son el desprecio a los derechos a la identidad personal y a la integración en la propia familia.

7. LOS NIÑOS NO SON UN ARTEFACTO

Con el auge de la idea del “derecho al hijo”, y las técnicas artificiales para lograrlos, se ha llegado en suma a convertir a la persona en un producto más que puede fabricarse en laboratorios, como temió y previno Huxley en su premonitorio *Un mundo feliz*²¹.

Una vez que la persona es una cosa más a construir, a producir, se producen, en primer lugar, los efectos directos contra el derecho a la vida que se han apuntado: la selección embrionaria inicial, el congelamiento y posterior destrucción de embriones y la reducción embrionaria post-implantación, en un moderno sistema de sometimiento a esclavitud total, de dependencia total, que olvida la división básica, que viene desde el Derecho de Roma, entre personas y cosas. . .

Pero los daños no se detienen ahí. Se verifica también, a partir de lo anterior, daños importantes sobre la identidad individual y sobre la estructura familiar. En efecto, lo expuesto ha llevado a transformar a la filiación en artefacto de diseño, que adquiere formas insólitas de acuerdo a la pura voluntad, con alquiler de vientres, venta de gametos, donación de embriones, etc., con total desprecio por los derechos a la identidad personal y familiar.

Dejando naturalmente a salvo la noble institución de la adopción, con todos sus bienes y posibilidades, es también conveniente recordar que la familia formada por ambos progenitores configura en general la mejor morada para el ser humano de las próximas generaciones, como lo ha sido para todas las anteriores. Allí todo niño o niña tienen el derecho a crecer integralmente, relacionándose con quienes le dieron vida, sin que se le robe su identidad.

Conviene reparar, por un momento, en el inmenso valor e impacto antropológico de estas realidades. Puede así afirmarse que la mejor sorpresa que depara la vida es la familia, ya que un buen día nos vemos adentro de una cuna, con seres hasta entonces extraños que nos miran atentos —un hermano que nos cosquillea la panza para hacernos reír, una madre que no puede contener la emoción—, y esas personas —desde entonces, nunca más extrañas— se alegran de que estemos ahí. Es la familia, nuestra familia, aquella a la que pertenecemos, donde, como bien se dice, las alegrías se multiplican y las penas se dividen. No hago más, de alguna manera, que parafrasear a Chesterton, quien escribía:

“La aventura suprema es haber nacido. Allí caminamos repentinamente

14. Cfr. ARISTÓTELES, *De anima*, Lib. II, Cap. 1, 412a 15-20; Lib. II, Cap. 4, 415a 25. Aristóteles sostiene allí que “todo cuerpo natural que tiene vida en él es una sustancia en el sentido de un compuesto”, y que lo que anima a un viviente, lo que le da la vida, le da también el ser como tal, ya que es su forma, que actualiza al ente, y lo hace ser.

15. Sustancialmente el mismo argumento del texto puede encontrarse en la STC 120/1990 (en Pleno; Ponentes: García Mon, Díaz Eimil y Gimeno Sendra), F.J. 8, R.T.C. 1990-II-704, 721, relativa a la huelga de hambre de los miembros del grupo terrorista GRAPO. Allí se dijo que el bien de la vida es un “valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” y un “supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”.

16. El argumento se encuentra en las alegaciones del gobierno irlandés ante la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, (1992) Series A nº 246-A, §§ 64 y 67.

17. Además de VELLU y ERGEC, op. cit., págs. 167-168, ver en ese sentido a GUILLAUME, Gilbert, “Article 2”, en PETTITI, Louis-Edmond, Emmanuel DECAUX y Pierre-Henri IMBERT (Dres.), *La Convention Européenne du Droit de l’Homme*, Economica, París, 1995, pág. 143; SORIA, Carlos, *Derecho a la información y derecho a la vida*, Universidad de Piura, Piura (Perú), 1987, págs. 9 y 10; y MASSINI, Carlos I., “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos”, en MASSINI, C. I. y P. SERNA (Eds.), *El derecho a la vida*, Eunsa, Pamplona, 1998, págs. 208-211 y 221. MASSINI expresa, entre otras cosas, que “es posible hablar de la vida como de un bien más básico que el resto, como el bien central a cuyo alrededor se organizan los restantes bienes humanos básicos” (cfr. op. cit., pág. 211).

18. De modo concordante, cfr. MASSINI, op. cit., pág. 207-212.

19. Estos puntos los he tratado en otro sitio, y no cabe desarrollarlos aquí con más detalle. Sobre esto ver TOLLER, Fernando M., “Jerarquía de derechos, jerarquía de bienes y posición de la vida en el elenco de los derechos humanos”, en GANDRA DA SILVA MARTINS, Ives (Coord.), *Direito fundamental à vida*, Quartier Latin, São Paulo, 2005, págs. 495-515, y reimpresso en *Jurisprudencia Argentina 2006-I*, págs. 1025-1036.

20. MASSINI ha explicado este punto relacionándolo con el anterior: el bien humano básico de la vida es especial, pues “reviste una definitividad y una decisividad que no corresponde a los restantes bienes”, ya que los atentados a estos últimos en la mayoría de los casos no impiden de modo definitivo el bien que tutelan. En cambio, como la vida es condición de cualquier otro bien, cada atentado exitoso a la inviolabilidad de la vida “cerrena de modo decisivo y definitivo todas las posibilidades humanas de perfeccionamiento” (cfr. op. cit., págs. 210-211).

21. HUXLEY, Aldous, *Brave New World*, Chatto and Windus, London, 1932.

dentro de una trampa espléndida y asombrosa. Vemos algo que no habíamos soñado antes. Nuestro padre y nuestra madre están echados, esperándonos, y saltan sobre nosotros como si fueran bandoleros detrás de un arbusto. Nuestro tío es una sorpresa. Nuestra tía es, según se dice en la bella expresión común, como un relámpago en el cielo azul. Cuando entramos dentro de la familia por el nacimiento, damos un paso dentro de un mundo incalculable, dentro de un mundo que tiene sus propias y extrañas leyes, dentro de un mundo que podría hacerse sin nosotros, dentro de un mundo que nosotros no hemos hecho. En otras palabras, cuando entramos en la familia, entramos en un cuento de hadas²².

No puede dejarse a ésta, la mejor sorpresa de la vida, en manos del devenir de una libertad exenta, descomprometida, y de una legislación que corra ante los vaivenes de modas culturales, porque los representantes del pueblo se disputen quién logra dar con una fórmula más novedosa para trastocar ese recinto tan esencial del ser humano, arrasando con el derecho a ser quien se es, sin que se le sustituya arbitrariamente su identidad y sus relaciones humanas más esenciales.

8. SI NO PUEDES DEVOLVER LA VIDA, NO TE APRESURES A DISPENSAR LA MUERTE

Volviendo al punto específico del derecho a la vida, y centrándonos dentro del mismo en el drama del aborto, lo primero a recordar es que el mismo supone un abierto y frontal rechazo al primer derecho humano, el de la vida. Sin embargo, cada día se escuchan más voces reclamándolo... y negando humanidad, personalidad, dignidad, entidad, identidad, a la persona por nacer.

Ahora bien, ¿cómo podría lo que a la luz de la ciencia es un individuo humano, no tener los derechos de un ser humano? La mujer puede hacer lo que quiera consigo misma, pero no con su bebé, que es otra persona, un tercero distinto de ella. Sólo le resta tiempo y alimento para llegar a ser adulto. Nada cualitativo cambia desde la fusión de cromosomas: sólo es el desarrollo biológico de su código genético. Por eso, para la Medicina el niño por nacer jamás es considerado una parte del cuerpo de la mujer, como una víscera más, ya que la ciencia claramente ha demostrado una diferenciación absoluta entre el óvulo fecundado y su madre. Repito: ¿cómo podría un individuo humano, dado que el embrión es un ser vivo, de carácter humano y naturaleza individual, y no una parte de la madre, no tener los derechos de un ser humano?

¿Por qué, lo que médicamente es un ser humano en una fase especial de desarrollo, es considerado como si fuera un simple coágulo? ¿Qué diferencia importante puede haber entre un niño que está aún en el seno materno, y el que, unos momentos después, ya está afuera del vientre? ¿Qué diferencia esencial hacen diez o quince centímetros más allá o más acá? ¿Por qué sería legítimo ensañarse con el primero, mientras atentar contra el segundo constituye un homicidio calificado? ¿Qué necesidad hay de matarlo? ¿Por qué no darlo en adopción? ¿Por qué ese empeñamiento en eliminarlo? ¿Por qué esa cerrazón que impide oír el clamor apremiante de ese individuo, expresado con una voz que no tiene sonido, implorado con una mirada de un rostro que no podemos ver, para no ser eliminado, para que lo dejen ser, para que no sigan su vida?

Quienes, aquejados de una suerte de "biofobia", critican amargamente que la ley o los jueces impidan que algunos niños mueran, deberían meditar aquello que le dice Gandalf a Frodo en el comienzo de El Señor de los Anillos, cuándo éste, al comprender las calamidades que ha provocado y la enormidad del mal que acaecerá por el Anillo Único, se lamenta de que Bilbo no hubiera matado a Gollum cuando tuvo oportunidad:

“—¿Puedes tú dar la vida? Entonces no te apresures en dispensar la muerte, porque ni aún el más sabio puede ver el fin de todos los caminos. [...] El corazón me dice que Gollum tiene todavía un papel que desempeñar, para bien o para mal, antes del fin; y cuando éste llegue, la misericordia de Bilbo puede determinar el destino de muchos, y uno de los principales es el tuyo”²³.

¿Qué nos ha pasado? ¿Cómo es posible que el hombre haya cruzado esa línea roja, y haya decidido destruir nada menos que a su propia descendencia?

Sobre todo esto, la historia nos pedirá que rindamos cuentas. A esta sociedad del siglo XXI, a nuestra generación sofisticada, refinada, cuidadosa de cada detalle del bienestar, las generaciones venideras le pedirán explicaciones muy estrictas de por qué, teniendo todos los medios para conocer la verdad y para proteger al ser humano intrauterino, haya sido tan hipócrita, tan esquizofrénica, que haya destruido al desvalido, y no haya priorizado la tutela de la vida, de toda vida, sino que se haya encarnizado con la vida naciente y con la vida muriente...

Si el aborto se “legitimara” por la ley, como en tantos países, nos pasará aquello que decía Tácito, quejándose de la falta de niños en Roma y de la mala solución que supuso la ley Papia Poppaea (9 d.C.): utque antehac flagitiis, ita tunc legibus laborabatur, “antes sufríamos por nuestros vicios, ahora sufrimos por nuestras leyes”²⁴.

El Estado, que era y es el encargado principal de reconocer y tutelar la inviolabilidad de la vida humana, pervierte su razón de ser cuando se convierte en el instrumento de destrucción, en el Leviatán, que como un moderno Neptuno, va tras sus hijos, los persigue, los busca allí donde se escondan, así sea en el vientre materno, para devorárselos.

9. LAS COSAS TIENEN PRECIO, LAS PERSONAS TIENEN DIGNIDAD

Debe repararse que, a diferencia de la defensa de la vida del ser humano, que se basa en sólidos principios éticos y jurídicos y en incontestables evidencias médicas para afirmar que en ningún caso se justifica la muerte de una persona inocente, como es el caso de un niño por nacer, todos los argumentos en favor del aborto, en sus distintas formas, tienen en común una raigambre fuertemente utilitarista, filosofía que de una u otra manera pone a determinada persona al servicio de los fines de otros hombres, cosificándola. Y la mayor y más brutal cosificación de otro ser humano es matarlo para satisfacer los propios fines.

Esos argumentos utilitaristas pueden contestarse con Kant, recordando una de las bases principales de su filosofía moral, aquella de que “las cosas tienen precio, mientras que las personas tienen dignidad”. Es decir, lo que tiene precio es intercambiable de acuerdo a un valor relativo a seres fuera de sí, mientras que “lo que se halla por encima de todo precio, y por tanto no admite nada equivalente, tiene una dignidad”, un valor interior, incomparable, incondicionado, y éste es el caso de la persona, reino de la moralidad; por eso reclamaba el filósofo alemán “actúa de manera que uses siempre a la humanidad, ya en tu propia persona o en las otras, siempre como un fin y nunca como un medio”²⁵. Reitero: el hombre no puede jamás ser considerado como medio, sino siempre como un fin, merecedor de respeto.

Lo anterior debe llevarnos a concluir que jamás una persona, titular de derechos humanos, puede considerarse parte o extensión de cualquier

otro hombre, y que nunca alguno de los derechos humanos de una persona, y menos aún la misma persona, pueden sacrificarse con el fin de satisfacer los intereses de otra. Fuera de la legítima defensa —que propiamente no es asesinar, sino la acción de defender—, no está en ningún caso justificado matar a un ser humano. Y el bebé en el vientre de la madre no es jamás un injusto agresor del cual esté justificado defenderse: no ha tenido ni tiene voluntad actual para poder hacerlo; no eligió estar ahí, pero necesita imperiosamente seguir en el seno materno hasta poder vivir por sus propios medios.

Si realmente existe un compromiso irrenunciable con los derechos humanos no es admisible que se niegue la titularidad de todos los derechos fundamentales a una categoría especial de individuos de nuestra especie. No podemos arrogarnos el derecho de admisión al club de los que merecen vivir.

Que esta sociedad, que Guatemala, no opte por rechazar esa sabia enseñanza, que curiosamente se encuentra literalmente contenida tanto en el Talmud²⁶ como en el Corán²⁷:

“Quien mata a un ser humano es como si matase a toda la humanidad, y quien salva una vida es como si hubiese salvado el mundo entero”.

En conclusión, en el gravísimo problema del derecho a la vida de la persona humana todos estamos involucrados... y si logramos salvar al menos una vida, de alguna manera habremos salvado a toda la humanidad.

10. PENSAR COMO SE QUIERE Y VIVIR COMO SE PIENSA

Un tema importante, decisivo, y de cada vez más actualidad, es el del reconocimiento, tutela y promoción de la libertad de pensamiento, de la libertad de conciencia y de la libertad religiosa.

El derecho a la libertad de conciencia, como condensación de los anteriores, es el modo de respetar las libertades de las minorías dentro de la comunidad. Este derecho tiene una importancia cada vez mayor en sociedades cada vez más plurales, como la actual. Se trata de ser incluyentes, de no dejar gente fuera, de ser naciones abiertas a la diversidad.

24. TACITUS, Annales, III, 25. La traducción literal es “como antes por los vicios, así después se su-frió por las leyes”. En el texto he traducido de una manera más cercana a la versión de Blaise PASCAL en sus Pensées (primera ed., póstuma, 1670, n. 294, 9), que cita la misma idea de Tácito, pero con otra locución, más cercana a las lenguas romances actuales: Ut olim vitiis, sic nunc legibus laboramus.

25. Cfr. KANT, Immanuel, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, en Kants Gesammelte Schriften. Werke, Druck und Verlag von Georg Reimer, Berlin, 1911 (ed. crítica de la Academia Prusiana de las Ciencias), Ak. IV, págs. 385-464, en esp. pág. 434; e idem, Die Metaphysik der Sitten, en idem, 1910, Ak. VI, págs. 203-494, en esp. S49 E y pág. 423.

26. Talmud Ierushalmi, Sanhedrin, Cap. 4, 22a y 37a.

27. Qur'an, Sura 5, 32.

22. CHESTERTON, Gilbert K., “On Certain Modern Writers and the Institution of the Family”, Ch. XIV de Heretics (1905); he tenido a la vista la 12th ed., John Lane Company, New York, 1919. El texto puede consultarse en <http://www.gutenberg.org/files/470/470-h/470-h.htm>.

23. TOLKIEN, J.R.R., The Fellowship of the Ring (1954), Book One, Ch. II; Part I de The Lord of the Rings; he consultado la edición The Lord of the Rings. Complete with the Index and full Appendices, 3rd ed., Unwin, London – Boston – Sidney, 1983, pág. 73.

Sin embargo, ha vuelto la intolerancia, que pretende imponer su visión a los demás para impedir tener convicciones y actuar conforme a ellas, cuando no hay daño a terceros. Ante esto, se hace imperioso el reconocimiento y defensa de la objeción de conciencia.

¿De qué se trata la objeción de conciencia? Es un derecho humano, de raigambre constitucional y sustentada por los tratados internacionales, derivado de los varios derechos humanos ya nombrados, que le dan sustento y contenido. Consiste en un testimonio pacífico por el cual una persona individual o una persona jurídica privada se niega, por razones de conciencia filosófica, ética o religiosa o por las convicciones fundamentales de su ideario o estatuto, a ejecutar directamente un acto o a cooperar con él de algún modo, sin daño directo y grave a terceros, a lo cual está obligada legal o jurídicamente por una norma general o individual, y aún por un contrato, ya que directa o indirectamente esa obligación contradice sus ideas éticas o sus creencias religiosas, o ambas.

Este derecho se pone en marcha cuando en la existencia hay una en-crucijada en la que se resuelve desobedecer a la ley positiva, a la ley civil, a la obligación jurídica, por imperativo de conciencia, en virtud de las propias convicciones.

Y no se trata de una concesión del Estado... Se dijo que la objeción de conciencia es un derecho humano, que se funda directamente en la libertad de conciencia personal o en las razones fundamentales que han llevado a determinadas personas a asociarse, creando así una institución con un ideario determinado. Esto implica que es indispensable para la convivencia, que es de aplicación inmediata, y que si se la niega se frustran algunos de los más importantes bienes humanos básicos, que dependen de la misma para subsistir en situaciones límite.

Se ha dicho que incluye también a las personas jurídicas, porque se verifica un trasvasamiento de derechos fundamentales desde las personas físicas a las entidades que constituye para poder ejercerlos, y porque de otro modo no tiene operatividad el derecho a la libertad de asociación, junto a otros varios derechos, como el derecho a trabajar, a no ser discriminado, etc.²⁸

El fundamento último de este reconocimiento de este derecho específico al libre albedrío para decidir en determinados casos es que la norma próxima de conducta es la propia conciencia. Por eso, no se puede obligar a nadie a actuar en contra de su conciencia, porque esto significaría conculcar el centro último de decisión autónoma, y avasallar así ese reducto inalienable de libertad primordial que todo hombre

posee.

Conviene reparar en que la libertad de conciencia es un derecho genérico... como una salamandra, que no admite un catálogo taxativo.

Por el contrario, da cobertura a toda la población, para multitud de supuestos significativos donde puede objetarse determinadas obligaciones. Desde luego, existen casos paradigmáticos, como la objeción al servicio militar, o a realizar determinados actos médicos, donde la necesidad de este derecho se manifiesta de modo dramático, porque está en juego la persona, la vida, la muerte, donde se toca la dignidad y las ideas y creencias más arraigadas relativas a por qué estamos aquí, de dónde venimos y hacia dónde vamos.

11. LA LIBERTAD DE CONCIENCIA COMO FUNDAMENTO DE LA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

Lo que se ha dicho en el epígrafe anterior implica el reconocimiento de que en determinadas cosas el Estado no puede obligar, de que no hay espacio no sólo para el totalitarismo, que ciega toda posibilidad de trascender a la normativa estatal, sino tampoco para el autoritarismo paternalista de un poder que decide por los ciudadanos. Por ello, este derecho a la objeción de conciencia se entrelaza profundamente con la misma convivencia democrática, ya que se basa en tres derechos basales de este sistema de gobierno y de organización social. En este sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos dijo en 1994:

“La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la cual está salvaguardada bajo el artículo 9 de la Convención, es uno de los fundamentos de una ‘sociedad democrática’ dentro del sentido que le da la Convención. Es esto, en su dimensión religiosa, uno de los elementos más vitales que configuran la identidad de los creyentes y su concepción de la vida”²⁹.

Por todo esto, el reconocimiento irrestricto a la libertad de conciencia personal y a la objeción de conciencia de acuerdo al ideario de las instituciones privadas es una conquista indiscutible del Derecho contemporáneo, puesta de manifiesto en multitud de reconocimientos constitucionales, legislativos, jurisprudenciales y doctrinales a lo largo y a lo ancho del Derecho comparado.

De esta manera, el derecho a no ser obligado, por una ley o norma jurídica, a actuar contrariando la conciencia ética o religiosa, o las convicciones institucionales fundamentales, cuando tal abstención es

posible sin daño grave directo, inevitable a terceros, es algo que está en la base misma de los ideales de libertad que han inspirado al constitucionalismo por más de 200 años, que son ideales de respeto y de convivencia democrática.

Por eso se hicieron las Constituciones: para garantizar los ámbitos de la libertad, aún contra las mayorías, y los parlamentos, y los que están en función ejecutiva... Por eso en las bases del constitucionalismo y de toda la doctrina de los derechos humanos están esa tríada de derechos ya enunciada: la libertad religiosa, la libertad de conciencia y la libertad de pensamiento.

En este punto conviene recordar lo que antes recogíamos de Alberdi: la Constitución debe ser suprema, y no vivir solamente si las normas infra-constitucionales la dejan. Por ello, al reconocer y promover el derecho a la libertad de conciencia se da, por tanto, la máxima potencia de un derecho fundamental, de un derecho constitucional, que es el ser una carta de triunfo contra la imposición de la mayoría.

Por eso, reconocer este derecho es poner en práctica la máxima de optimización de los derechos de que habla Alexy...³⁰

Es reconocer los beneficios de la libertad, para todos, sin exclusiones, como desde 1853 predica el Preámbulo de la Constitución Argentina. Es reconocer derechos contra la opinión de la generalidad: se trata, por tanto, de un derecho que viene a resultar como un banco de pruebas sobre si una sociedad es verdaderamente plural y democrática. Es dejar vivir a la gente. Todos los pensadores modernos, desde Rawls a Dworkin, estarían de acuerdo.

Si no se reconoce la libertad de conciencia, por el contrario, se estaría violentando gravemente los derechos de las personas a quienes no se les deja pensar de acuerdo a lo que quieren, y vivir y trabajar de acuerdo a lo que piensan.

No puede pasarse por alto, por otro lado, que este derecho a la objeción de conciencia es la contracara de la obediencia debida. Es paradójico que a veces se intente poner tantas trabas a la libertad de conciencia, cuando la obediencia debida ha ido perdiendo fueros aquí y allá en el Derecho comparado.

Así, hace más de quince años el Ejército Rojo dejó oficialmente de lado la obediencia debida como causal de justificación de una acción.

Así, el Tribunal Constitucional alemán en el famoso “caso de los Guardianes del Muro” condenó a los soldados de Alemania oriental que dispararon sobre disidentes que intentaban escapar, porque las órdenes

injustas que acataron no debieron obedecerse³¹.

Así, en Argentina la llamada “Ley de obediencia debida” (23.521, sancionada en 1987), que estableció iuris et de iure que bajo el rango de coronel los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas no eran punibles, por haber actuado en virtud de “obediencia debida” a órdenes de superiores, fue primero derogada por el Congreso (Ley 24.952, de 1998) y luego declarada nula de nulidad absoluta por el mismo parlamento (Ley 25.779, de 2003), y finalmente, refrendando lo anterior, considerada inconstitucional por la Corte Suprema (2005)³². En este sentido, denegar la libertad de conciencia, que faculta a una persona a oponerse a cumplir con una obligación que violenta sus convicciones más fundamentales es, en buena medida, reinstaurar una suerte de obediencia debida a las disposiciones u órdenes, que nadie puede impugnar o poner en tela de juicio, negándose a acatarlas.

12. EL NAUFRAGIO DEL MAYFLOWER, O QUE SIGA EXISTIENDO UNA TIERRA PARA LA LIBERTAD

De la falta de reconocimiento de la libertad de conciencia y de la libertad religiosa, por el contrario, durante siglos se han derivado enormes consecuencias.

La negativa y violación de las mencionadas libertades generó guerras, cambios de imperios y de continentes... La fuerza de estas libertades es tal que, por ejemplo, generó un país, los Estados Unidos, creado precisamente por personas, los pilgrims, que, hostigados y perseguidos, a comienzos de la tercera década del siglo XVII huían hacia lo desconocido para obtener su libertad religiosa y que llegaron a las costas de lo que luego fue Massachusetts para asentarse, fundando la colonia de Plymouth.

A través de los siglos han habido muchos ofrendados a los leones, por negarse a obrar contra la conciencia; muchos sacrificados, desde la Roma imperial hasta ese querido y sangriento siglo XX, que tantas víctimas de conciencia provocó.

Por esta razón existieron los llamados mártires, los “testigos”, y aún siguen existiendo: son los que se negaron, y se niegan, por objeción de conciencia, a realizar acciones a las que se los quería obligar, como dar culto al Emperador, abjurar de su religión y otras tantas imposiciones del Estado y los que detentan el poder.

28. Sobre esto ver, más ampliamente, mi trabajo “El derecho a la objeción de conciencia de las instituciones. Elementos generales y análisis de la situación de los centros de salud privados”, en *Vida y Ética* 8 (2007-2) págs. 163-189 (revista del Instituto de Bioética, Facultad de Ciencias Médicas, Pontificia Universidad Católica Argentina).

29. E.C.H.R., *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, (1994) Series A nº 295, 19 E.H.R.R. 34, par. 47.

30. Cfr. ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1985; cito por la versión castellana, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de GARZÓN VALDÉZ, Ernesto, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 86-87.

31. Bundesverfassungsgericht, BverfGE 95, 96, “Mauerschützen”. Para una traducción castellana ver la realizada por SODERO, Eduardo R., en VIGO, Rodolfo L. (Coord.), *La injusticia extrema no es Derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2004, págs. 73-99.

32. C.S.J.N., “Simón”, Fallos 328:2056 (2005), resuelto por siete votos contra uno.

Uno de los casos más célebres de objeción de conciencia es el de Antígona. En la obra homónima Sófocles cuenta cómo ella se negó a obedecer a Creonte, rey de Tebas, su tío y suegro, que le prohibía enterrar a su hermano Polinices por haberse éste rebelado contra Tebas, condenando así a su alma a vagar eternamente por la tierra. Antígona sigue a su conciencia, aunque esto le termina acarreado la muerte. Por eso, cuando el rey la increpa, diciéndole “te atreviste a pasar por encima de mis decretos”, ella le contesta:

“Sí, porque no era Zeus quien lo había decretado para mí, ni Diké, compañera de los dioses subterráneos, perfiló nunca entre los hombres leyes de este tipo. Y no creía yo que tus decretos tuvieran tanta fuerza como pa-ra permitir que un mero hombre pueda saltar por encima de las leyes no escritas, inmutables, de los dioses: su vigencia no es de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe cuándo fue que aparecieron. No iba yo a atraerme el castigo de los dioses por temor a lo que pudiera pensar un hombre. [...] Y así, no es desgracia para mí tener este mortal destino; y en cambio, si el cadáver de un hijo de mi madre estuviera insepulto y yo lo tolerara, entonces eso sí me sería doloroso; lo otro, en cambio, me es indiferente. Puede que a tí te parezca que obré como una insensata, pero en todo caso es a un loco a quien doy cuenta de mi locura”³³.

Otro caso paradigmático es el de Tomás Moro, Lord Canciller de Inglaterra, que se negó a firmar el Acta de Supremacía y a hacer un dictamen a favor del divorcio de Enrique VIII. Es decir, se negó por su conciencia a dos obligaciones de hacer que le imponía el soberano gobernante. Con más de cien menciones en sus cartas desde la Torre, este mártir de la conciencia refleja su claridad de ideas y su lucha interior para mantener ese recinto sagrado de dignidad y libertad interior, que hace que la objeción de conciencia sea la bisagra última de la vida libre en el reino³⁴.

No puede pasarse por alto el hecho de que en América Latina, y en concreto en Guatemala, hay miles y miles de personas que están dispuestas a ir a la cárcel por no violentar su conciencia. . . . Reitero: hoy en día hay gente que podría ir a la cárcel si no se le permite objetar

obligaciones que violentan gravemente su conciencia.

Que en el mundo, y que en América Latina, no haya nunca más gente presa por lo que piensa. . . , por sus opiniones, por sus creencias. Nunca más se debe reinstaurar la cárcel por delitos de opinión o por delitos de creencias, volviendo a los peores momentos del pasado lejano y del pasado reciente.

No puede pasarse por alto que obligar jurídicamente a una persona física o a una institución a que realicen algo que agravia seriamente sus convicciones más profundas, de lo cual podrían abstenerse sin daño a terceros, contraría las exigencias más elementales relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas, sobre las cuales se ha fundado la visión moderna de las relaciones adecuadas entre las esferas correspondientes al poder público y a la autonomía de los particulares. En consecuencia, lo razonable, lo legítimo, lo conforme a Derecho, es que se reconozca ampliamente el derecho a la libertad de conciencia. Siempre los jueces y parlamentos tienen en sus manos mecanismos jurídicos, más o menos ingeniosos, para armonizar los intereses sociales y estatales (que además deben pasar el filtro de un riguroso análisis relativo a si son constitucionales y respetan todos los derechos) con el reconocimiento y tutela a la interioridad y a las convicciones más profundas que no violan derechos de terceros, buscando alternativas al deber legal que se quiere imponer contra la conciencia. Pero el futuro es incierto. A pesar de su reconocimiento en diversas constituciones, instrumentos internacionales y leyes infra-constitucionales, la objeción de conciencia no es un derecho que se ejerza pacíficamente.

La normativa es vacilante, y hasta se encuentra expresamente prohibida en el art. 59 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que dispone que “nadie podrá invocar creencias o disciplinas religiosas para eludir el cumplimiento de la ley ni para impedir a otro u otra el ejercicio de sus derechos”.

También son vacilantes algunas decisiones de los tribunales. Así, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha rechazado tratar el tema de la objeción de conciencia en 2004 y en 2007, en dos decisiones de tres renglones relativas a la obligación de proveer píldoras anticonceptivas.³⁵

Por su parte, y con relación a la realización obligatoria de abortos, la Corte Constitucional de Colombia en 2006 ha retaceado con diversos requisitos este derecho a los particulares y lo ha denegado a las instituciones³⁶.

En todo caso, hay cosas a las que no se puede ceder. No se debe olvidar que, de la mano de Sócrates, lo mejor de Occidente se ha fundado en la firme convicción de que “es mejor padecer la injusticia, que cometerla”³⁷.

No se puede ceder la dirección de la vida, del pensamiento, de la conciencia, al Congreso, al Presidente, a los jueces, o a una o varias ONGs.

Por eso, si se da una ley injusta, se activa aquello previsto por los clásicos, desde Agustín de Hipona a Tomás de Aquino, según lo cual una ley injusta no es ley, sino más bien violencia, corruptio legis, y por tanto no hay que obedecerla³⁸.

Sería absurdo que haya libertad religiosa, de pensamiento, de conciencia, para que simplemente se crea, se piense, se decida, pero que no se pueda vivir de acuerdo a lo que se cree, a lo que se piensa, a lo que se ama. . . Por eso, el reconocimiento irrestricto a la libertad de conciencia, y su consecuente posible objeción al cumplimiento de una orden u obligación, debe considerarse una conquista indiscutible del Derecho contemporáneo, sobre la que no puede retrocederse.

En consecuencia, que no naufrague el Mayflower en medio de su singladura, que los peregrinos que en 1620 recalaron en las costas de Nueva Inglaterra sigan encontrando hoy una tierra para la libertad. Que siga habiendo un lugar en el mundo para la libertad religiosa, para la libertad de pensamiento, para la libertad de conciencia, para que no queden relegadas al ámbito privadísimo, como elementos incapacitantes para participar, como todo ciudadano, en la vida común. Y que todos nosotros reconozcamos esas libertades, de modo que, como dice el Preámbulo de la Constitución Argentina, esos beneficios sean “para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo” que quieran habitar esta tierra americana. . . , si importar sus creencias, sus pensamientos y sus convicciones.

III. “SABER PARA SERVIR”: LA PREPARACIÓN UNIVERSITARIA COMO CARISMA PROPIO EN LA LUCHA POR LOS DERECHOS

13. IDEALES OPERATIVOS: DE LA ACADEMIA A PROMOVER LOS DERECHOS EN EL MUNDO REAL

Ahora bien, no sólo el Estado es responsable. . . Podría seguir por horas enumerando derechos, explicando sus beneficios, exponiendo las amenazas que los corroen. . . Dejo a cada cual leer los artículos de la Constitución de Guatemala, y los artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. . . , y seguir elaborando este catálogo.

Pero creo que ha llegado el momento de pasar a algo que nos involucre, como universitarios, como personas que no sólo pasan por una universidad, sino que quieren que la universidad haya pasado por ellos, transformándolos, para siempre. Por eso quiero, en esta tercera parte, aludir a algunos puntos centrales que podrían englobarse en la Filosofía de la Educación, glosando, de alguna manera, el lema de la Universidad del Istmo: “saber para servir”.

Somos parte de una porción pequeña y privilegiada de la humanidad. Somos parte de los que asistimos actualmente o asistimos en el pasado a una Universidad. Somos parte de aquellos a los que se nos ha enseñado a pensar con rigor y a crear sin fronteras.

Tenemos que brindar nuestro don, liberar nuestra imaginación, generar esa reacción en cadena que explote la ilusión, para que todo esto, el reinado de los derechos humanos, se haga realidad, cada día más, en cuanto a lo que de nosotros dependa.

Quiero por eso referirme a cosas importantes, a intentar despertar la pasión por lo bueno, para que, como estudiante o como graduado, cuando termine el curso, dentro de once meses, o cuando termine la carrera, dentro de un año, o dos, o cinco, o para aquél que es profesor y ha hecho de la ocupación universitaria su propia vida, la Universidad no haya sido algo indiferente, y se incorporen al grupo de los que traen soluciones, al de aquellos que no se quedan a mirar la vida desde el balcón de sus casas, sino que saltan a la calle a plantarle cara a la realidad, para intentar hacer crecer todo lo bueno, y para procurar combatir todo lo malo.

33. SÓFOCLES, Antígona, representado por primera vez en el 442 a.C.

34. Cfr. MORO, Tomás, Un hombre solo: Cartas desde la Torre 1534-1535, trad., intr. y notas de Álvaro de Silva, 3ª ed., Rialp, Madrid, 1990.

35. Las decisiones que rechazan el acceso a la Corte no llevan motivación, y sólo incluyen dos palabras, además de los datos del caso: certiorari denied. En 2004 la Corte Suprema rechazó tomar y decidir un caso donde una organización católica de California se negaba a dar obligatoriamente anticonceptivos a sus empleados. Cfr. Catholic Charities of Sacramento, Inc. v. California et. al., 32 Cal. 4th 527, 85 P.3d 67 (Cal. 2004), cert. denied, 543 U.S. 816 (2004). En 2007 la misma Corte rechazó igualmente otro caso donde multitud de entidades de seguros médicos católicas, protestantes y judías se oponían a una ley del Estado de New York que las obligaba a financiar la anticoncepción. Los recurrentes sostenían, entre otras cosas, que si los obligaban a subsidiar la anticoncepción, también los obligarían a subsidiar abortos, y si deben subsidiar, también los obligarían a realizarlos. Ver Catholic Charities of Diocese of Albany v Dinallo, cert. denied, 552 U.S. 816 (2007), 128 S. Ct. 97 (2007), No. 06-1550, 2007 WL 1494780 (U.S. Oct. 1, 2007).

36. Cfr. Sentencia C-355 de 2006, Ms. Ps. JAIME ARAÚJO y CLARA INÉS VARGAS, donde la Corte Constitucional de ese país se pronunció sobre el aborto. Pero en esa decisión no sólo se eliminó su penalización en determinados casos, hasta entonces tipificados en el Código Penal (ver Ley 599 de 2000, art. 124). No, la Corte fue más lejos, porque a ello agregó, fallando de manera ultra petita y en violación de diversos principios del debido proceso, un derecho de prestación al aborto. En virtud de este derecho a reclamar el aborto los médicos deben realizar la intervención, salvo que interpongan objeción de conciencia y un comité nacional, luego de revisar sus razones, se lo admita si así le parece. Además, la Corte dispuso que toda institución médica, aun privada con ideario, e incluso de tipo religioso, debe realizar la práctica abortiva si se le solicita, sin posibilidad de negarse o realizar una objeción de conciencia. En virtud de esta decisión, la Universidad Javeriana, de los jesuitas, ha sido sancionada con multa porque su hospital universitario se negó a realizar un aborto.

37. PLATÓN, Gorgias, 481c a 484d, en esp. 483a-b. Allí Sócrates sostiene esa doctrina contra Calicles, para quien lo único bueno y legítimo es la voluntad del más fuerte.

38. Cfr. S. AGUSTINUS, De libero arbitrio, I, V, 11; S. THOMAS AQUINATIS, Summa Theologiae, Ia-IIae, q. 93, a. 3, ad 2, y q. 95, a. 2.

Universidad alude en primer lugar a la *universitas magistrorum et scholarium*, es decir, a la comunidad de profesores y estudiantes. En segundo lugar, se puede también pensar en la Universidad como la *universitas rerum*, la totalidad de las cosas, la unidad en la diversidad. . . Por eso, estar en la Universidad se trata, en definitiva, de una apasionante búsqueda de la verdad en la globalidad de los problemas, de enrolarse en las filas de los que no se disponen a observar la historia desde el sillón de sus casas, sino que se disponen a construirla desde su propio seno, liderando los afanes de los hombres y solucionando los problemas de sus bienes más preciados desde sus saberes específicos al englobarlos en una visión más omnicompreensiva, más universitaria. Hay muchas razones para venir a una Universidad, pero las más nobles son las que buscan mejorar la sociedad, ayudar a construir el país desde el propio don, y, en el contexto de los derechos fundamentales, también ayudar a hacer justicia, desde el talento recibido, desde la peculiaridad de cada uno y de cada ciencia o arte que se decidió abrazar. Al que no le interese la sociedad, el país, y los demás, es poco lo que aquí se le podrá enseñar. Aprenderá nociones, fórmulas, recetas. . . , pero no será un universitario. No calará nunca en la importancia e interés de esta actividad, la vida universitaria. Espíritu de servicio, de servicio profesional, para mejorar a lo demás, al país, para hacer justicia, y esto en cada faceta de la vida profesional en que el futuro pueda llevar a especializarlos. Soy de la idea de que es importante que entiendan que cada uno puede ser parte de la siguiente generación de los que hagan y construyan la buena vida común, y en concreto los derechos fundamentales de la persona, o de los que los deshagan y destruyan, usando el poder que les ha dado la Universidad, el poder del conocimiento, para fines distintos del ideal de “hacer justicia, con espíritu de servicio”. Afortunadamente, Uds. tiene dos grandes cosas para elegir el sentido más correcto en esta elección: una cabeza ya universitaria, inteligente, y una Universidad que los está exigiendo, y que intenta dar todo de sí para formarlos. Cuando los otros Profesores de la Universidad terminen con estas promociones de estudiantes, en 5º año, pueden ir al mundo real e ignorar los grandes ideales de la Constitución y del Derecho, de la Ciencia y del Arte, como si no fueran más que los viejos papeles donde están escritos, anacrónicos e irrelevantes en un mundo moderno. O pueden Uds. elegir beneficiar la sociedad por apoyar y defender y mejorar los

derechos de las personas, de los habitantes de este país. Los malos universitarios son los que comienzan por forzar lo que aprendieron, que es sólo un paso hacia violarlo. Los que deseen seguir este camino, deben saber que la Universidad no tiene mucho que enseñarles, porque en el fondo están más allá de todo aprendizaje. Lo segundo, en cambio, es el camino que han emprendido los grandes universitarios, en este enorme esfuerzo del espíritu humano, que ya tiene más de 2000 años desde la Academia griega, y más de 700 desde la Universidad medieval, de hacer crecer la ciencia y el arte y de llevarlos a la sociedad para su beneficio³⁹. Para esto, es menester dejarse exigir, dejarse elevar. Es imprescindible tener sentido de responsabilidad. Algunos atribuyen a John Kennedy, como Presidente, otros a Robert, su hermano Senador, y otros a George Romney, Gobernador de Michigan en los primeros '60, el haber dicho: “¿Si no somos nosotros, quienes? ¿Si no es ahora, cuándo?”. Sea quien fuere su autor, lo cierto es que, cincuenta años después, si no somos nosotros, los universitarios, los que estudiamos los problemas y sus soluciones, los que intentamos estar en la cumbre de las dificultades, ¿quiénes solucionarán los problemas de los derechos humanos? Si no lo hacemos ya, desde ahora, desde los claustros académicos, formándonos a conciencia, para poder servir, ¿cuándo seremos útiles?

14. LA AVENTURA DE APORTAR EL PROPIO DON

Para lo anterior hace falta apertura, interés con afecto, y especialización. Hace falta actitud. Una actitud especial. Esto implica, entre otras cosas, que la mentalidad en esta nueva navegación implica ser positivos y abiertos frente a las diversas corrientes, analizando despacio sus argumentos, haciéndose preguntas, madurando las ideas, encontrando los fundamentos y explicaciones. . . Ahora bien, es imposible cubrirlo todo. Lo dice el lema de Hipócrates: *ars longa, vita brevis*. En Argentina el culto siempre pareció ser el que sabía de todo, como Monsieur Amédée Jacques, el viejo Rector del Colegio Nacional Buenos Aires descrito en *Juvenilia* de Cané, quien, ante la ausencia de un profesor, iba a cualquier aula, preguntaba qué tema estaban viendo en esos días, y era capaz de dar desde ahí cualquier clase de cualquier materia en cualquier punto, sea física, química, matemática, literatura o historia⁴⁰.

Alvaro d'Ors, ese gran jurista y pensador español, tenía una idea distinta, como nos dijo una vez a varios estudiantes en el Colegio Mayor Belagua, de Pamplona, allá por 1993: “Culto es el que cultiva algo. . . ; no se puede penetrar todas las ciencias, pero se puede cultivar la propia, y abrazar, con el corazón, con apertura, a todas las demás”. Esto implica apertura a todas las artes y ciencias, y en especial a un ámbito superior capaz de iluminar multitud de cuestiones y dar unidad a lo diverso. Es lo sapiencial, y en especial la filosofía. Por tanto, se trata de intentar contribuir desde donde cada uno está, viendo cómo aportar, qué estudiar, en qué hacer más hincapié, apoyado en esas ciencias madres. La función de estudiantes y profesores universitarios es probar nuevas síntesis, nuevas soluciones. Hay mucho para reelaborar, repensar, y hasta para revolucionar. . . Hay que volver a explicar, a cada generación, el legado de siempre, conjugado con el aporte contemporáneo. Así se puede dar solución a muchos problemas del hombre, que son problemas de derechos humanos. Para conseguir estas metas, cada estudiante tiene que forjarse una suerte de “plan estratégico personal”. *Omne agens agit propter finem*. . . , decía Tomás de Aquino: “todo agente obra por un fin”⁴¹. El también afirmaba como otro axioma filosófico que *finis est postremum in executione; sed est primum in intentione rationis*, es decir, “el fin es lo primero en la intención, y lo último en la ejecución”⁴². Mucho antes aún, decía Cicerón *fine constituto, omnia constituta sunt*, “establecido el fin, todo se ordena”⁴³. La visión, la visión de la misión que se tiene, es así decisiva, es vital, porque genera un poder extraordinario, transformador. . . Confeccionar ese plan personal implica que cada uno se pregunte algunas cosas: ¿Dónde quiere estar dentro de treinta años? ¿Qué quiere hacer? ¿Cuál será su legado? ¿Cómo lo va a realizar? ¿Cómo llegará a concretarlo? ¿Cuánto tiempo le va a llevar? ¿Cómo quiere que se le recuerde, cuando ya ninguno de nosotros estemos? Responder estas preguntas, enfrentarse con ellas, es una grave, superlativa, responsabilidad, a la que no puede ninguno sustraerse. Naturalmente, la diversidad propia de lo humano hace que no a todos se requiera la misma dedicación a la lucha por los derechos. Hay distintas circunstancias, intereses, habilidades, aportes. Por otro lado, la

diversidad potencia las posibilidades de solucionar, de influir, porque cada uno aportará su don, su visión, su mirada a su parcela, al almárgico que cultiva. Y como en la Universidad cada saber, cada arte, cada ciencia, viene a aportar un espacio de soluciones a las incógnitas del hombre, a sus dificultades y sus luchas, a hacer posibles los bienes humanos básicos, entonces todos los estudiantes y profesores tienen su parte en la promoción y defensa de los derechos del hombre.

Uds., los estudiantes, son jóvenes. Por eso pueden entender lo que escribía Alexis Carrel, Premio Nobel de Medicina en 1912, en su libro *La incógnita del hombre*:

“Los hombres se engrandecen contemplan amplios horizontes y están inspirados por un alto ideal. El sacrificio de uno mismo no es difícil cuando se siente enardecido por la pasión de una gran aventura”⁴⁴.

Uds., jóvenes, deben sentir la necesidad de ilusionarse con metas altas, químéricas. De lo contrario, en realidad serían casi niños con corazón de viejos. Tienen que romper con el espíritu burgués que impera. Soñar con dejar huella, legado, poso, con provocar un cambio. Dar a la vida sentido épico y romántico, de originalidad. Están en un país que sangra por cien heridas, y no pueden quedarse detenidos, desinteresados. . . , sin darlo todo por intentar cambiar algo. Se trata, como escribió Thoreau:

“[...] de desear vivir a conciencia, de enfrentar sólo los hechos esenciales de la vida [...], y no, cuando estuviera por morir, descubrir que no había vivido”⁴⁵.

Otro poeta, esta vez inglés, Herrick, lo expresaba de este modo a mediados del siglo XVII:

“Toma las rosas mientras puedas,
el tiempo aún está corriendo;
y la misma flor que hoy te sonríe,
mañana estará muriendo”⁴⁶.

41. S. THOMAS AQUINATIS, *Expositio Posteriorum*, Lib. 1, lectio 16 n. 5, y Lib. 2, lectio 8 n. 3; In *Physic.*, Lib. 2, lectio 8 n. 5.

42. Idem, *Summa Theologiae*, Ia-IIae, q. 18 a. 7 ad 2.

43. CICERO, *De finibus bonorum et malorum*, Lib. V, VI [15].

44. *L'homme, cet inconnu*, Plon, Paris, 1935, Ch. VIII, iii, pág. 347.

45. THOREAU, Henry David, *Walden* (1854), Ch. 2, n. 16.

46. HERRICK, Robert, “To the Virgins, to Make Much of Time”, en *Hesperides* (1648).

39. En lo que ha transcurrido de este epígrafe, me inspiro parcialmente en algunas cosas que dice en su clase inaugural el personaje Scott Bradley, profesor de la Yale Law School, en una de las novelas de ARCHER, Jeffrey, *Honour Among Thieves*, HarperCollins, London, 1993, págs. 14-15.

40. Cfr. CANÉ, Miguel, *Juvenilia* (1884), Cap. XIII. He tenido a la vista la edición de la Cámara Argentina del Libro, Buenos Aires, 1943.

Se trata del *carpe diem*, pero con un sentido muy distinto al que le diera Horacio en sus Odas, ese *carpe diem*, *quam minimum credula postero*, “aprovecha este día, que hay que confiar poco en el mañana”⁴⁷; con el cual el poeta griego quería decir que “hoy comamos y bebamos, que mañana moriremos. . .”. Se trata, por el contrario, de esforzarse hoy, de dejarse la piel, para ver, al final, todo lo que se ha hecho, que haber estado no ha sido indiferente, que se ha procurado dejar un legado, que ha valido la pena.

16. NON SCHOLAE, SED VITAE DISCIMUS

Debe anotarse que ese intentar contribuir a la solución de los problemas de la ciudad humana, ese pensar e indagar sobre los derechos humanos, tiene un sentido hondamente político y realista, en sus mejores sentidos, de amor a la polis y servicio a la cosa común y de mirar hacia las cosas, para aspirar a cambiarlas y no perderse en ensoñaciones o frivolidades esterilizantes.

En este ámbito cobra quizá todo su sentido una famosa frase de Séneca: *non scholae, sed vitae discimus*, “no estudiamos para la escuela, sino para la vida”⁴⁸.

Estimados estudiantes: Uds. se están convirtiendo en profesionales. Aprenderán mucho de sus profesores y compañeros, y sus profesores y compañeros aprenderán mucho de cada uno de Uds. Espero que hasta se diviertan. Será un disfrute y un privilegio.

Pero no olviden que sus profesores los van a entrenar, y entrenar duro. Serán una suerte de coach, y el partido final del campeonato se reitera cíclicamente cada año, al momento en que llegan los exámenes.

Tuve ocasión de estar recientemente con Linda Lorigan, Vice-Rectora de Yale University. Ella comentaba que en su Universidad siguen la filosofía de enseñar y aprender, con el objetivo de tener una mente amplia, un intelecto altamente disciplinado, sin especificar de antemano como será usado el intelecto. Más allá de la conveniencia de estudios universitarios generalistas o volcados a una disciplina particular, quiero aquí rescatar que ese enfoque va mucho más allá de adquirir simplemente hechos y conceptos, para centrarse en cultivar habilidades y hábitos de pensamiento independiente y riguroso, capacidad para analizar, destreza para poder formular la próxima pregunta y para iniciar la búsqueda de una respuesta.

Se trata, así, de posibilitar un empowerment especial, de que las

Facultades realicen su misión propia de “facultar”, de dar un poder particular, el de comprender el mundo y la sociedad con una herramienta indispensable, que sólo ella puede dar: el de una mente formada en las humanidades y en las ciencias, que puede devolver a los demás, profesionalmente, lo que de los demás se recibió.

Pero para esto hay que hacer un esfuerzo esperar, y procurar vivir la Universidad como se la vivió por sus mejores protagonistas. No basta simplemente estar. Existen dificultades y peligros de perderse en la miríada de temas que concitan nuestra atención, ya que es muy cierto aquella conocida idea de que “nunca antes se informó tanto de tantas cosas, y hubo tan poca sabiduría sobre lo que es importante”.

Esa abundancia de información sin sabiduría hace tan decisivas cosas basales de la vida universitaria, como algunas de las siguientes. Saber argumentar. Saber dialogar. Acostumbrarse a debatir los grandes temas.

Aprender a escribir. Leer buenos libros. Criticar una idea. Animarse a crear. Saber investigar. Acostumbrarse a apasionarse con todo lo humano. Saber encontrar, desde cada arte y ciencia, las preguntas, las incógnitas, que precisa la sociedad para develar el enigma del hombre, concretado en el enigma de cada derecho fundamental. Aprender a encontrar el camino para la solución de esas preguntas. Y poner todo el esfuerzo y la ilusión que es necesario para cada una de estas cosas. Todo eso ocurría en la vieja Universidad, en Oxford, en París, en Santiago de Compostela, en Bolonia. . . Todo eso debe ocurrir ahora en la UNIS. . . Y debe ocurrir, porque todo eso es la experiencia universitaria, multiseccular, de la relación fraterna entre compañeros y de la relación sinérgica entre maestros y discípulos. Todo esto debe ocurrir porque toda verdadera Universidad tiene que reeditar, con su carisma propio, esa definición de Alfonso X el Sabio:

“Estudio es ayuntamiento de maestros et de escolares que es fecho en algunt logar con voluntad et con entendimiento de aprender los saberes”⁴⁹.

Intentar lo anterior les dará la satisfacción a cada uno de haber aprendido mucho, tanto entre Uds., de los otros estudiantes, como de los profesores, como de los maestros de siempre, que viven aún, encerrados en las páginas de tantos y tantos libros que merece la pena leer y meditar.

Per aspera ad astra, decían los latinos: “por lo áspero, hasta las estrellas”. No olviden que cuando se va por la ladera de la montaña. . . no se ve la cima. Sólo se siente el peso de las botas, la sequedad en la boca, el sol en los ojos, el agobio de la mochila. Pero ya vislumbrarán la meta. . . Ya llegarán a ella, ya la disfrutarán, y desde esa atalaya de haber entendido los problemas y de conocer cómo buscar y encontrar las soluciones, podrán dar respuestas a tantos interrogantes sobre cómo satisfacer las necesidades humanas, que eso son en definitiva los derechos fundamentales que tiene la gente de este suelo.

Hay un mundo genial fuera de estas paredes. Lo que están haciendo vale la pena. Van a recoger los frutos. “Mucho dolor fue necesario / para sembrar lo que cantando recogemos”, decía Bernardez, poeta de mi tierra⁵⁰. Y, en otros versos, completaba:

“Porque después de todo he comprendido que lo que el árbol tiene de florido vive de lo que tiene sepultado”⁵¹.

Tendrá sentido el sacrificio que han hecho como estudiantes, tendrá sentido la abnegación que hayan derrochado sus profesores, tendrá enorme sentido todo lo que hayan hecho juntos.

Es una experiencia intensiva de educación de excelencia, en su sentido genuino. Es importante. Depende no sólo el futuro de cada uno de los que están ahora cursando en estas aulas. De esto depende mucho más. Depende el futuro de la gente de este país, dependen sus derechos fundamentales, depende Guatemala.

17. LOS DISCÍPULOS ILUSIONADOS Y CURIOSOS SURGEN DE MAESTROS GENEROSOS Y SA-PIENTES

Conviene ahora dirigirse ahora a los profesores, a los profesores con corazón, que además intentan sacar de sus alumnos lo mejor de ellos. La universidad debe tener fe en las personas. La UNIS tiene fe en los suyos, en sus profesores, y en sus alumnos. . .

Tiene fe en sus profesores, a muchos de los cuales felizmente está enviando a Europa y a otros lugares de América a formarse, a realizar Maestrías y Doctorados, que los potenciarán, les darán otra visión, los harán madurar, para volver a brindarse, a aportar su experiencia.

Y tiene fe en los alumnos. Esto es de una importancia decisiva. He

adoptado como filosofía pedagógica: Un profesor obtiene de sus alumnos, lo que espera de ellos. Si no espera nada, no saca nada; si espera mucho, saca mucho.

Álvaro D’Ors nos decía a los jóvenes profesores que estábamos en ese entonces en la Universidad de Navarra, en Pamplona, que el profesor no tiene que ponerse de rodillas ante el alumno, para adaptarse a su nivel, sino que su función es hacer que el alumno se ponga de puntas de pies, para crecer.

En el mismo sentido, Jutta Burggraf, una gran pensadora alemana que hace poco, y siendo aún joven, nos dejó por una grave enfermedad, decía:

“Tenemos que creer en las capacidades del otro y dárselo a entender. A veces, impresiona ver cuánto puede transformarse una persona, si se le da confianza; cómo cambia, si se le trata según la idea perfeccionada que se tiene de ella. Hay muchas personas que saben animar a los otros a ser mejores. Les comunican la seguridad de que hay mucho bueno y bello dentro de ellos, a pesar de todos sus errores y caídas. Actúan según lo que dice la sabiduría popular: ‘Si quieres que el otro sea bueno, trátalo como si ya lo fuese’”⁵².

Es una opción difícil, con un “balancing” complejo de lograr: dar papillas blandas o dar huesos duros de roer. Por diversas razones suelo esperar mucho de los alumnos, y les aconsejo que Uds. también lo hagan. Si quieren que los universitarios de hoy sean los hombres y mujeres con soluciones del mañana, que solucionen los gravísimos problemas de derechos fundamentales de este país, exijanles.

Hay que poner la cota alta, y exigirse como profesor y como maestro, y exigir a los estudiantes, con una alta dosis de generosidad. Poner alta la meta. Los que logran superarla con claridad, merecen la máxima nota. Algunos tocarán la varilla, y merecerán notas muy buenas. Algunos apenas la rozarán por abajo, y serán acreedores a notas buenas. Pero todos saltarán más alto y, por tanto, saltarán el mínimo con facilidad, y aprobarán. Si se pusiera la línea abajo, en los mínimos indispensables, todos saltarían poco, porque no se los estaría exigiendo. Por el contrario, animándolos a dar de sí más de lo que ellos sospechan, todos llegarán a elevarse mucho más de lo que pensaban, y llegarán más lejos que antes de esta experiencia, irán a cotas más encumbradas y complejas en la comprensión de su arte o ciencia. Se habrán superado.

47. Ver HORATIUS, Carmina, Lib. I, Carmen XI.

48. SENECA, Epistulae morales ad Lucilium, Epistula CVI, 12. En rigor el lema de Séneca, que se ha hecho célebre e inspira a numerosas universidades, es una inversión de la frase original, donde él se lamentaba de los filósofos sin relación con la realidad, afirmando irónicamente *non vitae sed scholae discimus*.

49. ALFONSO X, EL SABIO, Las Siete Partidas, Partida II, Título XXXI, Ley I (circa 1265). Texto según edición de la Real Academia de la Historia, Imprenta Real, Madrid, 1807, 3 vols.

50. BERNARDEZ, Francisco Luis, “La Patria”, en Poemas elementales, Losada, Buenos Aires, 1942.

51. Idem, “Soneto”, en Cielo de tierra, Sur, Buenos Aires, 1937.

52. BURGGRAF, Jutta, “Aprender a perdonar”, II, 2, en Diálogos Almudí (2004). Puede consultarse en <http://www.almudi.org/Inicio/tabid/36/ctl/Detail/mid/386/aid/339/Default.aspx> (ac-ceso el 4-II-2011).

Muchas veces se habrán preguntado si es primero la gallina, o el huevo... ¿Primero hay alumnos excepcionales y luego profesores que se animan a realizar con ellos nuevas aventuras pedagógicas? O, por el contrario, ¿hay más bien profesores, y hasta instituciones, que idean nuevos caminos, sueñan con otras tierras, y eso atrae a los estudiantes, que confían en la idea, y juntos descubren nuevos mundos? Luego de reflexionarlo, pienso que, si bien lo primero es evidente —alumnos excepcionales pueden movilizar y mejorar al profesor—, lo segundo es posible, y es indispensable intentarlo: que los alumnos hagan lo que el profesor les propone.

Si el profesor no tiene fe en sus estudiantes, lo transmite con actitudes, miradas, gestos, y hasta con palabras, y los alumnos, aún inconscientemente, se desilusionan, pierden el entusiasmo, y con él pierden la capacidad de esforzarse y superarse. En cambio, si el profesor confía en ellos, establece con ellos una especie de contrato de mutua confianza y corresponsabilidad, y se produce el milagro. Los adolescentes se van convirtiendo en personas maduras, y los estudiantes en profesionales, en científicos, en artistas, a la par que el profesor aprende mucho de ellos y con ellos. Se da un proceso fantástico, en el cual se fragua la poderosa simbiosis entre un discípulo curioso e ilusionado y un maestro generoso y sapiente...

18. COR AD COR LOQUITUR: LA LLAVE DE LA INTELIGENCIA ESTÁ EN EL CORAZÓN

Dentro de este ámbito de la generosidad y pasión del profesor, que genera curiosidad e ilusión en los estudiantes, se encuentra otro elemento que es tanto o más importante que la exigencia y el percibir en ellos potencialidades mayores que las que ellos asumen tener. Se trata de tenerles cariño...

Querer a los alumnos. Podrá parecer naïf, o utópico, pero es absolutamente esencial. Se puede entrar al alcázar de la inteligencia del estudiante por la chimenea, por la ventana, o rompiendo una pared, pero estoy convencido de que la llave de la puerta principal se encuentra en el corazón.

Cor ad cor loquitur, eligió Newman como lema de su escudo al ser nombrado Cardenal en 1879, y tenía razón: “el corazón le habla al corazón”⁵³. En el contexto que nos ocupa, de llegar hasta la inteligencia, se podría parafrasear la frase newmaniana diciendo que “sólo llega al

corazón del que escucha lo que surge del corazón del que habla”. Y, siendo una unidad, la persona comprende mejor lo que está también en su corazón, que aquello que le es impuesto a su entendimiento sin relación vital alguna consigo misma.

Debe quererse el bien del alumno, lo mejor para cada uno; las personas deben importar... Esto es de primera necesidad antropológica para ambas partes, a la vez que tiene una eficiencia pedagógica extraordinaria.

19. LOS PREMIOS DE UNA EDUCACIÓN TRANSFORMADORA

Dar clases con toda estas premisas, las de impulsar con exigencia las inteligencias de los estudiantes, a la vez que comprenderlos como personas con el corazón, implica un gran esfuerzo. Con relación al método del caso, pero aplicable a todo sistema pedagógico realizado con las premisas dichas, decía Christensen, profesor de la Harvard Business School, que consume muchas energías, físicas y emocionales: el profesor es planificador, anfitrión, moderador, abogado del diablo, compañero y juez⁵⁴.

Junto al esfuerzo, debe subrayarse que estar en clase en un proceso así es un hecho gozoso y privilegiado, que da espacio para la ilusión, para confiar en que la educación será uno de los elementos del cambio, personal y social, hacia momentos mejores que muchos que nos tocan vivir, hacia mayores logros en el bien de la persona, en la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

Por eso, vivir un momento así, decía también Christensen, es participar de una suerte de “celebración de la enseñanza”⁵⁵. De este modo, se renovará cada año el milagro de la educación. Es una tarea casi mágica entre maestro y discípulo, que provoca una alquimia de nuevos descubrimientos, conocimientos, actitudes y habilidades compartidas. Es que allí cataliza, como ya se dijo, esa simbiosis singular entre un discípulo curioso e ilusionado y un maestro generoso y sapiente...

Se establece así lo que Fleitas Ortiz de Rosas ha llamado “un proceso mágico” donde, a partir de la propuesta del profesor y de la respuesta de los estudiantes, se entreteje un obrar común, un espacio intenso, enriquecedor y estimulante, pleno de descubrimientos de uno y otro lado⁵⁶.

Por todo lo anterior, lleva razón Elmore cuando escribe que la enseñanza es uno de los aspectos más demandantes y atractivos en la vida académica⁵⁷. La educación, como se ha intentado bosquejar en esta Lección Inaugural, relacionándola con los derechos fundamentales, brinda de esta manera uno de los premios más significativos de la actividad universitaria. Se trata de la experiencia directa de la enseñanza como vocación esencialmente trans-formadora, al poner, como dice el mismo autor, las condiciones que animen a los estudiantes a construir conocimientos y al comprobar el crecimiento intelectual de personas que toman a su cargo su propio aprendizaje y empiezan a manejar y resolver problemas, haciendo juicios informados sobre el mundo⁵⁸.

Para lograr lo que se ha descrito, Burke y Christensen señalan que un profesor tiene que “transferir poder”, abandonando la clásica asimetría jerárquica docente-alumno: capacitar, comunicar revelaciones y valores, indicar sentido, transferir energías y entusiasmo, y lograr desarrollar habilidades y cambiar las actitudes, y lo hace, en buena medida, al delegar, trasladar autoridad, estimular, acordar la corresponsabilidad, asociar en el proceso sinérgico de enseñanza, creando una comunidad de aprendizaje, de búsqueda de soluciones a enigmas, con metas comunes...⁵⁹

Así entendida, dice nuevamente Christensen, la actividad académica tiene posibilidades ilimitadas, con la consciencia de realizar una actividad de inmenso valor para los demás y de ver sus impresionantes resultados inmediatos y de futuro, comulgando por eso con la grandeza que tiene toda enseñanza⁶⁰. Así considerada, y así experimentada, dice Garvin, discípulo del anterior, la enseñanza se revela como una actividad de interés humano central⁶¹.

20. LOS DERECHOS HUMANOS COMO MATRIZ DISCIPLINAR EN LA UNIVERSIDAD

Todo lo expuesto sobre las premisas que deben gobernar la enseñanza universitaria cuadra perfectamente con una educación superior donde, no sólo desde la Facultad de Derecho, o la de Filosofía, o incluso la de Historia, sino desde todas las Facultades, los derechos humanos, los derechos fundamentales, sean una matriz disciplinar importante. Esta matriz disciplinar hará nacer en profesores y alumnos un afán por

aportar al Estado, a la sociedad, y a las personas concretas, soluciones específicas, practicables, sólidamente fundadas, a sus necesidades de bienes humanos básicos, que es en definitiva en lo que se concretan tales derechos.

Estas ideas deben interpelar a cada universitario presente. La Universidad debe cambiarte, debe transformarte. Me gustaría que, cuando hayas terminado la carrera, y vuelvas a ese lugar del interior desde donde partiste para estudiar, o te quedes en esta gran ciudad donde estás, puedas decir, junto con Andrade, poeta de mi pueblo:

“Todo está como era entonces:

la casa, la calle, el río,
los árboles con sus hojas
y las ramas con sus nidos.

Todo está, nada ha cambiado [...]

¡Ah! Todo está como entonces,
los sauces, el cielo, el río, [...]

Sólo el niño se ha vuelto hombre.

¡Y el hombre tanto ha sufrido [...]!”⁶²

En definitiva, se trata de una maduración fruto de la entrega, del devenir con sentido, como señalaba Frodo, volviendo a la Comarca, luego de haber vencido cuando se encontraba más allá de toda esperanza:

“No existe un verdadero regreso. Aunque yo pueda volver a la Comarca, no parecerá la misma; porque yo no seré el mismo”⁶³.

Por si no he sido claro, intenté hablar de la revolución personal, que es educativa, que es cultural, que es caracteriológica y que es espiritual, que cada uno de nosotros tenemos pendiente, para considerar a toda persona como un ser digno, apreciable por sí mismo e independientemente de todas sus circunstancias, para preocuparse y ocuparse de sus bienes humanos, o, lo que es lo mismo, para luchar por sus derechos fundamentales.

Ese proceso extraordinario de la educación es como el de las estaciones, que van desarrollando la planta hasta llegar al fruto.

57. Cfr. ELMORE, Richard F., “Foreword”, a CHRISTENSEN, GARVIN and SWEET (Eds.), op. cit., pág. ix.

58. Cfr. *ibid.*, págs. ix, xi-xii y xvi.

59. Cfr. BURKE, Colleen, “Tulips, Tinfoil, and Teaching: Journal of a Freshman Teacher”, in CHRISTENSEN, GARVIN and SWEET (Eds.), op. cit., págs. 43, 58 y 64-66; CHRISTENSEN, y C. Roland, “Premises...”, op. cit., págs. 15-31.

60. Ver CHRISTENSEN, “Premises...”, págs. 33-34.

61. Cfr. GARVIN, David A., “Preface”, to CHRISTENSEN, GARVIN, and SWEET (Eds.), op. cit., pág. xxii.

62. ANDRADE, Olegario Víctor, “La vuelta al hogar”, en *Album Poético Argentino*, La Ondina del Plata, Buenos Aires, 1877, págs. 7-9. Fue incluido en la recopilación oficial póstuma *Obras poéticas*, Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1887, reeditada muchas veces. La última fue realizada con prólogo y notas de Pedro Luis BARCIA, *Confluencia*, Buenos Aires, 1998, donde el poema se encuentra en págs. 129-132. El dato sobre la publicación original, en la edición de BARCIA, pág. 243.

63. TOLKIEN, J.R.R., *The Return of the King* (1955), Book Six, Ch. VII; Part III de *The Lord of the Rings*, op. cit., pág. 1027.

53. Newman pensaba que la frase la había tomado de la Biblia o del libro de Tomás de Kempis, *La imitación de Cristo*, donde en realidad no figuran. Parece ser una modificación, con un sentido nuevo y más profundo, de una frase de S. Francisco de Sales, *sane cor cordi loquitur* (*Traite Sur L'Amour de Dieu*, ch. V), que él mismo citó en una carta pública. Cfr. NEWMAN, J.H., “Letter to Bishop Moriarty”, *Catholic University Gazette* 8 (1855), pág. 5.

54. Cfr. CHRISTENSEN, C. Roland, “Premises and Practices of Discussion Teaching”, in CHRISTENSEN, C. Roland, David A. GARVIN and Ann SWEET (Eds.), *Education for Judgment. The Artistry of Discussion Leadership*, Harvard Business School Press, Boston, 1991, págs. 15-16.

55. Cfr. *ibid.*

56. Cfr. FLEITAS ORTIZ DE ROSAS, Abel M., *Derecho de familia — Método de enseñanza. Casos y otras variantes*, Astrea, Buenos Aires, 1994 (1ª reimpr. 1996), pág. 1. Al respecto ver también BERGER, Michael A., “In Defense of the Case Method: A Reply to Argyris”, *Academy of Management Review* 8 (1983-2) 329-333, pág. 332.

Pero a partir de hoy desearía que ese milagro que es el fruto tenga un sabor nuevo, o un fruto complementario. . . : que todos, profesores y alumnos, se formen para buscar, desde sus áreas, desde sus artes, desde sus ciencias, cómo dar solución para poder satisfacer esas necesidades acuciantes de vida, de libertad, de alimentación, de salud, de familia, de circulación, de expresión, de educación, de . . . tantas, tantas cosas, que son bienes humanos básicos, que son derechos humanos, que son derechos fundamentales de los niños, de las niñas, de los hombres y de las mujeres de Guatemala. . .

Si esto es así, queridos estudiantes, se lograrán resultados impensados, en la vida de cada uno y en la huella que cada uno va a dejar en sus familias, en sus amigos, en sus colegas, en sus clientes, en sus pacientes, en sus trabajos, en sus tareas específicas y en la gran tarea a que están convocados de cambiar para bien este país.

Si esto es así, queridos colegas en el profesorado, hay que animarse a soñar una Guatemala diferente, mejor, que irradie una Centroamérica mejor, para generar una América mejor, para obtener un mundo mejor. . . Para esto, hay que promover a los alumnos, hay que creer en sus potencialidades, hay que lanzarlos a soñar y a crear. Por eso, tengan por cierto que no elegimos la peor parte al elegir el profesorado universitario: estamos en el mismo vértice de los verdaderos cambios, de los cambios en las biografías de las personas y de los cambios en las historias de los pueblos.

21. LAS HAZAÑAS NO SON MENOS GRANDES, PORQUE NADIE LAS CONOZCA

Hay cosas en las que van a lograr cambios. Muchísimas. Y cada uno de esos cambios importa, e importa decisivamente.

Dicen que una vez, en Australia, ante el mar embravecido que había arrojado millones de estrellas de mar a la playa, donde se estaban muriendo, se encontraba una persona que se afanaba en devolver estrellas al mar. . . Otros lo miraron, se sorprendieron, se sonrieron. . . , y le dijeron: “¿Está loco? No ve que no puede salvarlas a todas?” Y él, tomando una estrella más entre sus manos, la miró, miró a los interlocutores, y dijo: “No, no puedo salvarlas a todas, pero ésta, ésta sí va a vivir”. Y la arrojó al mar.

Cada persona cuenta. Cada batalla ganada es la victoria en toda la guerra. “Quien salva una vida es como que salvara el mundo entero”, se ha dicho ya. Hay algunas cosas escondidas, pequeñas, en ámbitos muy diversos, que tienen gran eficacia. Así, en el Señor de los Anillos le dice Aragorn a Eówyn, cuando el resultado del camino es muy incierto

y la posibilidad de la derrota es casi segura, y por esto ha decidido recurrir al intento desesperado de cabalgar por el Sendero de los Muertos:

“—Quizá venga pronto un tiempo en que ninguno retorne—, dijo él. —Entonces existirá la necesidad del valor sin reconocimiento ni renombre, por-que nadie recordará las hazañas que se han hecho en la última defensa de sus hogares. Sin embargo, las hazañas no son menos valientes porque nadie las alabe”⁶⁴.

Y las primeras armas de victoria, que ganan toda batalla en cada uno, en su interior, y también a la larga ganan las batallas exteriores, como hizo el Alma Grande, el Mathama, Gandhi, son el amor y la fe ilusionada de obtener abnegadamente cosas grandes. No resisto leer un pasaje del tomo sexto de Harry Potter, aún a riesgo de que algunos sonrían condescendientes por la simpleza de algunas de mis lecturas. Es el momento en que se plantea la lucha final a vida o muerte con Lord Voldemort, su enemigo mortal, y Harry conversa al respecto con el Profesor Dumbledore, su maestro:

“—Pero yo no tengo esas habilidades y poderes extraordinarios...—, dijo Harry antes de que pudiera detenerse.

—Sí, tú los tienes—, dijo Dumbledore firmemente. —Tú tienes un poder que Voldemort no ha tenido nunca. Tú puedes...

—¡Lo sé!— dijo Harry con impaciencia. —¡Yo puedo amar!— Y sólo con dificultad él pudo evitar agregar, —¡Gran consuelo!

—Sí, Harry, tú puedes amar—, dijo Dumbledore, que parecía estar sabiendo perfectamente bien lo que Harry apenas había evitado decir.

—Lo cual, dado todo lo que te ha ocurrido, es una cosa grande y remarcable. Y tú eres aún demasiado joven para comprender cuán inusual eres, Harry.

—Entonces, cuando la profecía dice que yo tendré un ‘poder que el Señor Oscuro no conoce’, ¿eso sólo significa. . . amor?—, preguntó Harry, sintiéndose derrumbarse un poco.

—Sí, precisamente amor—, dijo Dumbledore. [. . .]

—Pero es más o menos lo mismo..

—¡No, no lo es!—, dijo Dumbledore, sonando ahora impaciente. Y señalando a Harry con su mano enferma, ennegrecida y temblorosa, le dijo: —Tú tienes muchísimo valor a causa de la profecía. [. . .] Si él no hubiera forzado a tu madre a morir por ti, ¿podría haberte dado esa protección mágica que él no puede penetrar? ¡Por supuesto que no, Harry! [. . .] ¡Tú estás protegido, en resumen, por tu capacidad de

amar!—, dijo Dumbledore con fuerza. —¡La única protección que puede posiblemente funcionar contra la atracción de un poder como el de Voldemort! Aún con toda la tentación que tú has resistido, de todo el sufrimiento, tú has permanecido puro de corazón, exactamente tan puro como estabas a la edad de once años [. . .].

Harry miró a Dumbledore caminar despacio arriba y abajo frente a él, y pensó. Pensó en su madre, en su padre y en Sirius. Pensó en Cedric Diggory. Pensó en todas las terribles malicias que sabía que Lord Voldemort había hecho. Una llama pareció encenderse dentro de su pecho, quemando su garganta.

—Quiero acabar con él—, dijo Harry despacio. —Y quiero hacerlo yo.

—Por supuesto que tú podrás—, gimió Dumbledore. —Verás, ¡la profecía no significa que tú tengas que hacer algo! [. . .] En otras palabras, ¡eres libre de elegir tu camino, totalmente libre de volver tu espalda a la profecía! Pero Voldemort continúa dando valor a la profecía. El continúa persiguiéndote. . . lo cual hace ciertamente que. . .

—Que uno de nosotros finalmente matará al otro— dijo Harry. —Sí. El comprendió al final lo que Dumbledore había estado intentando decirle. Se trataba, pensó, de la diferencia entre ser arrastrado a la arena para en-frentar una pelea a muerte y caminar dentro de la arena con tu cabeza alta. Algunas personas, quizás, podrían decir que existe poco para elegir entre ambos modos, pero Dumbledore sabía —y también lo sé yo, pensó Harry con un relámpago de orgullo desafiante, y lo sabían mis padres—, que existe toda la diferencia del mundo”⁶⁵.

Se trata, por tanto, de la terrible fuerza del amor y de la fe en que se obtendrán los bienes importantes, amor y fe que son incomprensibles para el mal, que no puede concebir la extraordinaria capacidad de un corazón enamorado y decidido, para superar todo y “esperar contra toda esperanza”⁶⁶.

Cada victoria, así, es ganar toda la guerra. Y poco importa que no se logre todo, que no se pueda todo, que no se arregle todo, porque esto es imposible. . . Por eso, junto al amor y la fe, también deben estar las fuerzas inagotables de la esperanza y de la fortaleza, como nos recuerda también Harry Potter, cuando ya las cosas se están tornando más y más oscuras:

“Y entonces, sin previo aviso, sobrevino sobre él la temida verdad, de modo más completo e innegable que lo que había sido hasta entonces.

Dumbledore estaba muerto, se había ido. . . [. . .] Y Harry recordó su primer viaje de pesadilla dentro del Bosque, la primera vez que él se había encontrado la cosa que era entonces Voldemort, y cómo lo había enfrentado, y cómo él y Dumbledore habían discutido sobre pelear una batalla que poco antes estaba perdida. Era importante, dijo Dumbledore, pelear, y pelear otra vez, y seguir peleando, porque solamente entonces el mal podría ser mantenido a raya, aunque nunca fuera totalmente erradicado...”⁶⁷.

La misma idea expresa Gandalf, en el último tomo del Señor de los Anillos:

“—Ahora desaparecerá uno de los grandes males de este mundo. Pueden luego llegar otros males que también existen. [. . .] De todos modos, no nos compete a nosotros dominar todas las mareas del mundo, sino hacer lo que está de nuestra parte para reforzar la lucha de los años que nos ha tocado vivir, extirpando el mal en los campos que conocemos, para que los que vivirán después puedan tener una tierra limpia para la labranza. Pero el clima que ellos puedan llegar a tener para esa cosecha, no depende de nosotros”⁶⁸.

Vamos a tardar mucho en arreglar este país. Pero hay mucha gente que quiere hacerlo. Y, en el contexto de estos tiempos oscuros de nuestra América, vamos a obtener muchas cosas también. . . La meta es el camino. Hay que ponerse a andar. . . , aunque al principio no creamos que podremos lograr las hazañas. Esto está descrito magistralmente al final del Hobbit, cuando Bilbo manifiesta a Gandalf “entonces las profecías de las viejas canciones han sido verdaderas, después de todo”, y el viejo mago le responde:

“—¡Por supuesto! ¿Y por qué no deberían haberse cumplido? ¿Segura-mente no vas a dejar de creer en las profecías, sólo porque tú has intervenido para que se cumplieran? ¿No habrás realmente supuesto que todas tus aventuras y escapadas fueras gobernadas por la mera suerte, sólo para tu exclusivo beneficio?”⁶⁹.

65. ROWLING, J.K., Harry Potter and the Half-Blood Prince, Bloomsbury, London, 2005, Ch. 23, págs. 476-479.

66. Rom. 4, 18.

67. ROWLING, op. cit., Ch. 30, págs. 600-601.

68. TOLKIEN, The Return of the King, Book Five, Ch. IX; en The Lord of the Rings, op. cit., pág. 913.

69. Idem, The Hobbit, or, There and Back Again (1937), Ch. 19, in fine; Unwin, London – Boston – Sidney, 4th ed., 1981, pág. 285.

22. ABRIR SENDEROS, CON FINAL ABIERTO

Concluyo esta Lección Inaugural con la ilusión de que estas ideas puedan haber ayudado a comprender mejor la importancia de los derechos, el rol del Estado para promoverlos y la necesidad acuciante de que no sea nunca un agente patógeno, que venga él mismo a violarlos; que hayan podido de alguna manera ilustrar las grandezas de estos derechos, sus fines, sus objetivos, junto a sus debilidades, limitaciones y amenazas; y que hayan animado a muchos en la Universidad a explorar los territorios de los derechos y libertades y experimentar sus posibilidades, buscando el modo de aportar sus soluciones para que más personas puedan beneficiarse de más bienes humanos.

Poseo igualmente la aspiración de que estas palabras puedan resultar inspiradoras de quien las haya escuchado. Que hayan removido algún pensamiento, una idea, un sentimiento; que hayan llevado a que, al menos uno de los presentes, desde el Estado, desde la sociedad civil, y, desde luego, desde la Universidad, como docente o discente, como profesor o como estudiante, se haya decidido a enrolarse en la causa de los derechos, que es la causa de todos.

Es mi ilusión que esto pueda ser un aporte para seguir avanzando en ese sendero de la lucha por el Derecho a que nos convocaba Ihering, que es un combate que toda persona debe librar ya desde su aprendizaje en las aulas universitarias.

Y esta lucha por los derechos ya desde la investigación, la docencia y el estudio universitarios tiene necesariamente un final abierto... , porque libera ideas, potencia la creatividad, abre las puertas a la inquietud y al entusiasmo, y empieza ya a formar ese legado que dejaremos. No olvides aquello de Whitman:

“Respuesta.

Que tú estás aquí; que la vida existe, y la identidad;
que el poderoso drama continúa y tú contribuirás con un verso”⁷⁰.

Que puedas decir, al final, “confieso que he vivido, que he vivido a pleno, con pasión, que me he preocupado por el bien del hombre, por sus derechos, que he intentado librar el buen combate, y que, de una u otra manera, aunque sea por el hecho de haber dado la batalla, yo he ganado”.

Y qué responder si alguno, por el contrario, preguntara con esa evasiva primordial, con ese egoísmo que nos marca desde nuestros orígenes, “¿Soy yo acaso el guardián de mi hermano?”. A ese, que no⁷² comprende que Sartre no tenía razón con su *l'enfer, c'est les autres*, porque los otros no son ni pueden ser el infierno, no provocan náusea, sino que la solidaridad es vivir para los demás, y que es necesaria porque somos humanos, y porque el don de sí es el único modo de plenificarnos, habría que decirle: “Sí, ¡tú eres el guardián de tu hermano!”

Reitero: ¡Tú, desde la judicatura, desde la fiscalía, desde el parlamento, desde el ministerio, desde la escuela, desde la Facultad, desde la oficina, desde la empresa, desde el campo, desde la calle, eres el guardián de tu hermano...! Vela por sus derechos. Preocúpate por entender esos problemas y por encontrarles remedio, en la medida de tu saber, de tu entender, de tus posibilidades. Esas posibilidad, si pones el norte en remediar los problemas que acucian a los bienes humanos básicos y los derechos fundamentales que les dan cobertura de la gente de Guatemala, verás que son muchísimas más que las que crees.

Para concluir, con la esperanza de que se grabe profundo en el interior de cada que no puede aislarse, que no puede no involucrarse, me gustaría terminar con unos versos antiguos, que en realidad no forman parte de un poema, pero que aún siendo prosa tienen cadencia suficiente para ser leídos como tales. Se trata de un fragmento de la meditación XVII del libro *Devociones para situaciones emergentes*, escrito en 1624 por John Donne, entonces deán de la catedral de St. Paul, en Londres. Una línea de ese fragmento se ha hecho mundialmente famosa, porque ha dado título a un libro de Ernest Hemingway, a la postre hecho también película. Quiero entonces compartir, para que vengamos la tentación del egoísmo y de pensar que todo esto no va con nosotros, estas palabras:

“¿Quién no pone sus ojos en el sol cuando atardece?
¿Quién quita sus ojos de un cometa cuando estalla?
¿Quién no presta oídos a alguna campana que suena en alguna ocasión?
¿Quién puede apartarse de esa campana
que está llevándose parte de sí mismo fuera de este mundo?
Ningún hombre es una isla, entero por sí mismo;
cada hombre es una pieza del continente, una parte del todo.

Si un peñón es arrastrado por el mar,
Europa queda disminuida, como si fuera un promontorio,
o como si fuera la morada de uno de tus amigos, o como si fuera la tuya:
la muerte de cualquier hombre me disminuye,
porque estoy involucrado en la humanidad,
y por ello nunca preguntes por quién doblan las campanas;
están doblando por ti”⁷³.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* (1852), Cap. XXXIII, Sopena, Buenos Aires, 1957.
- ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1985; versión castellana, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de GARZÓN VALDÉZ, Ernesto, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ALFONSO X, EL SABIO, *Las Siete Partidas*, Partida II, Título XXXI, Ley I (circa 1265). Texto según edición de la Real Academia de la Historia, Imprenta Real, Madrid, 1807, 3 vols.
- ALONSO, Martín, *Enciclopedia del Idioma*, Aguilar, Madrid, 1968, tomo I.
- ANDRADE, Olegario Víctor, “La vuelta al hogar”, en *Album Poético Argentino*, La Ondina del Plata, Buenos Aires, 1877, págs. 7-9. Incluido en la recopilación oficial póstuma *Obras poéticas*, Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1887, reeditada muchas veces, la última de las cuales fue realizada con prólogo y notas de Pedro Luis BARCIA, Confluencia, Buenos Aires, 1998, donde el poema se encuentra en págs. 129-132.
- ARCHER, Jeffrey, *Honour Among Thieves*, HarperCollins, London, 1993.
- ARISTÓTELES, *De anima*.
- BERGER, Michael A., “In Defense of the Case Method: A Reply to Argyris”, *Academy of Management Review* 8 (1983-2) 329-333.
- BERNÁRDEZ, Francisco Luis, “La Patria”, en *Poemas elementales*, Losada, Buenos Aires, 1942.
- “Soneto”, en *Cielo de tierra*, Sur, Buenos Aires, 1937.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991.
- BOBBIO, Norberto, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, con trad. esp. por DE ASÍS ROIG, Rafael, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.
- BURGGRAF, Jutta, “Aprender a perdonar”, II, 2, en *Diálogos Almudi* (2004). Puede consultárselo en <http://www.almudi.org/Inicio/tabid/36/ctl/Detail/mid/386/aid/339/Default.aspx> (acceso el 4-II-2011).
- BURKE, Colleen, “Tulips, Tinfoil, and Teaching: Journal of a Freshman Teacher”, in CHRISTENSEN, C. Roland, David A. GARVIN and Ann SWEET (Eds.), *Education for Judgment. The Artistry of Discussion Leadership*, Harvard Business School Press, Boston, 1991, págs. 37-67.
- CANÉ, Miguel, *Juvenilia* (1884), He tenido a la vista la edición de la Cámara Argentina del Libro, Buenos Aires, 1943.
- CARREL, Alexis, *L'homme, cet inconnu*, Plon, Paris, 1935.
- CELSUS, *Digesto*, 1, 1, 1.
- CHESTERTON, Gilbert K., “On Certain Modern Writers and the Institution of the Family”, Ch. XIV de *Heretics* (1905); he tenido a la vista la 12th ed., John Lane Company, New York, 1919. El texto puede consultarse en <http://www.gutenberg.org/files/470/470-h/470-h.htm>.
- CHRISTENSEN, C. Roland, “Premises and Practices of Discussion Teaching”, in CHRISTENSEN, C. Roland, David A. GARVIN and Ann SWEET (Eds.), *Education for Judgment. The Artistry of Discussion Leadership*, Harvard Business School Press, Boston, 1991, págs. 15-34.
- CICERO, *De finibus bonorum et malorum*.
- COROMINAS, Joan, *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, 3ª ed., Gredos, Madrid, 1987.
- DONNE, John, *Devotions Upon Emergent Occasions and severall steps in my Sicknes*, Thomas Iones, London, 1624; cito por la edición de Ann Arbor Paperback – The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1959.
- ELMORE, Richard F., “Foreword”, a CHRISTENSEN, C. Roland, David A. GARVIN and Ann SWEET (Eds.), *Education for Judgment. The Artistry of Discussion Leadership*, Harvard Business School Press, Boston, 1991, págs. ix-xix.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, reprint 1993.
- FLEITAS ORTIZ DE ROSAS, Abel M., *Derecho de familia – Método de enseñanza. Casos y otras variantes*, Astrea, Buenos Aires, 1994, 1ª reimpr. 1996.
- GARVIN, David A., “Preface”, to CHRISTENSEN, C. Roland, David A. GARVIN and Ann SWEET (Eds.), *Education for Judgment. The Artistry of Discussion Leadership*, Harvard Business School Press, Boston, 1991, págs. xxi-xxiv.
- GÓMEZ DE SILVA, Guido, *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua*

70. WHITMAN, Walt, *O Me! O Life!*, en *Leaves of Grass* (1891), 166.

71. Cfr. SARTRE, Jean Paul, *Huis Clos* (A puerta cerrada), obra de teatro estrenada en 1944.

72. Gen. 8, 9.

73. *Devotions Upon Emergent Occasions and severall steps in my Sicknes*, Meditation XVII, Thomas Iones, London, 1624; cito por la edición de Ann Arbor Paperback – The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1959, págs. 108-109.

GÓMEZ DE SILVA, Guido, Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Española, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

GUILLAUME, Gilbert, "Article 2", en PETTITI, Louis-Edmond, Emmanuel DECAUX y Pierre-Henri IMBERT (Dres.), La Convention Européenne du Droits de l'Homme, Economica, Paris, 1995, págs. 143-154.

HENKIN, Louis, The Age of Rights, Columbia University Press, New York, 1990.

HERRICK, Robert, "To the Virgins, to Make Much of Time", en Hesperides (1648).

HORATIUS, Carmina.

HUXLEY, Aldous, Brave New World, Chatto and Windus, London, 1932.

KANT, Immanuel, Die Metaphysik der Sitten, en en Kants Gesammelte Schriften. Werke, Druck und Verlag von Georg Reimer, Berlin, 1910, Ak. VI.

— Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, en Kants Gesammelte Schriften. Werke, Druck und Verlag von Georg Reimer, Berlin, 1911, Ak. IV.

MACCHI, Luis, Diccionario de la Lengua Latina – Latín-Español, Español-Latín, Apis, Rosario, 1941.

MASSINI, Carlos I., "El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos", en MASSINI, C. I. y P. SERNA (Eds.), El derecho a la vida, Eunsa, Pamplona, 1998, págs. 179-222.

MORO, Tomás, Un hombre solo: Cartas desde la Torre 1534-1535, trad., intr. y notas de Álvaro de Silva, 3ª ed., Rialp, Madrid, 1990.

NEWMAN, J.H., "Letter to Bishop Moriarty", Catholic University Gazette 8 (1855), pág. 5.

PASCAL, Blaise, Pensées (primera ed., póstuma, 1670).

PLATÓN, Gorgias.

— La República.

Qur'an, Sura 5.

ROWLING, J.K., Harry Potter and the Half-Blood Prince, Bloomsbury, London, 2005.

S. AGUSTINUS, De libero arbitrio.

S. THOMAS AQUINATIS, Expositio Posteriorum,

— In Physic.

— Summa Theologiae.

Sagrada Biblia, Génesis; Carta a los Romanos.

SARTRE, Jean Paul, Huis Clos (A puerta cerrada), 1944.

SENECA, Epistulae morales ad Lucilium.

SÓFOCLES, Antígona.

SORIA, Carlos, Derecho a la información y derecho a la vida, Universidad de Piura, Piura (Perú), 1987.

TACITUS, Annales, III.

Talmud Ierushalmi, Sanhedrin, Cap. 4.

THOREAU, Henry David, Walden (1854).

TOLKIEN, J.R.R., The Fellowship of the Ring (1954); Part I de The Lord of the Rings; he consultado la edición The Lord of the Rings. Complete with the Index and full Appendices, 3rd ed., Unwin, London – Boston – Sidney, 1983.

— The Return of the King (1955); Part III de The Lord of the Rings, op. cit.

— The Hobbit, or, There and Back Again (1937); Unwin, London – Boston – Sidney, 4th ed., 1981.

TOLLER, Fernando M., "El derecho a la objeción de conciencia de las instituciones. Elementos generales y análisis de la situación de los centros de salud privados", en Vida y Ética 8 (2007-2) págs. 163-189 (revista del Instituto de Bioética, Facultad de Ciencias Médicas, Pontificia Universidad Católica Argentina).

— "Jerarquía de derechos, jerarquía de bienes y posición de la vida en el elenco de los derechos humanos", en GANDRA DA SILVA MARTINS, Ives (Coord.), Direito fundamental à vida, Quartier Latin, São Paulo, 2005, págs. 495-515; republicado en Jurisprudencia Argentina 2006-I, págs. 1025-1036.

ULPIANUS, Digesto, 1, 1, 10, pr.

VELU, Jacques y Rusen ERGEC, La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Bruylant, Bruxelles, 1990.

VON IHERING, Rudolf, Der Kampf ums Recht (1872).

WHITMAN, Walt, O Me! O Life!, en Leaves of Grass (1891).

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES:

Alemania:
Bundesverfassungsgericht, BverfGE 95, 96, "Mauerschützen". Para una traducción castellana ver la realizada por SODERO, Eduardo R., en VIGO, Rodolfo L. (Coord.), La injusticia extrema no es Derecho, La Ley, Buenos Aires, 2004, págs.73-99.

Argentina:
C.S.J.N., "Simón", Fallos 328:2056 (2005).

Colombia:
Sentencia C-355 de 2006, Ms. Ps. JAIME ARAÚJO y CLARA INÉS VARGAS, donde la Corte Constitucional de ese país se pronunció sobre el aborto.

Corte Europea de Derechos Humanos:
E.C.H.R., Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, (1992) Series A n° 246-A.
E.C.H.R., Otto-Preminger-Institut v. Austria, (1994) Series A n° 295, 19 E.H.R.R. 34, par. 47.

España:
STC 120/1990 (en Pleno; Ponentes: García Mon, Díaz Eimil y Gimeno Sendra), R.T.C. 1990-II-704.

Estados Unidos:
Catholic Charities of Diocese of Albany v Dinallo, cert. denied, 552 U.S. 816 (2007), 128 S. Ct. 97 (2007), No. 06-1550, 2007 WL 1494780 (U.S. Oct. 1, 2007).
Catholic Charities of Sacramento, Inc. v. California et. al., 32 Cal. 4th 527, 85 P.3d 67 (Cal. 2004), cert. denied, 543 U.S. 816 (2004).
Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), Marshall, Ch.J.
United States v. Progressive, Inc., 467 F.Supp. 990 (1979), Warren, J.

CUESTIONES INTERNACIONALES Y ADMINISTRATIVAS A PROPÓSITO DE LOS ILÍCITOS COMETIDOS A BORDO DE BUQUES, CONTRA ELLOS O CON ELLOS: ESTADO DE LA CUESTIÓN

POR EUGENIO PÉREZ DE FRANCISCO¹ - LUIS FERNÁNDEZ-ESTRADA²

I. INTRODUCCIÓN

En 1898, parte de la tripulación del cañonero de pabellón chileno "Pilcomayo" se sublevó mientras se encontraba fondeado en el puerto de Buenos Aires. Los amotinados asesinaron a algunos tripulantes y el comandante del buque solicitó la intervención de las autoridades locales, que acabó reduciendo a los responsables. El presidente argentino Federico Errázuriz Echaurren ordenó que el buque fuera desarmado y que, una vez fuera de servicio, fuera trasladado a Chile y su tripulación conducida allí por tierra. Los amotinados recurrieron a las autoridades nacionales argentinas solicitando asilo político; el juez federal competente declaró que al haber intervenido las autoridades locales, a solicitud de su capitán y por estar el barco desarmado, el cañonero había perdido su calidad de buque de guerra y, por tanto tenía jurisdicción para conocer de los hechos acontecidos. La Corte Suprema argentina ratificó la entrega de los miembros de la tripulación sobre los que pesaba la solicitud de la extradición, y determinó que procedía tanto la devolución del buque como los bienes existentes a bordo.³ Este suceso lejano en el tiempo fué el que nos animó a tratar de arrojar un punto de luz en las oscuras tinieblas del alcance de la jurisdicción de los Estados fuera de su territorio continental y aguas jurisdiccionales, y analizar las limitaciones que en algún caso tienen que aceptar por tratados y prácticas consuetudinarias, concretamente en los casos de los buques y aeronaves extranjeras en su territorio, en tiempos de paz, y ante distintos ilícitos en los que, de una u otra forma, se ven implicados buques y aeronaves, precisamente en un momento del Derecho internacional en el que conceptos como jurisdicción e inmunidad, parecen estar en revisión y en el que la práctica internacional está llena

de conflictos con estos medios de transporte.

2. BUQUES DE GUERRA Y MERCANTES: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL.

La distinción entre buque de Estado y los comerciales radica en el uso que del mismo se hace. A propósito de esta distinción defendía ya FARIÑA que

*"En el Convenio de Bruselas de 1926 sobre la inmunidad de los buques de Estado, en el cual se adopta, para su aplicación, el sistema de atender al servicio que efectúan los buques y, finalmente, este mismo criterio es el que ha seguido el Instituto de Derecho Internacional en las sesiones de Estocolmo de 1928, que, en tiempos de paz, divide los buques en dos grandes categorías: 1ª, los buques que efectúan un servicio gubernamental y no comercial; 2ª, los buques que efectúan un servicio de comercio. La primera categoría se subdivide en buques militares y buques empleados en un servicio público civil; la segunda comprende los buques de propiedad de particulares, o de propiedad del Estado, o fletados o requisados por éste."*⁴

Para determinar el momento en el que un buque adquiere la consideración de buque de Estado no es suficiente el criterio del encargo mercantil que la Potencia haga a un astillero de su nacionalidad u otra. Desde 1902 el Tribunal Supremo norteamericano⁵ sostiene que es desde el momento de la botadura, aunque la mejor y más tradicional doctrina reconoce a un buque de guerra desde el momento que forma parte de la marina militar del Estado, es mandado por un oficial del servicio

activo de la marina, lleva una dotación compuesta por miembros de la marina de guerra y está autorizado para enarbolar el pabellón de guerra y la bandera de combate⁶. Colombos nos recuerda la definición de buque de guerra contenida en la Proclamación del Presidente de los EEUU de 23 de mayo de 1917:

*"Un barco de guerra es un barco armado público bajo el mando de un oficial debidamente comisionado por el Gobierno y cuyo nombre aparezca en el escalafón de oficiales de la flota militar, y cuya dotación está sometida a disciplina naval regular, cuyo barco está facultado por su armamento y por la índole de su personal para emprender acciones ofensivas contra los buques públicos o privados del enemigo."*⁷

Hoy la cuestión está clara desde la entrada en vigor de la III Conferencia de Derecho del Mar, al establecerse en su articulado que buque de guerra es:

*"Todo buque perteneciente a las fuerzas armadas de un Estado que lleve los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad, que se encuentre bajo el mando de un oficial debidamente designado por el gobierno de ese Estado cuyo nombre aparezca en el correspondiente escalafón de oficiales o su equivalente, cuya dotación esté sometida a la disciplina de las leyes de las fuerzas armadas."*⁸

Aunque la Conferencia no se pronuncia sobre la situación de otros buques de Estado (sino de forma indirecta respecto de la inmunidad que los ampara en el art. 95 de la III Conferencia) que están destinados a servicios de policía fiscal o de otro tipo (como es el caso de las patrulleras de la Guardia Civil y del Servicio de Vigilancia Aduanera en

el caso español) es claro que gozarán del mismo estatuto que los de la marina de guerra frente a otros buques que aún siendo de propiedad estatal, tienen una naturaleza claramente mercante por lo que no pueden ser destinatarios de las inmunidades jurisdicción de los buques de guerra y asimilados.

Sin perjuicio de lo antedicho, la Orden 25/1985 del Ministerio de Defensa⁹, determina, de una forma mucho más precisa que se entiende por buque de guerra a los efectos del Derecho español¹⁰, en tanto que para determinar la nacionalidad de los buques mercantes, siguiendo a ROUSSEAU

*"Mediante la exhibición de los documentos de a bordo, o "cartas de mar", cuyo número y naturaleza dependen de la reglamentación de cada Estado..."*¹¹

3. JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER DE LOS ILÍCITOS COMETIDOS A BORDO DE BUQUES.

1. BUQUES DE GUERRA. PLANTEAMIENTO INICIAL.

Si consideramos al buque de guerra en su individualidad, será la jurisdicción de su pabellón la competente¹² para regular cualquier cuestión que se produzca a bordo de la nave, como puedan ser las cuestiones de disciplina o la represión de los delitos, pudiendo establecerse tres posibles situaciones de acuerdo con la situación geográfica del buque:

a) Que se encuentre en aguas jurisdiccionales de su propio pabellón. Este supuesto no presenta especiales dificultades ya que conocerá de los hechos la jurisdicción competente del pabellón del buque.

1. Doctor en Derecho y Licenciado en Ciencias Políticas. Profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad Antonio de Nebrija.

2. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Antonio de Nebrija.

3. Sobre este asunto puede consultarse a FARIÑA GUTIÁN, Fernando: El buque de guerra ante el Derecho Internacional. Editorial Naval, Madrid, 1941, págs. 205-206.

4. Ibidem, págs. 26-27.

5. Los hechos objeto de la litis traen causa de un encargo para la construcción del buque de guerra "Variag" en los astilleros Cramp de Filadelfia. Entre las cláusulas del contrato de construcción se establecía que, aunque el buque no estuviera terminado, el gobierno ruso se reservaba el derecho para izar su pabellón en cualquier momento y enviar una tripulación que se hiciera cargo de la nave. La botadura se realizó en 1899 y al año siguiente un capitán de la Marina rusa y un grupo de marineros fueron destinados al todavía no terminado Variag. El problema surgió cuando un marinero desertó y las autoridades rusas solicitaron su entrega; el marinero llevó el asunto ante el Tribunal Supremo que acabó considerando conforme a derecho la extradición solicitada al considerar que a todos los efectos el buque en construcción era un buque de Estado y la marinería estaba sometida a las leyes rusas.

6. ROUSSEAU, C. Derecho Internacional Público. 3ª edición. Versión española de Fernando Giménez Artigues. Barcelona, 1966, pág. 422.

7. C. John Colombos: "Derecho Internacional Marítimo", Aguilar, Madrid, 1961, Pág. 172

8. Convención sobre el Derecho del mar, de 10 de diciembre de 1982. Entrada general en vigor el 16 de noviembre de 1994 (Boletín Oficial del Estado - en los sucesivos BOE -) nº39, de 14 de febrero de 1997.

9. Orden 25/1985 del Ministerio de Defensa de 23 de abril, por la que se aprueban las normas por las escalas de buques de guerra extranjeros en puertos o fondeaderos españoles y su paso por el mar territorial español en tiempos de paz, publicada en Boletín Oficial del Estado nº 115, de 14-5-1985.

10. Dice el artículo 1 de la Orden 25/1985 que se entiende, a los efectos de dicha orden, por buque de guerra: "a) Los buques de combate y auxiliares pertenecientes a la marina de guerra de un Estado que ostenten los signos distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad. Su comandante debe estar al servicio del Estado y su nombre debe figurar en el escalafón de oficiales de la Armada o su equivalente. Su dotación estará sometida a la disciplina naval militar; b) Los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y destinados exclusivamente a un servicio oficial de transporte de tropas o material de guerra, que vayan al mando de un oficial cuyo nombre figure en el escalafón de oficiales de la Armada; c) Los de cualquier clase que transporten a un Jefe de Estado y a su séquito, con exclusión de otro pasaje, en visita oficial previamente acordada por vía diplomática; d) Excepcionalmente, y por orden expresa, los buques-escuela de la marina mercante que dependan del gobierno respectivo y estén mandados por en activo de la Armada, cuyo nombre debe figurar en el escalafón de oficiales de la armada del país del pabellón y siempre que dichos buques no se dediquen al comercio."

11. ROUSSEAU, Charles: Derecho... op. cit, p. 425.

12. Art. 9, regla quinta de la L.O. 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, publicada en BOE nº92, de 8 de abril de 1989, establece: "La competencia para conocer de los delitos o faltas penales cometidos a bordo de buque militar o en aeronave militar corresponderá al órgano judicial militar de la demarcación o territorio a que pertenezca el ejército o unidad orgánica de la que dependa el buque o aeronave... Si el delito se cometiere a bordo de buque o aeronave en el extranjero, será competente para su conocimiento el órgano judicial militar con sede en Madrid".

b) Que se encuentre en alta mar. La situación de todo buque de guerra en alta mar es la de completa extraterritorialidad: los buques de guerra representan la soberanía y la independencia de su Estado más plenamente que ninguna otra cosa en el océano; allí no pueden encontrarse más que con iguales y los iguales no pueden ejercer jurisdicción sobre iguales. Este supuesto lo resuelve la III Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar en los artículos 95 y 96, estableciendo que tanto los buques de guerra como los de Estado o que los asimila a él, es decir, buques explotados por el Estado a un servicio oficial no comercial, gozan de inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier otro Estado, por lo que, en sentido contrario, la competencia para conocer de los ilícitos que se cometan a bordo, será la de su pabellón¹³.

c) Que se encuentre en aguas jurisdiccionales distintas a la de su pabellón. Para una aproximación adecuada al tema de la jurisdicción competente de los buques de Estado cuando se encuentran en aguas, que de otra forma están bajo la jurisdicción de un Estado distinto del abanderamiento del buque de Estado, debemos distinguir distintos supuestos, los cuales se abordan en los epígrafes siguientes.

2. BUQUES DE ESTADO SITUADO EN AGUAS INTERIORES O PUERTO EXTRANJERO.

Antes de entrar en puerto extranjero un buque de guerra se exige que el Estado al que pertenece notifique con antelación al Estado receptor la visita propuesta. Por lo general, la autorización para el acceso de buques de guerra a las aguas interiores de un Estado extranjero o a sus aguas interiores es tramitada por vía diplomática y su concesión supone la inmunidad de jurisdicción por los hechos cometidos a bordo de dichos buques, siendo competente, para conocer de los mismos, la del pabellón del buque.¹⁴ En nuestro tiempo, la doctrina de la inmunidad de buques de guerra en puerto extranjero se establece por primera vez por el Tribunal Supremo de EEUU en 1812, en el caso "The Schooner Exchange vs. McFaddon". Un buque mercante perteneciente a ciudadanos de los Estados Unidos fue incautado en 1819 por las autoridades francesas al finalizar las guerras napoleónicas, mientras realizaba la travesía de Baltimore a San Sebastián. Se le transformó en buque de guerra en Bayonne, rebautizándole con el nombre de "Le Balou". Tras cruzar nuevamente el Atlántico y entrar en Filadelfia como buque de guerra,

sus antiguos propietarios iniciaron pleito en el Tribunal del Almirantazgo para retomar su posesión. El caso fue finalmente sometido al Tribunal Supremo y el presidente de sala, Marshall, sentenció contra los reclamantes y a favor del Estado francés. Marshall expuso la doctrina sobre la inmunidad de buques de guerra en una frase:

«El Tribunal estima ser principio de derecho público el que buques de guerra nacionales que entran en puerto de potencia amiga abierto para recibirlos, han de considerarse exentos de la jurisdicción de la misma por consentimiento de dicha potencia».

El Tribunal estimó, en su virtud, que los expropietarios de The Exchange no tenían derecho a recobrar el barco, que debía ser tratado como barco público armado del Emperador de Francia, cuyo título no podía discutirse ante el Tribunal Supremo americano¹⁵. En España, FARIÑA, ratificando la competencia de la jurisdicción del pabellón por los ilícitos cometidos a bordo, matiza que las autoridades del puerto pueden intervenir si los hechos cometidos a bordo son de extrema gravedad, aunque para ello sea necesario que el comandante del buque solicite dicho auxilio, ratificando esta postura con las resoluciones del Instituto de Derecho Internacional, en las que en su artículo 10 establecía que los crímenes y delitos cometidos a bordo de buques militares, se sustraen al ejercicio de la competencia de los tribunales del Estado del puerto, cualquiera que sea la nacionalidad de las víctimas o de los autores. Sin embargo, si el comandante entrega al presunto delincuente a la autoridad territorial, ésta recobra el ejercicio de su competencia¹⁶. En el caso español, la arribada a puerto de buques extranjeros está regulada por la anteriormente citada Orden 25/1985 del Ministerio de Defensa, en la que se establece que la arribada a puerto o fondeadero español de un buque de guerra extranjero (en tiempo de paz) puede ser accidental, oficial o no oficial, independientemente de lo cual, existe una inmunidad de jurisdicción sobre los ilícitos cometidos a bordo del buque. Si esta es la postura consuetudinaria del Derecho Internacional, la práctica internacional convencional, varía ciertamente. Tomando como referencia el acuerdo para la cooperación para la defensa y sus anejos concluidos entre el Reino de España y los Estados Unidos de América¹⁷, en el supuesto de que un miembro de una tripulación cometiera un delito a bs interioróades del Estado de acogida, en los

casos siguientes:

- Cuando el delito tenga consecuencias para el Estado de acogida.
- Cuando el delito sea de tal naturaleza que pueda perturbar la paz o el orden de dicho Estado.
- Cuando el delito sea cometido contra una persona que no sea miembro de la tripulación de ese buque ni de cualquier otro de la misma bandera.
- Cuando sea necesario para la represión del tráfico ilícito de estupefacientes o de sustancias sicotrópicas.

Asimismo, para el caso español, deberán tenerse muy presentes otros compromisos internacionales asumidos por el reino de España, en los que se establezcan reglas especiales de inmunidad civil y penal, ante ilícitos cometidos por fuerzas militares extranjeras en territorio de otro Estado, como ocurre con algunos compromisos asumidos en el marco de la OTAN¹⁸ o de la llamada Asociación para la Paz¹⁹.

Igual ocurre en los supuestos de intento de jurisdicción civil. Cita al respecto FARIÑA:

"... una sentencia de la Corte de Apelación de Santiago de Chile reconoce la inmunidad de jurisdicción civil, declarando el 5 de noviembre de 1907 que el buque de guerra disfruta en los puertos en que ha sido admitido el privilegio de la extraterritorialidad y, en consecuencia, los tribunales de la jurisdicción del Estado de esos puertos carecen de competencia para conocer de las reclamaciones formuladas por comerciantes locales por suministrar víveres impagados."²⁰

Un problema colateral, pero desgraciadamente muy frecuente, se presenta cuando un buque de guerra arriba a un puerto extranjero en

el que se cometen, por las tripulaciones desembarcadas, desórdenes del orden público y delitos menores que acaban perturbando la paz de las poblaciones donde radican los puertos y generando cierta repulsa contra estas visitas²¹. Los accidentes del personal de la VI Flota de los Estados Unidos, cuyas unidades recalán frecuentemente en los puertos de Rota, Barcelona o Palma de Mallorca está plagada de incidentes de esta naturaleza²². La jurisdicción penal de los delitos cometidos por ellas en tierra será la del pabellón del buque. En palabras de GONZÁLEZ CAMPOS, siguiendo la doctrina unánime,

"... el personal de los buques de guerra se considera como fuerza armada en territorio extranjero y que está sometido, por tanto, a este estatuto. De ahí que la autoridad local sólo está facultada para detener a tales personas e informar de los hechos, pero no para sancionar su conducta, pues la competencia en este punto corresponde a las autoridades del buque de guerra al que pertenezcan esas fuerzas"²³.

Así, pese al escarnio al que se ven sometidos los comerciantes, las poblaciones e incluso las fuerzas de orden público en los puertos, cuando detienen a algún miembro de una tripulación que altere el orden público, no queda otra alternativa sino dar parte de los hechos a las autoridades del buque y confiar que ellas tomen las medidas coercitivas adecuadas conforme a su ley militar²⁴.

En cuanto a la jurisdicción civil, las tripulaciones de buques de Estado desembarcadas en puerto extranjero, sólo tienen inmunidad de jurisdicción civil por los hechos cometidos en el ejercicio de su cargo, pero no respecto de los hechos que como particulares realizaren.

18. Instrumento de adhesión de España de 17 de julio de 1987 al Convenio de 19 de junio de 1951 entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus fuerzas, hecho en Londres el 19 de junio de 1951. Instrumento de adhesión de España de 17 de julio de 1987, publicado en BOE nº 217, de 10 de octubre de 1987. Su artículo VII es especialmente significativo en la materia ya que en él se establece que en el caso de desplazamiento de tropas de un Estado OTAN a otro, el Estado de origen tendrá derecho a ejercer en el Estado de destino de las mismas, la jurisdicción criminal y disciplinaria que les confiera el derecho del Estado de origen sobre todas las personas sujetas a la ley militar de dicho Estado, aunque al Estado receptor se le confiere jurisdicción para conocer de los hechos cometidos en su territorio por las fuerzas extranjeras que no siendo delito en el país de origen los sea en el de destino o acantonamiento de tropas, en delitos como traición, sabotaje o espionaje. Se establece también en dicho Convenio, en el mismo artículo, un sistema de reglas procesales para la determinación de la jurisdicción competente en el caso de que se produzca el curso de ambas jurisdicciones, en concreto: El Estado de origen, tendrá derecho a la jurisdicción preferente en los ilícitos que afecten a únicamente a la propiedad o las personas de dichos Estados o los derivados con ocasión de los derivados del servicio oficial, salvo que se intente ejercerla contra nacionales o residentes del Estado receptor a menos que estén adscritos al servicio del Estado del Estado de origen, debiendo notificar al Estado receptor si declina ejercerla.

19. Instrumento de ratificación de 18 de junio de 1998 del Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte y los otros Estados participantes en la Asociación para la paz relativo al Estatuto de sus fuerzas y su Protocolo Adicional, hechos en Bruselas el 19 de junio de 1995, publicado en BOE nº 128, de 29 de mayo de 1998.

20. FARIÑA GUITIÁN: "El buque de guerra...", op. cit. pág. 213 y sig.

21. Los conflictos con las poblaciones civiles locales producidos por la marinería de distintas armadas son innumerables. Y así, entre otros muchos de los que han pasado a la historia, señalaremos el caso de los cadetes de la escuadra francesa que se batieron en duelo mientras se hallaban en el puerto de Nápoles en 1842; el del arresto de algunos marineros del buque americano Saratoga en Río de Janeiro en 1862; del marinero de la corbeta Pearl, condenado por delitos comunes en 1867, invalidando la casación la Corte de Francia la decisión de incompetencia del Tribunal de Saigón; de los marineros de los buques de guerra Vineta y Hertha en Santos y Plymouth en 1878 y 1880, respectivamente que fueron juzgados por los tribunales locales sin protesta de Alemania; igual ocurrió en el caso del marinero del buque norteamericano Chicago, condenado en Venecia el 28 de abril de 1904 por insultos y maltratos a personas civiles. Cfr. ibidem, pág. 210-211.

22. El último de ellos, con ocasión de la arribada a Palma de Mallorca de nueve buques de la OTAN el 10 de febrero de 2001.

23. GONZÁLEZ CAMPOS y otros: Curso de Derecho Internacional Público. Madrid, 1998, págs. 604-605.

24. La cuestión presente puede tener no sólo responsabilidades para los miembros de las tripulaciones que cometen las tropelías, sino incluso para el propio comandante del buque. Así, por ejemplo la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de la Jefatura del Estado (BOE nº 209, de 11 de diciembre de 1985), relativa al Código Penal Militar, en su artículo 137 dispone "El militar que con mando de fuerza o unidad militar, comandante de buque de guerra o aeronave militar que no mantuviere la debida disciplina en sus fuerzas de mando, tolerare a sus subordinados cualquier abuso de autoridad o extralimitaciones de facultades o no procediere con la energía necesaria para impedir un delito militar será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión".

13. III Conferencia del Derecho del Mar, art. 95: "Inmunidad de los buques de guerra en alta mar. Los buques de guerra en alta mar gozarán de completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea con el de su pabellón." III Conferencia del Derecho del Mar, art. 96: "Inmunidad de los buques utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial. Los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial tendrán, cuando estén en alta mar, completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea el de su pabellón."

14. Cfr. en este sentido REMIRO YOTROS: Derecho Internacional, pág. 598.

15. Colombos, op. cit, págs. 176 y 177

16. FARIÑA GUITIÁN, Fernando: El buque de guerra... op. cit. págs. 205-206.

17. Convenio de 2 de diciembre de 1988 entre el Reino de España y los Estados Unidos de América sobre cooperación para la defensa, anejos y canjes de notas anejos al mismo, hechos en Madrid y publicados en BOE nº108, de 6 de mayo de 1989, en especial, anejo III, artículo X.

3. JURISDICCIÓN SOBRE LOS BUQUES MERCANTES SITUADOS EN AGUAS INTERIORES O PUERTO EXTRANJERO.

Buques mercantes, según la concepción que de ellos tiene la práctica convencional española es el destinado al transporte marítimo comercial, en cuyo ámbito no se incluyen los buques destinados a la investigación científica ni los buques de propulsión nuclear.²⁵ La admisión a puerto de los buques mercantes, en principio, no debe encontrar especiales trabas si el buque mercante cumple con los reglamentos de policía que le sean aplicables²⁶, salvo en el caso de los buques destinados a la investigación científica y los de propulsión nuclear.²⁷

Sobre la jurisdicción penal aplicable a los ilícitos cometidos a bordo de los buques mercantes en puerto extranjero, según GONZÁLEZ CAMPOS:

“... el equilibrio entre la competencia del Estado ribereño y la competencia personal del pabellón se logra en la llamada regla de la peace of the port; es decir, el Estado del puerto será competente para sancionar las infracciones penales cometidas a bordo de un buque cuando tales actos sean susceptibles de alterar el orden público o atentar contra la seguridad de ese Estado. Por el contrario, las infracciones penales cometidas en el interior del buque que afecte exclusivamente al orden interno de éste, serán competencia del Capitán, el cual podrá solicitar el auxilio de las autoridades del puerto. Si se trata de actos cometidos por la tripulación de estos buques en tierra, la competencia sancionadora corresponderá por entero al Estado del puerto”²⁸.

Es decir que para el autor, la jurisdicción penal aplicable a los ilícitos cometidos a bordo de buques mercantes será la del pabellón salvo que los hechos presuntamente delictivos afecten al orden público del Estado de acogida en puerto del buque o, en el caso de que simplemente, el capitán solicite el auxilio de las autoridades locales.

En cuanto a los ilícitos cometidos por las tripulaciones en tierra, serán competencia exclusiva de las autoridades locales, salvo en el caso de que las mismas gocen de algún tipo de inmunidad personal.²⁹

4. JURISDICCIÓN RIBEREÑA SOBRE LOS ILÍCITOS COMETIDOS A BORDO DE UN BUQUE EN RÉGIMEN DE PASO INOCENTE.

Todo tipo de buques, tanto de Estado como mercantes, tienen el derecho de paso inocente a través del mar territorial de un Estado ribereño. Las condiciones del mismo vienen determinadas por la III Conferencia de Derecho del Mar³⁰, aunque a los efectos de la jurisdicción aplicable habrá que diferenciar si se trata de buques de Estado, en cuyo caso, la jurisdicción competente para conocer de los ilícitos cometidos a bordo será la del pabellón, y, en el caso de los buques mercantes, también será la jurisdicción penal, siguiendo al prf. PASTOR DIDRUEJO distingue tres hipótesis:

“1º) El simple paso por el mar territorial, en cuyo caso no se debería ejercer la jurisdicción penal para detener a ninguna persona o realizar ninguna investigación en relación con un delito cometido a bordo durante el paso, salvo en ciertos supuestos que se señalan expresamente (art. 21.1); 2º) paso por el mar territorial procedente de aguas interiores, en cuyo caso el Estado ribereño puede tomar cualesquiera medidas autorizadas por sus leyes para proceder a detenciones o investigaciones (art. 27.2); 3º) delito cometido antes de que el buque haya entrado en el mar territorial, si procede de un puerto extranjero y no penetra en aguas interiores, en cuyo caso el Estado ribereño no puede en principio realizar detenciones ni diligencias (art. 27.5).”³¹.

De la clasificación hecha por el profesor PASTOR, la primera de ellas, es decir, los delitos cometidos a bordo del buque en paso inocente, los cuales el Estado ribereño podría conocer, conforme a las previsiones del art. 21.1 de la III Conferencia, todos ellos serán tratados en presente estudio.

En lo relativo a la jurisdicción civil por parte de los buques mercantes que ejerzan el derecho de paso inocente, la III Conferencia dice que: “el Estado ribereño no debería detener ni desviar buques extranjeros que pasen por su mar territorial para ejercer su jurisdicción civil sobre las personas que se encuentren a bordo, aunque no lo prohíbe expresamente tampoco, aunque niega la posibilidad de que se adopten medidas de ejecución o cautelares sobre dichos buques salvo que deriven de responsabilidades civiles procedentes de su paso o estancia en sus aguas.”³²

En el caso español, el paso por el mar territorial de buques de guerra extranjeros, está regulado en la precitada Orden Ministerial 25/1985.³³ Para su ejercicio no se requiere autorización especial para cruzar el mar territorial español, aunque los buques deben cumplir con los requisitos del paso inocente, de acuerdo con las normas del Derecho internacional. Mientras se encuentren en el mar territorial español deberá ostentar el pabellón de su nación de forma visible y no podrá detenerse, arriar embarcaciones, poner en vuelo aeronaves, efectuar maniobras, ejercicios de trasvases o traslados de cualquier clase, ni realizar trabajos hidrográficos u oceánicos. Los submarinos navegarán en superficie, mostrando pabellón. Para poder realizar algún ejercicio u operación fuera del propio paso, será preciso obtener la correspondiente autorización previa del Gobierno español, solicitada por vía diplomática.

5. EL SUPUESTO DEL RÉGIMEN DE PASO EN TRÁNSITO.

Para que cualquier buque pueda ejercer su derecho de paso en tránsito, es decir, aquel que se realiza por estrechos utilizados para la navegación internacional, de acuerdo con la III Conferencia³⁴, no se prevé ningún supuesto especial a los efectos de jurisdicción distinta del buque o aeronave.

Como es sabido, este sistema novedoso de paso por algunos estrechos internacionales adoptado en la III Conferencia y para complacer los intereses geoestratégicos de algunas potencias que lograban así poder cruzar estrechos internacionales de forma menos restrictiva que el régimen de paso inocente, como así ocurre con el de Gibraltar y que llevó al Reino de España a su negativa inicial de firmar la III Conferencia en Montego Bay, aunque posteriormente acabara presentado al depositario el correspondiente instrumento de adhesión. Desde entonces, no puede establecerse jurisdicción alguna sobre los ilícitos cometidos a bordo de los buques que ejerzan este derecho de paso.

El paso ha de ser practicado por todo tipo de buques y aeronaves, de acuerdo con el art. 39.1 de la III Conferencia, sin demora y se abstendrán de toda amenaza o uso de la fuerza contra la soberanía, la integridad o la independencia política de los Estado ribereños del estrecho y cumplirán los reglamentos, procedimientos y prácticas internacionales de seguridad en el mar generalmente aceptados, incluso el reglamento internacional para prevenir abordajes, prevención de la contaminación etc. Precisamente en la práctica reciente se presentó un problema sobre

la cuestión Del derecho de paso en tránsito, cuando aeronaves norteamericanas desplegadas en Gran Bretaña atacaron, sin previo aviso, distintos puntos del territorio libio en abril de 1986. El incidente esta vez había surgido cuando buques de la VI flota norteamericana se habían estacionado en el Golfo de Sidra para realizar maniobras militares. Este golfo es reivindicado por Libia como bahía histórica, sin oposición de los Estados geográficamente próximos excepto de los Estados Unidos de América. Uno de los días de las maniobras, dos aviones libios sobrevolaron un buque norteamericano, lo cual fue interpretado como un acto de guerra y esa misma noche fueron bombardeadas varias ciudades libias, con el resultado habitual de muchos civiles muertos, incluyendo una hija del propio Coronel Gadafi. La cuestión no fue baladí para el entonces gobierno socialista español, ya que los aviones que realizaron el ataque, o bien habían sido repostados por aviones de abastecimiento establecidos en Zaragoza y habrían cruzado más o menos a la altura de esa ciudad, por el espacio aéreo español (para lo cual las autoridades norteamericanas necesitaban la autorización previa española) o bien se manifestaba que los aviones habían cruzado por el estrecho de Gibraltar, opción que entonces pareció más oportuna para nuestros gobernantes ... y de paso, además de bombardear Trípoli, dinamitamos la política exterior española sobre el régimen de paso por Gibraltar que venía reclamando España³⁵.

6. EL RÉGIMEN DE PASO POR LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA Y EN ALTA MAR.

Cuando se aborda el estudio del régimen de paso de los buques extranjeros sobre la zona económica exclusiva, es autor de referencia el prf. CARNERERO, quien sostiene a la hora de establecer el régimen de paso de buques extranjeros por la zona económica exclusiva (ZEE) de otro Estado que

“En consecuencia, nos encontramos ante un régimen de paso por la ZEE que, a pesar de la referencia al artículo 87 contenida en el artículo 58, no llega tan lejos en cuanto a sus posibilidades y facilidades de desplazamiento de los buques como el régimen de libertad de navegación que se aplica en el alta mar, ya que puede ser sometido por el Estado ribereño a las restricciones necesarias para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos.”³⁶

25. Convenio de 30 de mayo de 1983, de transporte marítimo entre el Gobierno de España y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, hecho en Moscú el 30 de mayo de 1983 y publicado en BOE nº 196, de 17 de agosto de 1983.

26. El 25 de enero de 2001, la Dirección general de la Marina Mercante obligó al buque Castor, de bandera chipriota, que se alejara de las costas españolas por presentar dicho buque una fisura de 30 metros en el casco e ir cargado de gasolina, lo cual suponía un excesivo riesgo para la seguridad de la zona. Dicho requerimiento no se hizo sino después de ofrecer el rescate a la tripulación.

27. Real Decreto nº 799/81 de Presidencia de Gobierno, de 27 de febrero, sobre investigación científica marina en zonas sometidas a la jurisdicción española, publicado en BOE nº 110, de 8 de mayo de 1981.

28. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y otros: Curso de Derecho, op. cit. Págs. 603-604.

29. No es descartable que algún pasajero transportado goce de algún tipo de inmunidad personal de las previstas, entre otros por el Convenio de Viena de 1961 y se encuentre en tránsito hasta la legación a la que haya sido destinado, en cuyo caso la regla general jurisdiccional enunciada decaerá en favor de la inmunidad de la persona aforada en razón de su cargo.

30. Arts. 17 y sig.

31. PASTOR DIDRUEJO, J.A.: Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales. Tecnos, 7ª edición. Madrid, 1999, pág. 354.

32. Art. 28 de la III Conferencia de Derecho del Mar.

33. Art. 11 y 12 de la OM 25/1985.

34. Ibidem, art. 37 y sig.

35. Lo que ocurrió realmente, aún a riesgo de que España abandonara su tradicional postura de considerar el paso por el estrecho como inocente, a pesar de que la III Conferencia lo considerase en tránsito.

36. CARNERERO CASTILLA, R.: “El régimen jurídico de la navegación por la zona económica exclusiva”. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1999, pág. 51.

Por ello, el Estado ribereño de la ZEE puede protegerla mediante la reglamentación que al efecto dicte y llevar a cabo medidas que considere oportunas para velar su cumplimiento, mientras que los terceros Estados, continua diciendo CARNERERO

36 "... deben respetar esas leyes y reglamentos –cuya aplicación puede afectar a la navegación de los buques extranjeros, sobre todo pesqueros, aunque no sea ése su objetivo– en la medida en que no sean compatibles con la Parte V... Sin embargo, ninguna disposición permite expresamente al Estado ribereño regular de forma directa el tránsito de los buques extranjeros por su ZEE. Por ello, únicamente mediante las medidas que está autorizado a tomar con el objeto de proteger o ejercer sus derechos, y muy especialmente las relativas a la conservación y explotación de los recursos vivos, podrá influir en el paso a través de ella, aunque indirectamente y sólo en cuanto que los derechos que se propone salvaguardar choquen con la libertad de navegación. En todo caso, la adopción de estas normas ha de hacerse de conformidad con la Convención, de forma que no pueden incidir en las libertades de los terceros Estados más allá de lo permitido por el juego de equilibrios entre los intereses de las distintas partes establecido en su Parte V. En otras palabras, el Estado ribereño no puede impedir injustificadamente el disfrute de dichas libertades, entre ellas la de navegación, mediante las leyes y reglamentos que adopta para proteger sus derechos sobre la ZEE".³⁷

No se establece así, ningún sistema especial de jurisdicción por el mero paso por la ZEE de otro Estado, por lo que, al igual que en el caso del alta mar (salvo en los casos que se detallan a continuación), la jurisdicción del pabellón del buque es la única competente. Los supuestos a los que se alude como excepción a la jurisdicción exclusiva del buque mercante en alta mar, vienen determinadas por la III Conferencia de Derecho del Mar y son, además del derecho de inspección (de cualquier buque de Estado sobre otro mercante, coincidan o no sus pabellones, abarca el derecho de inspección de carga y documentación) y la protección del medio marino más de la ZEE, son

las siguientes:

a) Abordaje³⁸. El choque o colisión entre dos buques, independientemente de si son o no de Estado, es conocido como abordaje. Cuando se afronta el estudio de la asignatura Derecho Internacional Público en las facultades de Derecho, a la hora de analizar las explicaciones relativas a la existencia o no de las costumbres internacionales negativas, se suele traer a colación el caso Lotus³⁹. Como se recordará, se trataba del abordaje ocurrido en alta mar entre el paquebote francés "Lotus" y el carguero turco Bozkourt (que se hundió a consecuencia del accidente), la noche de los días 2 al 3 de agosto de 1926. El buque francés recaló en el puerto de Estambul y las autoridades turcas apresaron y condenaron al oficial francés encargado de la navegación en el momento de la colisión. El gobierno francés presentó una demanda ante la Corte Permanente de Justicia Internacional por considerar que esa actuación procesal era contraria al Derecho Internacional. Bien es cierto que la doctrina sentada en el caso Lotus no ha podido ser considerada como significativa por más que se empeñara la doctrina ya que el capitán del buque turco carecía del título de patrón y la decisión de la Corte se adoptó con empate de seis contra seis de sus miembros, teniendo que utilizar el presidente, el suizo Max Huber, el voto de calidad.

En alta mar, la regla de la jurisdicción exclusiva del pabellón es absoluta salvo en los supuestos que expresamente se establecen en el art. 92 de la III Conferencia, extremo que en ningún caso le son aplicables a los buques de Estado⁴⁰; quienes gozan de la inmunidad frente a cualquier jurisdicción que no sea la de su pabellón ni puede adoptarse medida alguna cautelar contra el propio buque ni contra su capitán⁴¹.

Ante la concurrencia de distintos pabellones en un caso de abordaje en alta mar, la jurisdicción puede ser, la del Estado del pabellón del supuesto responsable, la jurisdicción de la nacionalidad de las víctimas o el primer puerto de arribada. En lo relativo a las responsabilidades penales del oficial que esté al mando de un buque o aeronave de guerra en caso de abordaje, en el caso español, será entre cinco y quince años de cárcel.⁴²

Como el abordaje en el mar es algo que ocurre con relativa frecuencia, hablar del último abordaje producido puede ser arriesgado, aunque hay algunos que por su repercusión en los medios de comunicación social, tardan largo tiempo en pasar al olvido, como el ocurrido el 9 de febrero de 2001, entre el submarino norteamericano Greenville (SSN 772), bajo las órdenes del comandante Scott Waddle, abordó al emerger al buque escuela Ehime Maru a nueve millas al sur de Hawaii⁴³. Se han planteado muchas dudas sobre este incidente desde el momento en que había 17 civiles a bordo que pudieron entorpecer el normal sistema de maniobras del submarino, con las consecuencias trágicas de pérdidas de vidas humanas. La investigación de los hechos y de la responsabilidad criminal del comandante, del segundo y de oficial de cubierta, fue investigada por las autoridades de marina norteamericanas, al igual que el abordaje acontecido el 14 de julio de 2000 entre el USS Denver, barco norteamericano de asalto anfibio y el petrolero de la misma nacionalidad el USNS Yukon, a 180 millas al Oeste de Hawai.

b) Buques que naveguen bajo dos o más pabellones, salvo en los casos previstos expresamente por los tratados internacionales, están sometidos a la jurisdicción exclusiva de su pabellón, pero en el caso de ostente dos o más pabellones, será considerado como buque sin nacionalidad⁴⁴.

c) Transmisiones no autorizadas de radio o televisión efectuadas desde alta mar, previstas en el art. 109 de la III Conferencia. Aquellos que realizan estas transmisiones pueden ser procesados por los tribunales del pabellón, los de la matrícula de la instalación, los del país donde se reciba la señal o donde se produzcan interferencias.

d) Buques y aeronaves piratas. La piratería es uno de los delitos internacionales de carácter consuetudinario que fue recogido ya por la Iª Conferencia del Derecho del Mar, la cual en su art. 15 la definía como:

"Todo acto ilegítimo de violencia, detención o depredación cometido con móviles personales por la tripulación o el pasaje de un buque o aeronave privados, y dirigido en alta mar contra otro buque o aeronave o contra personas o bienes que se hallen a bordo".

Una breve aclaración para explicar cómo en España la piratería permaneció despenalizada durante dieciocho años –desde 1992 hasta 2010– en contra de las obligaciones asumidas por nuestro país en los Convenios Internacionales sobre Derecho del Mar. En efecto, el artículo

14 del Convenio sobre Alta Mar de 1958, nacido de la I Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, estableció la obligación de todos los Estados signatarios, de cooperar de la forma más extensa posible en la represión de la piratería, y en su artículo 19 autorizaba a cualquier Estado para apoderarse de un buque pirata en alta mar, o de un buque tomado por piratas junto con la detención de éstos, que debían ponerse a disposición de los Tribunales del Estado captor, quienes determinarían las penas a imponer⁴⁵. Estas disposiciones del Convenio sobre alta mar de 1958 fueron también recogidas en la nueva Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982, en cuyo artículo 100 se insiste en el deber de cooperación entre los Estados para la represión de la piratería y en cuyo artículo 105 se establece que:

"Todo Estado puede apresar, en la alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, un buque o aeronave pirata o un buque o aeronave capturado como consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo. Los tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe."

En cumplimiento de estos convenios internacionales, España mantuvo penalizada la piratería en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante de 22 de diciembre de 1955 (BOE número 359 de 25 de diciembre de 1955), en cuyos artículos 9 y 10 se definía este delito y se establecían las penas para los piratas.

Esta situación cambió drásticamente con la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, cuya Disposición Derogatoria única, en su apartado 2.i, derogaba expresamente la Ley penal y disciplinaria de la marina mercante de 1955 y, consecuentemente, despenalizaba en nuestro país los delitos de piratería. Una grave equivocación del legislador español que debió pensar que la piratería había desaparecido tiempo ha de la realidad de las cosas. Esta situación provocó supuestos esperpénticos puesto que la piratería seguía existiendo y, pese a los compromisos internacionales contraídos por España para reprimirla penalmente, nuestro derecho optaba por mirar hacia otro lado.

37. Ibidem, 58-59.

38. Art. 97 de la III Conferencia. Jurisdicción penal en caso de abordaje o cualquier otro incidente de la navegación. 1. En caso de abordaje o cualquier otro incidente de navegación ocurrido a un buque en alta mar que implique una responsabilidad penal o disciplinaria para el capitán o para cualquier otra persona al servicio del buque, sólo podrán incoarse procedimientos penales o disciplinarios contra tales personas ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado del pabellón o ante las del Estado de que dichas personas sean nacionales. 2. En materia disciplinaria, sólo el Estado que haya expedido un certificado de capitán o un certificado de competencia o una licencia podrá, siguiendo el procedimiento legal correspondiente, decretar el retiro de esos títulos, incluso si el titular no es nacional del Estado que los expidió. 3. No podrá ser ordenado el apresamiento o la retención del buque, ni siquiera como medida de instrucción, por otras autoridades que las del Estado del pabellón."

39. Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie A, Año 1927, nº 10.

40. A propósito de esta afirmación, la jurisprudencia es amplia en el sentido de que las responsabilidades por abordaje de un buque de Estado, no pueden ser sometidas a otro jurisdicción que no sea la del Estado del pabellón de dicho buque de guerra. Así, FARIÑA cita el caso del paquebote Villa de Vitorie, hundido en la rada de Lisboa por el acorazado británico Sultan. Nos se admitió la demanda de embargo contra el acorazado y sólo cupo reclamar al Estado de pabellón del buque. Cfr. su ya tan citada obra "El buque de guerra ...", pág. 205.

41. "La inmunidad atribuida al buque de guerra determina también en esta materia, que a diferencia de las normas admitidas para los buques particulares, no procede entablar directamente contra el Comandante la acción de responsabilidades delictivas o civiles por los daños que haya causado ilegítimamente el buque". FARIÑA GUITIÁN: "El buque de guerra ...", op. cit. pág. 135.

42. Cfr. art. 166 de la L.O. 13/1985, de 9 de diciembre, documento ya citado.

43. Cfr. <http://edition.cnn.com/2001/US/03/07/japan.sub.01/index.html>.

44. Art. 92 de la III Conferencia: "2. El buque que navegue bajo los pabellones de dos o más Estados, utilizándolos a su conveniencia, no podrá ampararse en ninguna de esas nacionalidades frente a un tercer Estado y podrá ser considerado buque sin nacionalidad."

45. Un ejemplar de este Convenio puede examinarse en la siguiente dirección de Internet perteneciente a Naciones Unidas: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_1_1958_high_seas.pdf. Página visitada el 30 de junio de 2011.

El primero de estos supuestos se refiere al atunero español Playa de Baquio en 2008, mientras se encontraba faenando en el Océano Índico frente a las costas de Somalia. A última hora de la tarde del día 20 de abril de 2008 una pequeña lancha con tres o cuatro individuos a bordo se acercó al navío, que fue atacado con lanzagranadas y posteriormente abordado por la totalidad de ese comando, que redujo a la tripulación y se hizo con el control. Los piratas privaron a los navegantes de cualquier tipo de comunicación exterior, quitándoles sus teléfonos móviles. Tras casi una semana de secuestro, el 26 de abril se anunciaba el rescate de la tripulación del Playa de Bakio. La entonces vicepresidenta del gobierno, María Teresa Fernández de la Vega, celebró una rueda de prensa en la que señaló que la tripulación estaba en buen estado, y que ya se estaba trabajando para trasladarla a una zona de mayor seguridad. De este modo, el 29 de abril llegaban a las Islas Seychelles todos los miembros de la tripulación española. Un Boeing 707 de las Fuerzas Armadas Españolas sería el encargado de trasladar a los 26 marinos a la Base Aérea de Torrejón de Ardoz. Una vez allí, la tripulación se dividió en dos vuelos, uno con destino a Galicia y otro al País Vasco.

Otro episodio le sucedió al también atunero español Alakrana, que fue secuestrado por piratas somalíes a 413 millas de las costas del sur de Somalia el 3 de octubre de 2009, cuando faenaba lejos de la zona protegida por la Operación Atalanta, pero dentro de la zona de seguridad en aguas internacionales. En su auxilio acudió la fragata Canarias, que había zarpado el 10 de agosto desde Rota (Cádiz) para incorporarse a la Operación Atalanta, junto con otras fuerzas españolas. El 17 de noviembre de 2009, tras 47 días de secuestro y el pago de un rescate de unos 4 millones de dólares, el Alakrana fue liberado. Durante la liberación, personal militar de las fragatas Canarias y Méndez Núñez detuvieron a dos piratas que, por orden del Gobierno, fueron trasladados a Madrid y puestos a disposición de la Audiencia Nacional. En realidad, el Gobierno español debió entregar los piratas a Kenia, sobre la base de la decisión del Consejo Europeo de 23 de febrero de 2009⁴⁶ relativa al canje de notas entre la Unión Europea y Kenia, acordada dentro del marco de la acción común 2008/85 PES de la decisión, conforme a la

cual:

“Kenia aceptará, a petición de la fuerza naval dirigida por la Unión Europea EUNAPVFOR, la entrega de personas detenidas en relación con actos de piratería”.

La presencia de buques de guerra españoles en el Índico —las citadas Fragatas— estaba justificada en el marco de un acuerdo internacional para combatir la piratería en el Océano Índico. Conforme a dicho acuerdo, los piratas debían ser entregados a las autoridades de Kenia para ser juzgados por tribunales keniatas. La decisión del Gobierno español de traer los piratas a Madrid no sólo malgastó el dinero del contribuyente —los piratas fueron traídos a Madrid por un Hércules de la fuerza aérea española enviado expresamente a Djibuti para recogerlos— sino que incumplió un acuerdo emanado de la Unión Europea, conforme al cual, los piratas debían ponerse a disposición de la jurisdicción de los Tribunales de Kenia.

La situación se volvió esperpéntica cuando los dos piratas llegaron a la Audiencia Nacional. Armados de dos sólidos argumentos como son la nacionalidad española del atunero y el principio de jurisdicción universal establecido en el artículo 23.4 de la LOPJ, cuando el Juzgado Central de Instrucción nº 1 se proponía procesar a los somalíes por delito de piratería, de pronto, alguien hizo saber a los Magistrados de la Audiencia Nacional que la piratería en España no era delito. Tras sesudas consideraciones, se decidió finalmente procesar a los piratas por los delitos de detención ilegal y porte ilegal de armas, como si los hechos se hubieran producido en la Puerta del Sol en Madrid. Y efectivamente, mediante sentencia número 10/2011 de 3 de mayo de 2011, la Sala de lo Penal —Sección 4ª— de la Audiencia Nacional condena a los dos piratas somalíes por delitos de asociación ilícita, detención ilegal, robo con violencia y delito contra la integridad moral. En síntesis, ante la despenalización de la piratería en España, el delito de piratería debe subsumirse para la Audiencia Nacional en los cuatro delitos citados por los que fueron condenados los piratas.

La situación de la piratería cambió por fin en nuestro Derecho con la reforma introducida en nuestro Código Penal de 1995 con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En el apartado XXX de su exposición de motivos se dice:

“Por última, se procede a la creación de un nuevo delito de piratería dentro del Título dedicado a los delitos contra la comunidad internacional. La razón de ser de esta reforma radica en la necesidad de dar respuesta a la problemática de los eventuales actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y aérea, y se conforma recogiendo los postulados del Convenio de Montego Bay de 10 de diciembre de 1982 sobre el Derecho del mar y de la Convención sobre la navegación marítima firmado en Roma el 10 de marzo de 1988.”

Como podemos observar, ni una sola referencia al antiguo Convenio sobre alta mar de 1958 que establecía la obligación de reprimir la piratería, ni a la equivocación del legislador español que, al promulgar la Ley de Puertos de 1992 y derogar la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, no previó que España estaba —en todo caso— obligada por sus compromisos internacionales a criminalizar la piratería. Ciertamente, la reforma introducida en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, vuelve a tipificar el delito de piratería en los nuevos artículos 616 ter y 616 quater del código penal común, pero ello será de aplicación a los delitos de piratería que se cometan a partir del 23 de diciembre de 2010, fecha en la que entró en vigor la citada Ley Orgánica 5/2010 modificativa del Código Penal, y no a los anteriores supuestos como el que antes vimos resuelto por la Audiencia Nacional.

Visto que España ha vuelto a sus compromisos internacionales penalizando de nuevo la piratería, debemos señalar que las consecuencias son graves para quienes caen en estos supuestos, ya que, de acuerdo con la III Conferencia⁴⁷, cualquier buque o aeronave de Estado puede apresarlos y someterlos a su propia jurisdicción, pudiendo asimismo detener a sus tripulaciones e incautarse de los bienes que se

encuentren a bordo, todo ello conforme a la legislación del buque o aeronave de Estado⁴⁸. A efectos meramente doctrinales, por más que los ejemplos sólo puedan aparecer en situaciones extremas, algunas veces puede ser complicado distinguir la figura de la piratería de las insurrecciones a bordo de buques de guerra, intentando el gobierno de la nacionalidad del buque intentar que la comunidad internacional califique la situación como de piratas⁴⁹, para evitar que a los insurgentes les fueran aplicables las leyes de la guerra.

e) Derecho de persecución, previsto en el art. 111 de la III Conferencia. Conforme a dicha figura, un Estado puede iniciar, con sus buques y aeronaves, la persecución de un buque extranjero, siempre que tenga fundadas sospechas que dicho buque extranjero ha cometido algún ilícito en sus aguas jurisdiccionales. Para que la figura sea conforme con las previsiones de la III Conferencia, la persecución debe iniciarse mientras que el buque extranjero o sus lanchas se encuentren en aguas interiores, mar territorial o zona contigua, aguas archipelágicas, zona económica exclusiva o aguas suprayacentes a su plataforma continental y sólo puede continuar si es continuada, cesando cuando el buque entra en las aguas del mar territorial de otro Estado. Los pesqueros españoles eran especialistas en la década de los ochenta y antes de nuestra entrada en la Europa comunitaria en atravesar el Atlántico con una patrullera canadiense a popa. El resultado siempre era el mismo: una vez que el pesquero llegaba a puerto gallego, la patrullera paraba máquinas a doce millas de las costas españolas y solicitaba la entrega. Las autoridades españolas entregan sistemáticamente al infractor fuera de las aguas territoriales y la patrullera volvía a su puerto base con la presa para someterla a la "tutela" de los tribunales canadienses.

e) La represión del tráfico ilícito de estupefacientes⁵⁰. Cuando las autoridades competentes de un Estado tenga sospechas de que se está transportando sustancias de este tipo por un buque de otra nacionalidad, puede pedirle la autorización para inspeccionarlo. España tiene una rica práctica de apresamiento de sustancias sicotrópicas, por ser un país de paso de estas sustancias y de consumo, siendo el segundo país del mundo en el total de aprehensiones anuales y no sólo dentro del territorio español sino allende los mares.

47. Arts. 101-103 de la III Conferencia de Derecho Del Mar y antes la Iª Conferencia de 1958, en sus art. 15 al 17.

48. Cuando estaba vigente el Código de Justicia Militar de 1945, los delitos de piratería podían llegar a ser considerados como extremadamente graves y pasar a la jurisdicción penal militar. Así, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar (BOE nº280, de 8 de noviembre de 1980), se estableció que, en razón del delito, la jurisdicción militar sería competente para conocer de los procedimientos que se instruyan contra cualquier persona por: "6. Piratería, cualquiera que sea el país a que pertenezcan los encausados, cuando se haya producido el apresamiento, persecución o abordaje de alguna embarcación, haciéndola fuego con armas de fuego...".

49. ROUSSEAU nos dice en su precitada obra (Curso de Derecho Internacional), pág. 427-428, "Tal fue la actitud adoptada: a) Por Rusia, cuando la insurrección del Acorazado Potemkin en 1905; b) Por Venezuela, en el asunto del barco alemán Falke, en 1929, y c) Por el Gobierno republicano español, al principio de la guerra civil, en relación con los barcos de guerra..." que se unieron a las fuerzas de Franco.

50. III Conferencia de Derecho Del Mar, art. 108.

46. El Presidente de la Audiencia Nacional Don Ángel Juanes Peces, al tratar de justificar la competencia de la Audiencia Nacional en los delitos de piratería, confunde el Consejo de Europa con el Consejo Europeo. Ver la revista online de información jurídica ARANZADI en la siguiente dirección de Internet:

<http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/actualidad-juridica-aranzadi/799/comentario/competencia-de-la-audiencia-nacional-en-los-delitos-de-pirateria>. Página visitada el 30 de junio de 2011.

Uno de los últimos alijos fue la incautación de cinco toneladas de cocaína que se encontraron a bordo de un pesquero que navegaba a 350 millas de las islas Canarias... aunque también hemos padecido grandes escarnios por fracasadas operaciones.⁵¹

Por último y para un grupo de ilícitos que se cometan a bordo de los buques mercantes, habrá que estar a las previsiones del Convenio de Roma de 10 de marzo de 1988 para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y del Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas empleadas en la plataforma continental.⁵² Según dicho texto, el ilícito que se tipifica es el apoderamiento del buque mercante, su control mediante violencia o cualquier otra forma, realice violencia contra otra persona que pueda poner en peligro la navegación segura de dicho buque, destruya un buque o cause daños en el mismo o su carga que pueda afectar a su navegación segura o coloque cualquier artefacto que pueda destruir el buque o causarle daños, siempre que el buque en cuestión esté navegando o en su plan de navegación prevea navegar hacia aguas fuera del mar territorial de un Estado,⁵³ proceda de fuera de dichas aguas, las cruce o el supuesto autor sea encontrado en territorio de un tercer Estado. A los efectos de jurisdicción se establece la jurisdicción concurrente de los Estados parte y pabellón del buque.

4. ILÍCITOS COMETIDOS CONTRA BUQUES.

1. BUQUES DE GUERRA.

No son frecuentes, afortunadamente, los supuestos de la práctica reciente en la que se producen ilícitos graves contra buques de guerra, que no sean los frecuentes entorpecimientos de sus maniobras por voluntarios (y menos voluntarios) de organizaciones como Greenpeace. Tal vez asunto último se ha producido con el destructor de bandera norteamericana DDG 67 Cole, cuando el 12 de octubre de 2000, estando repostando en el puerto de Adén, en Yemen, una lancha ligera consiguió aproximarse a su babor y hacer explotar una carga de dinamita, causando 17 muertos y 39 heridos entre los miembros de su tripulación. Aunque los fiscales militares norteamericanos acusaron inicialmente a Abd al-Rahim al-Nashiri — conocido por los investigadores como el jefe naval de al-Qaida— como el autor ideológico del atentado, que fue capturado en Adén en noviembre de 2002, la acusación fue retirada

por el Presidente Barack Obama en 2009. Al parecer, su Administración desea revisar la forma en que ha de llevarse la acusación pública contra los detenidos en Guantánamo, donde se encuentra detenido dicho sujeto que sigue sin ver celebrado el juicio contra él.

2. BUQUES MERCANTES.

No podemos resistirnos a comentar, por breve que sea, el gran ilícito cometido contra un buque pesquero en alta mar, en el asunto conocido como el “caso fletan”, que acabó siendo el asunto “Fisheries Jurisdiction Case (España v. Canadá), de 28 de marzo de 1995, seguido ante la Corte de Justicia Internacional. Debemos precisar que el fletán se pesca al arrastre en fondos marinos superiores a los mil metros, una exclusiva técnica española puesto que ninguna otra flota pesquera en el mundo dispone de los medios técnicos para largar y recuperar redes de arrastre con éxito a tales profundidades. Como quiera que los pesqueros españoles carecían de licencias de pesca para faenar dentro de las 200 millas de la ZEE canadiense, descubrieron que fuera de dichas aguas y a esas enormes profundidades podían faenar el fletán sin estar sujetos a la legislación pesquera canadiense o a la emitida por la Organización Internacional que regula las pesquerías en el Atlántico Norte (NAFO). Los hechos que dieron lugar al caso trajeron causa cuando el pesquero de bandera española “Estai”, faenando el fletán, fue apresado por una patrullera canadiense a 245 millas de su costa (claramente fuera de su ZEE y por tanto fuera de su jurisdicción a efectos pesqueros) y trasladado a puerto; Tras pagar la correspondiente multa el armador y así evitar que el barco permaneciera inmovilizado en puerto, el Reino de España presentó una demanda ante la Corte Internacional de Justicia, solicitando en la misma que se declarara que la ley canadiense (Canadian Coastal Fisheries Protection Act) de 12 de mayo de 1994, no era oponible a España a la hora de ejercer jurisdicción sobre su ZEE y que no se repitieran apresamientos futuros de pesqueros españoles, como el que había acontecido con el pesquero Estai. La Corte se pronunció el 4 de diciembre de 1998, aceptando la excepción de falta de jurisdicción de la parte demandada, de acuerdo con las previsiones del art. 36 del Estatuto de la Corte, ya que Canadá mantenía una reserva a la competencia de la Corte en el caso de que se presentara alguna reclamación en materia de pesquerías, tal y como era el caso.

Ni las reclamaciones del Reino de España ni de la Unión Europea⁵⁴, en especial la Comisión por tener asumidas competencias en materia pesquera en el contexto de la Política Agrícola Común⁵⁵, sirvieron de nada.

5. ILÍCITOS COMETIDOS CON BUQUES.

1. BUQUES DE ESTADO Y MERCANTES.

Cuando un buque de guerra extranjero arriba a un puerto distinto de su abanderamiento, debe aceptar el cumplimiento de unas obligaciones impuestas por las autoridades del puerto, como son la utilización del atraque señalado, el respeto de los reglamentos del puerto, las disposiciones en materia fiscal, sanidad, policía, contaminación, etc. Incluso, se puede ir más allá como lo hace la ya citada Orden 25/1985, en la que se prohíbe que los buques de guerra en puerto español puedan ejecutar la pena de muerte de un miembro de su dotación, desembarcar miembros de su tripulación con armas o con cualquier clase de material bélico, salvo que se disponga de la preceptiva autorización de las autoridades españolas, navegar armadas las embarcaciones menores, efectuar pruebas de armas, poner en emisión radares o equipo de guerra electrónica, efectuar transmisiones submarinas, realizar sondeos, exploraciones o cualquier otra clase de trabajos submarinos, levantar croquis o planos del puerto o de tierra firme.⁵⁶ Lógicamente en el caso de que el buque de Estado cometiera cualquier violación de estas normas u otras, al Estado español no le cabría otra alternativa sino la de dar un plazo para que abandonara el puerto, o incluso cualquier otra zona de jurisdicción de las aguas españolas, sin ejercer ningún otro tipo de jurisdicción sobre el buque y sin perjuicio de la puesta en marcha, ante el Estado del pabellón, de las reclamaciones que se consideraran oportunas. Esta afirmación se sustenta sobre las previsiones de los arts. 30 y 31 de la III Conferencia de Derecho del Mar.⁵⁷

Por otra parte y como ya hemos dicho anteriormente, la III Conferencia reconoce de forma implícita el derecho de paso inocente de los buques de Estado de otros pabellones, aunque algunos Estados ribereños piden algún requisito, como es la notificación previa, otros exigen autorización

y otros simplemente ningún requisito, como es el caso del Reino de España, salvo en los supuestos de buques de propulsión nuclear, según se establece en la Ley nº 25/1964.

6. CONCLUSIONES.

1. Cuando se acomete el estudio y sobre todo la explicación de la jurisdicción competente para conocer de los hechos en los que se ven, de una u otra forma implicados buques y sus tripulaciones, parece que las soluciones dadas históricamente por usos consuetudinarios y hoy especialmente por compromisos convencionales amparados por Derecho Internacional, se aparta de las que se propondría de las proporcionadas por el “saber jurídico común”, las cuales parecen que sólo pueden ser válidas para otros campos del conocimiento jurídico, pero que indudablemente lo son también en esta materia.

2. Con carácter general, según queda claro de las líneas que anteceden, el pabellón del buque tiene una especial relevancia a la hora de determinar la jurisdicción aplicable a los conflictos en los que se vean implicados, de una u otra forma. Lo mismo que las tripulaciones militares, incluso desplazadas fuera del Estado gozan del privilegio de la extraterritorialidad de sus leyes, extremo que no suele ser aceptado con agrado por las sociedades que se ven implicadas en conflictos que ven cómo el juez competente es el de otro Estado... pero que no agota el modelo de posibilidades ¿Qué jurisdicción es la aplicable a los ilícitos cometidos a bordo de buques y aeronaves al servicio de organizaciones internacionales? ¿Será la que se determine ad hoc, o la del capitán de la misma?.

3. Además y para complicar la cuestión, ni siquiera todas las reglas competenciales ofrecidas por el Derecho Internacional y sustancialmente recogidas en estas líneas (aunque no exhaustivamente) suelen ser insuficientes en los casos en los que sean dos Estados los implicados y sus relaciones bilaterales no pasen por un buen momento; entonces, los mecanismos internacionales de solución pacífica de controversias se muestra absolutamente ineficaz, especialmente la

54. “The arrest of vessel in international waters by a State other than the State of which the vessel is flying the flag and under whose jurisdiction it falls, is an illegal act under both NAFO Convention and customary international law, and cannot be justified by any means. With this action Canada is not only flagrantly violating international law, but is failing to observe normal behaviour of responsibility States.” Decisión de 4 de diciembre de 1998, parágrafo 20.

55. Artículo 38 del Tratado de la Comunidad Europea, de acuerdo con la redacción dada por el Tratado de Amsterdam: “1. El Mercado común abarcará la agricultura y el comercio de los productos agrícolas: Por productos agrícolas se entienden los productos de la tierra, de la ganadería y de la pesca, así como los productos de primera transformación directamente relacionados con aquellos”.

56. Art. 9 de la Orden 25/1985.

57. Art. 30 de la III Conferencia: Cumplimiento por los buques de guerra de las leyes y reglamentos del Estado ribereño. “Cuando un buque de guerra no cumpla las leyes y reglamentos del Estado ribereño relativos al paso por el mar territorial y no acate la invitación que se le haga para que los cumpla, el Estado ribereño podrá exigirle que salga inmediatamente después del mar territorial”.

Art. 31: Responsabilidad del Estado del pabellón por los daños causados por un buque de guerra u otro buque de Estado destinado a fines no comerciales. “El Estado del pabellón incurrirá en responsabilidad internacional por cualquier pérdida o daños que sufra el Estado ribereño como resultado del incumplimiento, por un buque de guerra u otro de Estado destinado a fines no comerciales, de las leyes y reglamentos del Estado ribereño relativos al paso por el mar territorial o de las disposiciones de ésta Convención y otras normas de derecho internacional”.

51. En agosto de 2000, el entonces delegado del Plan Nacional sobre Drogas, Gonzalo Robles, anunció a bombo y platillo lo que, según dijo, iba a ser el mayor alijo de cocaína de la historia de España. El juez Garzón, ordenó la detención del buque *Privilege*, que navegaba a 250 millas de las costas canarias. La policía abordó el *Privilege* donde esperaba encontrar más de cinco mil kilos de cocaína. Nueve años de investigaciones dirigidas por el magistrado de la Audiencia Nacional Baltasar Garzón, un larguísimo proceso judicial, ni un solo gramo de droga y un único condenado —por una causa distinta— es el balance de la operación, un enorme fiasco. El capitán del barco, Arnaldo Antonio Aranda, pasó ocho años privado de libertad, a la espera de que alguna prueba demostrase su implicación en el narcotráfico. En él supuestamente deberían ser encontradas varias toneladas de droga, pero una vez que fue llevado a puerto, la policía española estuvo durante dos meses haciendo calas al buque para encontrar la droga supuestamente escondida pero nunca apareció. Ahora, los armadores reclaman al Estado español 2.000 millones de pesetas (12 millones de euros) por el lucro cesante y los daños ocasionados al buque en cuestión.

52. Instrumento de ratificación de España de 15 de junio de 1989, publicado en BOE nº 99, de 24 de abril de 1992.

53. *Ibidem*, arts. 3 y 4.

Corte Internacional de Justicia, órgano junto con el Consejo de Seguridad que necesitan de una profunda y rápida reforma, atendiendo a la realidad de las relaciones internacionales contemporáneas.

4. Evidentemente, la aplicación extraterritorial de la ley nacional fuera del territorio nacional, acudiendo a ficciones jurídicas o a convenios internacionales es una figura que se utiliza con regularidad en los casos expuestos en los supuestos apuntados, pero que para mayor seguridad jurídica, debería armonizarse, mediante los oportunos instrumentos, de una parte la propia figura, pero de otra los temas colaterales a los que también puede afectar, como la responsabilidad de los Estados, ante la cual no se avanza en la elaboración de un convenio internacional sobre la materia.

LA DEMOCRACIA Y EL GOBIERNO DE “LO PÚBLICO” UNA PERSPECTIVA ORSIANA

POR MARÍA ALEJANDRA VANNEY¹

RESUMEN

El Estado moderno, en su afán de superioridad frente a la sociedad civil, ha introducido confusión entre lo común y lo público, así como entre lo público y lo privado, y lo estatal y lo político. Esta confusión, en el fondo, pretende absorber en sí —en lo estatal— todos los conceptos mencionados. De este modo, lo común y lo privado quedan reducidos a un mínimo, y la política resulta desnaturalizada, y así pasa a significar sólo el gobierno estatal. De este modo el Estado aniquila a la sociedad civil impidiendo que sea ésta la protagonista en la búsqueda del bien común político.

Palabras clave: público, estatal, político, común, bien común, sociedad política, Estado moderno, Álvaro d’Ors.

Sumario: 1. Introducción. 2. Lo común y la comunidad. 3. Lo público y lo privado. 4. Lo estatal y lo público. 5. Lo público, lo político y lo estatal. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

ABSTRACT

The Modern State in its search for superiority over the civil society has generated confusion between certain key political concepts: the common and the public, the public and the state, the state and the political. This confusion aims at absorbing in itself, in the State, all the above-mentioned concepts. Thus, the common and the private are extremely reduced. Hence, the political becomes debased, implying only the State government. Thus, the State devastates the civil society, depriving it of its major role in the search for political common good.

Key words: public; state, political, common, common good, political society, Modern State, Álvaro d’Ors.

1. INTRODUCCIÓN

Resulta hoy habitual la identificación de una serie de conceptos que la historia del pensamiento político ha ido equiparando, como

consecuencia de las diversas concepciones que la polis ha ido desarrollando a lo largo del tiempo, particularmente acerca de la función del gobernante y de la representación política. Estas cuestiones han dado lugar a numerosas y disímiles teorías que suelen tratar, sin la debida precisión, los conceptos y el papel que juegan en el sistema político elementos tales como “lo común”, “lo público”, “lo estatal” y lo “político”; y sus correspondientes antónimos.

Álvaro d’Ors, eximio romanista español, en su obra *Bien común y enemigo público*, entrelaza varios conceptos del ámbito político, que deben ser analizados a fin de establecer qué le corresponde realizar al gobernante, qué a los ciudadanos, y hasta qué punto unos y otros responden de la cosa pública y de qué modo. Se trata, en definitiva, de responder a la pregunta acerca de cuál es la relación entre la titularidad de una institución prestadora de un servicio a la comunidad y el alcance del mismo. Se trata de una cuestión que, paradójicamente, tanto desde la óptica liberal como desde la socialista, normalmente recibe idéntico tratamiento. En efecto, mientras que el liberalismo tiende a considerar que la institución privada tiene un alcance ceñido a aquellos que forman parte de ella, desinteresándose de los organismos públicos que considera costosos e ineficientes, el socialismo pretende que la gran mayoría de los servicios que la comunidad necesita, sean prestados por entidades de carácter público. En definitiva, en ambas corrientes se da la vinculación entre titularidad y carácter privado o público de su alcance. Ante esta situación cabe preguntarse si esta relación es necesaria. Es por ello que aquí se pretende distinguir algunos conceptos que frecuentemente se utilizan indiscriminadamente: lo común, lo público, lo estatal y lo político; que, además, a contrario sensu, iluminan a sus antónimos. Esta tarea requiere iluminar también los conceptos de bien común, utilidad pública y bienestar general, que con frecuencia se utilizan actualmente como sinónimos y el de voluntad general, que se encuentra en la misma raíz de la cuestión.

1. La Doctora Alejandra Vanney es profesora de la Universidad Austral y miembro del CONICET de Argentina. También es miembro del grupo internacional de investigación: Religión y Sociedad Civil del Instituto Cultura y Sociedad de la Universidad de Navarra, España.

2. LO COMÚN Y LA COMUNIDAD

D'Ors distingue tres sentidos jurídicos diversos acerca de lo común². Así, es común lo que pertenece conjuntamente a dos o más personas y recibe un trato jurídico específico, como el régimen de copropiedad. En segundo lugar, es común lo que pertenece a una comunidad estatal, por ejemplo la "escuela pública". Finalmente, afirma, se habla también de cosas comunes para referirse a aquellas que no pertenecen a nadie en particular, sino que son de todo el mundo, en el sentido de que todos tienen libre acceso a ellas, por ejemplo, un parque o una playa³.

No cabe duda de que el uso habitual ha identificado lo común con la segunda acepción y, por ello, lo común se ha asimilado a lo público. Sin embargo, advierte d'Ors, se debe comenzar por aclarar que lo público, en primer lugar, se contraponen a lo privado, como se pone de manifiesto en la diferencia entre derecho público y derecho privado⁴ que, si bien en un comienzo el criterio diferenciador se hallaba en el hecho de la publicidad de los actos, con el tiempo la distinción se centró en aquello que se deja al uso de los particulares (ad utilitatem privatorum), y lo que interesa al orden de la comunidad (ad statum rei publicæ). Pero la distinción va más allá: lo común es lo no susceptible de apropiación ni por parte de particulares ni por parte de la comunidad, es decir aquello que interesa a todos los hombres (aire, mar abierto, etc.) y que no necesita ser repartido, mientras que lo público queda limitado a los límites de la comunidad política de que se trate⁵.

Por ello señala d'Ors que "lo que el derecho, al contraponer lo común a lo público, nos impone como de sentido también «común» es que lo común es universal, en tanto lo público se refiere a un determinado «pueblo» o Estado"⁶, es decir que lo público no es absolutamente universal sino que siempre se encuentra limitado, no sólo en cuanto al acceso, sino también cuantitativamente (por ejemplo, los asientos en un transporte público o la prestación de un determinado servicio en

días de fiesta). Afirma claramente d'Ors que "ese «pueblo» de lo «público» es siempre un grupo limitado, no absolutamente universal como corresponde a lo que es «común»"⁷. Común sería, por tanto, aquello que nos antecede a todos y, a la vez, une a todos; mientras que lo particular es el modo en que cada uno participa de ello. Lo común, en definitiva, resulta indisponible por nuestra libertad⁸.

Sin embargo resulta necesario distinguir aquí entre las nociones de pueblo y Estado. La confusión, según d'Ors, se origina en el pensamiento griego para quienes "el demos es el conjunto de los que componen una determinada ciudad local [la polis], de ahí la idea «moderna» de que el pueblo es la población de un Estado —como ciudad ampliada—, sólo que de la identificación (. . .) depende el grave error de considerar que nada «público» hay que no sea «estatal», error contra el que se impone la necesidad de distinguir lo «social» de lo «estatal»"⁹.

Bebiendo también del derecho romano, d'Ors utiliza la distinción entre comunidad y sociedad unida a la distribución del espacio para profundizar en los conceptos de lo público y lo privado. Se refiere, específicamente, a la que existe entre pueblo —conjunto de varias familias, comunidad suprafamiliar— y familia. Así como el pueblo requiere de un territorio (donde se superponen preferencias posesorias varias), la familia necesita de un hogar que por naturaleza exige exclusividad e intimidad. Esta diferencia explica que el régimen jurídico aplicable a uno y otra sean distintos, no sólo porque las comunidades suprafamiliares pueden gozar de personalidad jurídica, sino sobre todo porque "las comunidades tienen un dominio público sobre su suelo, en tanto la propiedad de la casa familiar es siempre privada. Este es el punto de gravedad de la importante distinción entre lo público y lo privado: la comunidad y la familia"¹⁰. En este sentido cabe considerar que d'Ors, a través de la introducción de la noción de lo común (la comunidad), abre una puerta a lo público dentro del ámbito privado,

de modo tal que ambos elementos se ven llamados al desarrollo de una sana complementariedad¹¹.

Aquí se pone de manifiesto con mayor claridad la relación íntima entre aquello que es común —que "está en nosotros y a la vez por encima de nosotros"¹²— y la comunidad que si bien requiere de los esfuerzos de sus miembros para que exista, a la vez aparece porque viene dada desde arriba, y que en tanto dirigida al bien común tiene en sí misma la fuerza de unión propia del bien.

3. LO PÚBLICO Y LO PRIVADO

El punto de gravedad de la distinción entre lo público y lo privado es de gran trascendencia, ya que así se comprende que se trata de dos polos que se sirven mutuamente, a diferencia de la consideración economicista actual que tiende a ver la distinción tan sólo desde la perspectiva del titular del capital¹³. La necesidad de ambas dimensiones, tanto para la familia como para la comunidad es evidente. Si se toma en cuenta, por ejemplo, a la familia que, en tanto es auténticamente privada y se desarrolla de ese modo, tiene necesariamente repercusión pública tanto de modo directo como indirecto¹⁴. Por el contrario, cuando la familia se ve invadida por los poderes públicos que se inmiscuyen con la pretensión de dirigir las relaciones familiares, ésta se ve pauperizada en su potencialidad y amenazada. Si se impone un modelo público a la familia, esta pierde su carácter eminentemente personal y su capacidad de ser "reserva de desigualdad natural de los que la componen"¹⁵; con la riqueza que la variedad supone para el desenvolvimiento de los diversos roles y tareas sociales. Por ello es que todo lo público bien hecho, lleva consigo algo de la calidez de lo privado. Esto se ve, por ejemplo, en la escuela, el hospital o la oficina públicos, que en tanto no se establecen vínculos de amabilidad y cercanía, se las critica y rechaza como frías y ajenas a los intereses y necesidades de los ciudadanos. En sentido contrario, cuando lo privado resulta el único interés de los ciudadanos se produce el fenómeno que d'Ors describe como paradójica "indefensión de lo público" que, en una época de exaltación de lo social —señala d'Ors—, y precisamente por ello, aparece

"una disminución de aquel sentido jurídico que precisamente permite delatar los actos abusivos, por parte del egoísmo de los particulares, sobre lo que es público"¹⁶.

Vale aquí señalar, respecto a la familia, que cada amor es particular en su intención, pero nunca hay un amor sólo particular, porque si bien la persona amada es una y específica, es característica del amor no ser particularista. Aunque tampoco es público, sino —por naturaleza— privado, pero públicas son las consecuencias de ese amor. Señala Alvira, a modo de ejemplo, que "una amistad científica puede generar ideas que se harán públicas y enriquecerán a muchos. Un matrimonio tendrá y educará hijos que serán conocidos y apreciados por toda la sociedad"¹⁷.

Por otro lado, aunque ordinariamente suele existir cierta intrusión de lo público en lo privado (exigencia de datos personales que se utilizan con fines públicos, en ocasiones incluso políticos; indebida publicidad de sucesos de la vida privada de determinados ciudadanos presentada, generalmente, de modo confuso e injusto), d'Ors previene del "uso ilícito del ámbito público con fines de interés exclusivamente privado"¹⁸; tal es el caso —ejemplifica d'Ors— de la exhibición de una intimidad que debe reservarse a la esfera privada, con fines publicitarios. En definitiva constituye tarea de la potestad establecer el régimen de tolerancia o no del uso de lo público en cada circunstancia, como una de las facetas de su obligación de defensa del orden público, esto porque "no es natural que se pueda abusar de lo público con ofensa de la paz o de los sentimientos ajenos; y corresponde a la potestad el distinguir el uso lícito, aunque sea de interés particular, del abuso que debe ser prohibido"¹⁹.

Respecto a la propiedad privada que, en justicia, corresponde a la familia como la institución óptima para subvenir a las necesidades de sus miembros, la parcelación del espacio no debe ser obstáculo para que éste siga sirviendo al bien común. Por ello, si la propiedad privada resulta impedimento para el bien común, pierde su justificación; "porque el bien de una familia es ya una porción del bien común y un obstáculo al bien común es por sí mismo un obstáculo al bien de aquella familia. (. . .) El bien no es exclusivista, y no sólo bien público y bien privado son compatibles, sino que son en realidad un mismo bien"²⁰.

2. D'Ors, Álvaro. BIEN COMÚN Y ENEMIGO PÚBLICO. España. Marcial Pons. 2002. Págs. 13-14.

3. Se refiere a aquellas cosas que por ser de todos, muchas veces acaban siendo tierra de nadie.

4. En su origen romano, la distinción era necesaria para distinguir el suelo que pertenecía a individuos particulares del reservado al *populus*, es decir a la república, como los ríos, bosques, etc.

5. La delimitación de lo público a lo perteneciente a la comunidad nacional, o a la república, se explica también desde la etimología del término que surge de la unión de *pubes* (los ciudadanos púberes y, por tanto, personas con nomen Romanum) y *populus* (grupo personal que puebla la *civitas*), porque en Roma, es el conjunto de ciudadanos púberes —los que tienen nomen Romanorum y capacidad viril— los capacitados para participar en la res publica. Esta etimología subrayaría el aspecto aristocrático y personal de la organización política romana. Cfr. d'Ors, Álvaro. ENSAYOS DE TEORÍA POLÍTICA. España. Euns. 1979. Págs. 60-61 y 72.

6. D'Ors, Álvaro. BIEN COMÚN Y ENEMIGO PÚBLICO. Pág. 19. En este sentido se deben entender los dos elementos del título de este libro de d'Ors: el bien siempre es "común" (abierto a todos los hombres), mientras que el enemigo —si lo hay— es siempre "público" (es decir, de un pueblo o república determinada). Utiliza d'Ors la frase "enemigo público" como la enemistad que afecta directamente a una comunidad (ya sea por parte de otra comunidad o de una persona), formalmente declarada, cuya reacción generalmente consiste en la guerra o en otro tipo de hostilidades (por ejemplo, económicas) que se justifican en razón de la legítima defensa. No se trata aquí de una mera enemistad entre particulares, aunque sea públicamente conocida. Es clara la influencia que ha recibido d'Ors de Carl Schmitt en este tema, ya que la explicación orsiana tiene su justificación en la distinción amigo-enemigo, como la esencia de lo político.

7. D'Ors, Álvaro. *Ibid.*, págs. 22-23. Se puede decir, entonces, que la relación entre lo público y lo común es paralela a la que existe entre pueblo (que implica la existencia de otros pueblos) y humanidad, y a la de interés general y bien común.

8. Cfr. Alvira, Rafael. Bien común y justicia social en las diferentes esferas de la sociedad. REVISTA EMPRESA Y HUMANISMO, vol. XII 2/09, España, 2009, pág. 66.

9. D'Ors, Álvaro. LA VIOLENCIA Y EL ORDEN. España. Dyrsa. 1987. Págs. 55. D'Ors distingue el pensamiento griego, anclado en el territorio y, por ello, más proclive a unir la política y el derecho con un territorio determinado, como antecedente de la idea de soberanía territorial, con el romano para quienes "el «populus» es el conjunto de ciudadanos, que son todos aquellos que llevan un apellido romano, estén donde estén, y se integran en la «res-publica», es decir, la comunidad unida por un derecho y una gestión común propios" (p. 55).

10. D'Ors, Álvaro. DERECHO Y SENTIDO COMÚN. España. Civitas. 1995. Pág. 76. En esta necesidad natural del hogar familiar, reside la preocupación orsiana, manifestada de modo concreto en la defensa del régimen de libertad hereditaria, concretamente, en la legislación foral de Navarra. Esto porque la propiedad, esencialmente familiar, se prolonga a través de la herencia a modo de previsión a favor de otras personas, especialmente las de la propia familia.

11. Así, por ejemplo, en una urbanización (privada) se cuenta con jardines u otras zonas de uso común para todos aquellos que pertenecen a la misma. Es decir que sin dejar de ser una institución privada, admite cierto grado de publicidad; lo mismo sucede en la propiedad horizontal en la que los copropietarios utilizan en común, por ejemplo, el ascensor y la entrada del edificio. Por ello también las comunidades se hallan sujetas a un derecho específico.

12. Alvira, Rafael. Bien común y justicia social. Pág. 66.

13. La correcta complementariedad supone que no sufra marginación ninguna de las partes, ya que ésta significa en esencia no resultar complementario para nadie.

14. No cabe dudar, por ejemplo, la importancia que tiene para la vida pública un sinnúmero de virtudes que se aprenden en familia, como la magnanimidad, la lealtad, la responsabilidad, la solidaridad, etc. Por el contrario, resulta muy difícil que quien no aprendió en su hogar a hacerse cargo de sus seres queridos, se comprometa con otros ciudadanos en pro del desarrollo social y político de su comunidad.

15. D'Ors, Álvaro. DERECHO Y SENTIDO COMÚN. Pág. 140.

16. Asimismo, brinda una serie de ejemplos de estas situaciones, como "los aparcamientos que impiden el paso, la publicidad pornográfica, la prepotencia de los bancos, la financiación de los partidos y de los periódicos o el envenenamiento industrial del ambiente". En: d'Ors, Álvaro. ESCRITOS VARIOS SOBRE EL DERECHO EN CRISIS. Cuadernos del Instituto jurídico español. España. CSIC. Pág. 145.

17. Alvira, Rafael. "Bien común y justicia social". Pág. 67.

18. D'Ors, Álvaro. DERECHO Y SENTIDO COMÚN. Pág. 106.

19. *Ibid.*, p. 109.

20. D'Ors, Álvaro. UNA INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. España. Rialp. Págs. 28-29.

El problema aparece cuando se quiere identificar o reemplazar el bien común por el interés general. Antes de abordar la cuestión, se necesita distinguir entre bien común y voluntad general. Así, a diferencia del bien común —universal y objetivo— que, si bien no niega el aspecto subjetivo del bien, lo considera sólo inoblicuo, en tanto en cuanto el bien puede superar a la voluntad de cada uno y a la de toda la comunidad, la voluntad general enfatiza el aspecto subjetivo (la objetividad permanece inoblicuo) dando importancia a que la voluntad de la sociedad sea general sin garantizar que quiera el bien. Se trata, sin duda, de un ideal utópico, ya que no es posible la unidad de voluntades en ausencia de un criterio superior que sea factor de unidad de las múltiples voluntades singulares. Frente a esta idea, se presenta la de interés general, en el cual si bien no hay coincidencia de voluntades, existe la disposición de algunos de ceder aunque no estén de acuerdo con la decisión de gobierno. Se trata de una noción de interés de tipo smithiana que busca ser neutra —psicológica y no moral— que sostiene que, en la búsqueda del propio beneficio, se acaba aportando un beneficio mayor a la sociedad.²¹

En definitiva, el concepto de interés general, claramente subjetivo, en cierto modo corrige el utopismo de la voluntad general a la hora de llevar a cabo acciones de gobierno.²² Supone el criterio de mayoría (como elemento que reemplaza al bien) y sus destinatarios son personas o grupos determinados, es decir es limitado y no universal como el bien. No cabe duda de que en el ámbito de la política resulta necesario, aunque nunca puede dar la última palabra. Asimismo, debe contar con una serie de requisitos para que la decisión sea adecuada: se debe tratar de un interés general legítimo, que cuente con apoyo de los ciudadanos (que "interese"), que sea viable, y que aquellos a los que la medida perjudicará sean los menos y sufran lo menos posible.

El interés general es el sustitutivo democrático del bien común, presupone una amalgama de individuos en competencia, cada uno a

la búsqueda del máximo cumplimiento de sus intereses y, desde esa base, propone como ideal inmediato aquel objetivo que más voluntades aglutina. Así mientras el bien común presta atención a la comunidad y, dentro de ella a quienes se encuentran más desprotegidos —con un criterio cualitativo— el interés general atiende a los que más capacidad tienen para suscitar interés en la opinión pública²³; estableciendo el contenido de las políticas con un criterio cuantitativo: el de la mayoría.²⁴ Es claro que esta opción parte de la concepción de la autonomía de la política respecto de todo otro orden previo al que deba someterse la razón, su independencia de la naturaleza humana y la de la comunidad y, más precisamente, de la ética. Por consiguiente, el bien común reconvertido en interés general adolece de un criterio que sí tiene el bien común clásico. Éste se construye para la perfección del hombre; el interés general no.

Aclara d'Ors que por naturaleza el interés es en sí particular (ya sea de una persona o de muchas); ya su etimología inter-esse, señala la necesidad de diferenciar entre una cosa y su contraria. Ejemplifica esta realidad señalando que el contribuyente tiene interés en pagar lo menos posible de impuestos, mientras que la comunidad tiene interés en aumentarlos. Tratándose de una necesidad, lo que se presenta pues es una contradicción de intereses, pero no de bien.²⁵

Otro concepto que interfiere en la correcta intelección del bien común, es el de utilidad pública. Para esta distinción resulta clave el hecho de que la utilidad hace referencia directa al aprovechamiento de algo que no puede ser a la vez público y privado. Por ello, aquello que se considera de utilidad pública no puede ser a la vez de utilidad privada, por razón de incompatibilidad. En el caso del bien, por el contrario, bien público y bien privado no sólo no se contraponen, sino que coinciden.

Sostiene d'Ors que lo que se denomina bien particular es bien común cuando no perjudica a nadie, por el contrario, es interés cuando interfiere con el interés de otra persona o grupo.

Por eso, el bien de una comunidad como la estatal, para ser "bien", debe ser integrable en el bien universal; si no lo es, se trata de "interés" y no de "bien"; en todo caso de "bien público" o interés general, pero no de "bien común".²⁶

A modo de resumen, señala d'Ors, "hemos centrado algo el concepto de «común» como universal, frente al de «público» como particular; no ya del «bien», sino de «interés»".²⁷

4. LO ESTATAL Y LO PÚBLICO

Es claro que se ha llegado a confundir lo estatal con lo público; cuando se habla de la salud pública o la escuela pública, se tiene en mente que es el Estado el titular de esas entidades y que se pueden acoger a ella todos los miembros de la comunidad. En realidad, lo que caracteriza a lo público es más bien su "accesibilidad al público" en un sentido social, es decir, no sólo a los vecinos de un determinado municipio, sino a todos aquellos que "pueden materialmente acceder al servicio, tanto si es estatal como privado o de alguna persona jurídica pública o privada. Así, los «servicios públicos» se entienden como estatales, pero no lo son si se privatizan, y, por lo demás, muchas empresas privadas vienen ofreciendo servicios al público fuera de cualquier oficialidad pública".²⁸ Por ello, para d'Ors lo significativo es el servicio que están llamadas a prestar independientemente de que su titularidad sea pública o privada; por ello, por ejemplo sostiene que "cuando se trata de empresas públicas, o privadas concesionarias de servicios públicos, (...) [el] recurso último a la huelga es inadmisibles, pues perjudica a la comunidad, y es la potestad que controla esas empresas la que debe imponer la solución justa para tales conflictos".²⁹

D'Ors propone el ejemplo de una cafetería, de la que nadie dudará de que es pública ya que, bajo unas mínimas condiciones, es accesible a todos los que deseen utilizar sus servicios. Lo mismo sucede, aunque d'Ors advierte que muchos no desean reconocerlo, con las universidades no-estatales, que son públicas en tanto están abiertas a toda clase de

alumnos que cumplan los requisitos de titulación previa previstos por la ley. También muchas organizaciones no gubernamentales son públicas desde la perspectiva que aquí se señala, ya que ofrecen servicios culturales, deportivos, etc. a todos aquellos interesados que acudan a ellas, más allá de su titularidad no-estatal. En definitiva, la identificación público-estatal, es una falacia, una consecuencia más del afán totalizador del Estado que apunta al monopolio en la prestación de servicios a la comunidad, situación que la realidad desmiente.³⁰

Por otro lado, tampoco lo estatal es siempre público ya que en el ámbito del Estado se llevan a cabo un sinnúmero de actividades dirigidas legítimamente en beneficio de personas particulares (téngase en cuenta, por ejemplo, los contratos de trabajo que se celebran entre la Administración pública y sus empleados). Esto, sin entrar en cuestiones tales como aquellas políticas económicas o sociales que benefician a unos pocos, confundiendo el interés público con el de determinados grupos de interés, constituyendo uno de los diversos modos de corrupción, situación que consiste en la utilización de lo público con fines particulares, situación claramente injusta para con la comunidad política.

En definitiva, la necesaria vinculación entre la titularidad de una institución y los destinatarios de sus servicios resulta una falacia: existen entidades privadas que prestan servicios públicos y entidades públicas que prestan servicios a personas o grupos particulares³¹, en ocasiones en un régimen de ilegalidad.

5. LO PÚBLICO, LO POLÍTICO Y LO ESTATAL

Con respecto a la distinción entre lo público y lo político, se debe partir de una definición de lo político. D'Ors, en numerosas ocasiones, ha hecho suya la de Carl Schmitt, para quien lo político es el ámbito de la decisión y el de la discriminación entre amigo y enemigo³². Esto significa que, si bien hay muchos puntos de contacto entre ambos conceptos, pertenecen a diversos ámbitos de lo real.

21. Distingue Adam Smith entre el interés general y el interés egoísta. El primero supone que "cada individuo necesariamente trabaja en aumentar la renta de la sociedad tanto como le es posible. Es verdad que, en general, ni intenta promover el interés público ni sabe siquiera en qué medida lo está haciendo. Al preferir apoyar a la industria local en vez de a la extranjera, tan sólo le preocupa su propia seguridad; y al dirigir esta industria de forma que produzca lo que pueda ser de más valor, sólo persigue su propia ganancia, y es en éste, como en muchos otros casos, conducido por una mano invisible a promover un fin que no perseguía". Cfr. Smith, Adam. THE WEALTH OF NATIONS, Reino Unido. Penguin Books. [1776 (1974)]. Pág. 43.

22. Si bien se trata de una teoría voluntarista, no hace referencia a la voluntad en su sentido más profundo. La razón es clara: resulta imposible a nivel humano encontrar un elemento común que unifique las voluntades a su alrededor, esto sólo es posible subiendo un escalón en los subsistemas: mientras que la política se desarrolla al nivel de los intereses, éstos sólo pueden unirse cuando la ética entra en juego proponiendo la idea objetiva de bien como fundamento de las decisiones.

23. Los ejemplos son muchos. Uno de ellos es la violencia en la familia: mueren muchos más ancianos por abandono y suicidio, y son asesinados muchos más niños en el vientre de su madre, que mujeres víctimas por malos tratos; pero son éstas las que han merecido mayor atención y una ley particular, gracias a la prensa y a la promoción de la ideología de género, no tanto por atención al bien común de la familia y de la comunidad.

24. Supone este un gran error en la teoría moderna que trae consigo graves consecuencias prácticas: la confusión del interés general con el bien común, pretende afirmar como indiscutible, que el interés general es el de la mayoría, y que, por lo tanto, como es tal, debe prevalecer, cayéndose en un razonamiento circular. Debe perseguirse el interés general, y como éste corresponde con el de la mayoría (porque ¿qué otro podría ser el interés general que no fuera lo que quiere la mayoría?), entonces debe acatarse lo que decide la mayoría porque ello es el interés general y, por lo tanto, es lo justo, lo legítimo y lo bueno. En consecuencia como la democracia es el gobierno de la mayoría, siempre será un gobierno legítimo, justo y bueno. Y, por ello, no hay más ni otro remedio que ser democrata, y quien no lo es debe ser excluido, y además hay que conformarse con la democracia —pese a los defectos que muestre— porque ello es lo que decidió la mayoría, que como tal representa el interés general, y frente a éste debe ceder cualquier interés particular que por ser tal deviene espurio e indefendible. No cabe duda de que si se sostiene la primacía del interés general, el marxismo acierta en su ideal de poner el interés general en manos del grupo mayoritario: el proletariado, éste tiene, entonces, el derecho de tomar el poder y eliminar todo lo que se opone a su criterio mayoritario que además es el del interés general; y, por lo tanto, toda oposición e interés particular es ilegítimo y como tal debe ser aplastado. Ya se ve cómo el criterio de las mayorías, además de ser intrínsecamente variable, da lugar a todo tipo de ideologías sin posibilidad de juicio de valor.

25. Cfr. D'Ors, Álvaro. BIEN COMÚN Y ENEMIGO PÚBLICO. Págs. 23-24.

26. Ibid., p. 19. Alude a la misma idea cuando señala que el bien común es "el bien total del grupo, que se puede oponer a la utilidad singular, pero nunca se opone al bien personal", es decir que "lo que es bueno, lo es en sí y para todos". En: d'Ors, Álvaro. ENSAYOS DE TEORÍA POLÍTICA. Págs. 112 y 121, respectivamente.

27. D'Ors, Álvaro. BIEN COMÚN Y ENEMIGO PÚBLICO. Pág. 26. De acuerdo con estos conceptos, se ve con claridad por qué d'Ors aplica los adjetivos común al bien y privado al enemigo, en el título de su último libro: Bien común y enemigo público, esto porque el bien siempre es común (universal), mientras que el adjetivo público, se aplica a la enemistad que amenaza directamente a una comunidad determinada (y no a una enemistad particular, aunque sea "públicamente" conocida), cfr. p. 47.

28. Ibid., p. 21.

29. D'Ors, Álvaro. NUEVA INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. España. Cuadernos Civitas. 1999. Pág. 167.

30. Qué duda cabe que muchas veces las emisoras estatales de radio y televisión no son públicas porque difunden un contenido claramente partidista, es decir en servicio de un grupo de interés y no a favor de la comunidad en general. Por el contrario, con facilidad se pueden encontrar emisoras privadas que prestan un servicio mucho más público porque colaboran con la comunidad a la que pertenecen de un modo más general. Así, por ejemplo, resulta artificial distinguir el servicio cultural que presta a la comunidad de Madrid el Museo del Prado (de titularidad estatal) del Museo Thyssen (de titularidad privada).

31. Un ejemplo claro es la financiación estatal de los partidos políticos.

32. D'Ors, Álvaro. BIEN COMÚN Y ENEMIGO PÚBLICO. Pág. 50.

Lo público se define por su carácter particular, en contraposición a lo universal y por su dimensión de servicio a la comunidad por medio de la realización de determinadas tareas. Público no es lo que nos antecede, como lo común, sino lo que se expresa o se pone a disposición de un grupo mayor o menor de personas. Lo público es disponible.

Lo político, a su vez, se define con relación a la tarea de gobierno, que se desempeña tanto en el ámbito público como privado y que no se reduce al ámbito de lo estatal, aunque hoy en día se entienda comúnmente así. En efecto, hay numerosas decisiones de política familiar, empresarial, etc. que afectan al ámbito privado (normas acerca del modo de ejercer los derechos personales, el gran campo de los contratos comerciales, etc.) en el que el Estado no juega ningún rol. Se puede decir que todas aquellas decisiones políticas que conciernen a las diversas áreas del derecho privado, se encuentran estrictamente fuera del ámbito de lo público, aunque —como ya se ha señalado— sus consecuencias lo alcanzan. Político es, en definitiva, todo aquello que contribuye al buen gobierno de la polis.

Resulta de especial interés la distinción entre lo político y lo estatal ya que pone de manifiesto el diagnóstico fundamental que hace d'Ors acerca de la causa de la crisis del Estado: su pretensión de identificar lo común con lo público, lo público con lo privado y absorber todos estos conceptos en lo estatal, incluyendo también lo político. En definitiva, un modo distinto de señalar que la potestas, hoy el Estado, avanza sobre todos los demás ámbitos de la vida con afán de dominar sobre ellos. En efecto, mientras que la política estrictamente se refiere a la actividad de gobierno, lo estatal se dice de una institución particular —el Estado— en su dimensión no sólo política, sino también económica, social, etc. Así, la política se realiza no sólo en el seno de la comunidad política, ni siquiera con exclusividad en el ámbito de lo público, como se aprecia en la existencia de "políticas de empresa", "políticas familiares", etc. En definitiva, toda institución para funcionar requiere de un gobierno y en eso consiste esencialmente la política.

6. CONCLUSIÓN

A pesar de la propaganda actual, es importante recalcar que lo estatal no siempre es político, como sucede con las tareas que llevan a cabo las empresas estatales en tanto instituciones productivas o prestadoras de servicios. Es decir que, por un lado, la política resulta un concepto más abarcador en cuanto resulta necesaria más allá de la actividad del Estado en toda institución, ya que sin gobierno no pueden prosperar; pero, por otro, lo estatal abarca más porque su tarea tiene que ver no sólo con la política, sino con otras áreas del conocimiento y de la acción. El error de la confusión que hoy existe entre ambos términos, que se

utilizan con frecuencia casi como sinónimos, responde a la realidad de que el Estado pretende constituirse en la única instancia política, dominando las políticas propias de instituciones ajenas. En definitiva, se trata de la ideología de tinte socialista que identifica sociedad civil con Estado y, por lo tanto, gobierno con política estatal.

Ante esta situación, resulta necesario reafirmar que el Estado, adopte el régimen que sea, no es la forma y acto que da unidad última a la sociedad civil, sino que es una institución de ella, muy importante, pero junto a otras; y que lo que da unidad y —por tanto— ser a la sociedad, es una realidad que trasciende no sólo al Estado sino a la esfera política en cuanto tal.

En suma, el Estado moderno al confundir lo común con lo público, lo público con lo privado y lo estatal con lo político, pretende absorber en sí todos los conceptos. De este modo lo común y lo privado quedan reducidos a un mínimo y la política es, a su vez, desnaturalizada, ya que pasa a significar sólo el gobierno estatal. De este modo el Estado aniquila a la sociedad civil impidiendo que tenga lugar en ella todo otro gobierno.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Alvira, Rafael. Bien común y justicia social en las diferentes esferas de la sociedad. *REVISTA EMPRESA Y HUMANISMO*, vol. XII 2/09, España, 2009.
- Aristóteles. *POLÍTICA*. (ed. bilingüe, y trad. Julián Marías y María Araujo; introducción y notas de Julián Marías). España. Instituto de estudios políticos. [384-322 a.C. (1951)].
- Ayuso, Miguel. A propósito de la crisis del Estado y el pretendido retorno de la sociedad civil. En: Forment, E., (1993), *DIGNIDAD PERSONAL, COMUNIDAD HUMANA Y ORDEN JURÍDICO*, vol. I, España. Balmes. pp. 155-159.
- Betancourt Serna, Fernando. *DERECHO ROMANO CLÁSICO*. España. Universidad de Sevilla. 1995.
- Cantero Nuñez, Estanislao. Evolución del concepto de democracia. En: *¿CRISIS EN LA DEMOCRACIA?* España. Speiro. pp. 5-35.
- Cruz Prados, Alfredo. *ETHOS Y POLIS: BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN DE LA FILOSOFÍA POLÍTICA*. España. Eunsa. 1999.
- D'Ors, Álvaro. *UNA INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO*. España. Rialp. 1963.
- D'Ors, Álvaro. *ESCRITOS VARIOS SOBRE EL DERECHO EN CRISIS*. Cuadernos del Instituto jurídico español. España. CSIC. 1973.
- D'Ors, Álvaro. *ENSAYOS DE TEORÍA POLÍTICA*. España. Eunsa. 1979.
- D'Ors, Álvaro. *LA VIOLENCIA Y EL ORDEN*. España. Dyrsa. 1987.
- D'Ors, Álvaro. *DERECHO Y SENTIDO COMÚN*. España. Civitas. 1995.

D'Ors, Álvaro. *NUEVA INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO*. España. Cuadernos Civitas. 1999.

D'Ors, Álvaro. *BIEN COMÚN Y ENEMIGO PÚBLICO*. España. Marcial Pons. 2002.

Negro Pavón, Dalmacio. *ESTUDIOS SOBRE CARL SCHMITT*. España. Fundación Cánovas del Castillo. 1996.

Schmitt, Carl. *EL CONCEPTO DE LO POLÍTICO*. España. Alianza. [1927 (1999)].

Smith, Adam. *THE WEALTH OF NATIONS*, Reino Unido. Penguin Books. [1776 (1974)].

INTERPRETACIÓN Y EQUIDAD: LA VIRTUD DE LA EPIQUEYA EN SUÁREZ

INTERPRETATION AND EQUITY: THE VIRTUE OF EPIKEIA ACCORDING TO SUAREZ

MA. IDOYA ZORROZA²

El trabajo expone las tesis de Francisco Suárez (1548-1617) sobre la equidad o epiqueya, especialmente en las formulaciones que expone en su *Tractatus de legibus*. Ella es, según Suárez –y siguiendo en esto la tradición en que se inserta– aquella virtud que enmienda la ley en lo que ésta falla debido a su carácter universal, es decir, por el desajuste entre ese carácter general y su aplicación a la variabilidad y riqueza de circunstancias de aquello sobre lo que se aplica: la realidad de la acción humana. Esta tesis, lejos de reforzar un individualismo y subjetivismo, destaca, por un lado, la relación entre ley y justicia en sentido pleno, por otro lado, que su aplicación sólo a aquellos casos en que hay posibilidad de ese desajuste (en el plano de la ley positiva, nunca en la ley natural o divina, según este jesuita) por la interna falibilidad de ésta, y finalmente, el carácter social de la persona y la función de la ley como afirmadora y constructora de ese bien común al que toda acción humana concreta y particular se ordena.

Palabras claves: Equidad, epiqueya, Suárez, ley, justicia, escolástica española, siglo XVI

This paper deal with the theory of Francisco Suarez (1548-1617) about equity or epikeia, especially in his *Tractatus de legibus*. According to Suarez (who follows the aristotelian and tomistic tradition), epikeia is the virtue who amend the law when it fails due to its universality –i.e. the mismatch between its general character and its application to the rich and varied circumstances of human action. This thesis about epikeia, far from strengthening individualism and subjectivism –according to Suarez–, it stands at least three relevant conclusions: first, the relationship between law and justice in the fullest sense; second, its application only to cases where there is a possibility for the deviation

(in terms of positive law, never natural or divine law, as this Jesuit Theologian) show the internal fallibility of positive law; third, the social character of human being and the role of law as stating and constructing the common good that every action concrete and particular human commands.

Key words: equity, epikeia, Suarez, law, justice, Spanish Scholastic, XVIth century

1. PRESENTACIÓN

En una reciente publicación se destacaba la creciente atención en los últimos veinte años por el periodo histórico que separa (y al mismo tiempo une como un puente) la edad media del comienzo de la edad moderna³ Ciertamente su conocimiento no sólo es preciso para una comprensión sin lagunas del desenvolvimiento de las teorías y conceptos con los que ahora comprendemos los problemas y articulamos las respuestas, sino también porque en esta época –muchas veces minusvalorada ante la consideración de dos reconocidas cumbres del pensamiento, como lo fueron el siglo XII en las grandes síntesis medievales, la tomista y la franciscana, y el siglo XVII con los orígenes del pensamiento moderno (ilustración, racionalismo, empirismo)– se realizó un esfuerzo especulativo de primer orden con vistas a la comprensión del nuevo mundo que entonces comenzaba.

Y en esa atención, un foco central se ocupa de las doctrinas del ámbito ético y moral. Tal vez porque ya es reconocido que en ese paso de la edad medial a la contemporánea se ha procedido a una pérdida clara: la de la noción de virtud⁴ e incluso porque los ricos debates de la escolástica previa al desarrollo del pensamiento moderno no sólo aportan herramientas para la comprensión de cómo éste pudo surgir,

sino también respuestas alternativas a los problemas que el mismo pensamiento moderno quiso resolver.⁵

En este contexto, la atención contemporánea por las llamadas éticas de la virtud⁶, frente a las concepciones deontológicas y formales modernas, no sólo ha revitalizado el estudio de tesis aristotélico-tomistas, sino también la de aquellos autores de la escolástica española del siglo XVI que, además, han jugado un papel decisivo en la configuración del mismo pensamiento filosófico y jurídico moderno, como es el caso de Francisco Suárez, el autor que aquí se va a considerar.

Un tema de particular interés en el texto aristotélico de la *Ethica Nicomachea*, y que fue reiteradamente comentado por autores posteriores, se refiere a aquella forma de justicia que identificamos como equidad o epiqueya. Aristóteles sólo señala sumariamente que en algunas ocasiones en que cumplir la ley causa una grave injusticia, se debe seguir la equidad. Y dice que “es lo justo y mejor que cierta clase de justicia” mas no es mejor “que la justicia absoluta”⁷.

Éste tema, incorporando además la reflexión filosófico-jurídica romana y las aportaciones patrísticas y bíblicas, cristalizó en la atención medieval sobre la equidad o epiqueya.⁸ Tomás de Aquino sintetizó lo relativo a la equidad o epiqueya y la incorporó (en particular en su *Summa Theologiae*) a la virtud de la justicia como una de sus partes. Y los comentaristas⁹ de los siglos XVI y XVII la abordaron en sus textos, y posteriormente en sus tratados *De legibus* y *De iustitia et iure*. En

Francisco Suárez, y como horizonte general para abordar cuál es el desarrollo de este jesuita del concepto de equidad o epiqueya –pese a lo complejo del tema–, podemos diferenciar una triple temática. Así, preguntar qué es la epiqueya o equidad nos llevaría a tratar tres cuestiones claramente diferenciadas.¹⁰

En primer lugar, un problema que podríamos llamar nominal, y que consiste en determinar qué se considera propiamente equidad o epiqueya. Las respuestas a esta cuestión son múltiples. Por un lado, según una primera acepción, en cuanto lo propio de la justicia es lograr la equidad [aequitas], parece que equidad es o bien el objeto o bien la misma justicia identificándose con ella. La epiqueya ha sido incluida sistemáticamente –desde Aristóteles– como una parte de la justicia o un sentido concreto de ésta, haciendo referencia particular a aquella forma de enfrentarse a los casos que por su excepcionalidad o particularidad quedan fuera de las palabras de la ley o en ellos falla la ley.¹¹ En este sentido la epiqueya es justicia, o a lo sumo una herramienta que hace llegar la justicia allí donde falla la ley o cuando esa misma ley da lugar a lo contrario de lo que busca (evitando aquello que expresa el adagio: *summum ius, summa iniuria*).¹² Sin embargo, por otro lado, también se la considera un atemperamiento, suavización o exención de la ley¹³ desde instancias externas (o incluso superiores) a la propia justicia (tal como era utilizada en la tradición bíblica y patrística).

5. Así, por ejemplo, la atención a las doctrinas económicas en la escolástica española, por cuanto adelantaron tesis y análisis a lo que es considerado el origen de la economía como ciencia (asociado al liberalismo inglés) desde marco antropológico diferenciado, cfr. a este respecto los estudios de Schumpeter, Joseph Alois. *HISTORIA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO*, España (Barcelona), Ariel. 1971. Págs. 141 y 136; Grice-Hutchinson, Marjorie. *EARLY ECONOMIC THOUGHT IN SPAIN, 1170-1740*. Reino Unido (London), Allen & Unwin. 1975 (trad. cast.: *EL PENSAMIENTO ECONÓMICO EN ESPAÑA (1177-1740)*, España (Barcelona), Crítica-Grijalbo. 1982); *THE SCHOOL OF SALAMANCA, READINGS IN SPANISH MONETARY THEORY*. Reino Unido (Oxford), Clarendon Press. 1952 (trad. cast.: *LA ESCUELA DE SALAMANCA: UNA INTERPRETACIÓN DE LA TEORÍA MONETARIA ESPAÑOLA, 1544-1605*. España (León), Caja España, Obra Social. 2005). Chafuen, Alejandro A.: *CHRISTIANS FOR FREEDOM. LATE-SCHOLASTIC ECONOMICS*. USA (San Francisco), Ignatius Press. 1986 (ed. cast. *ECONOMÍA Y ÉTICA. RAÍCES CRISTIANAS DE LA ECONOMÍA DE LIBRE MERCADO*, Rialp, Madrid, 1991).

6. Puede verse, por ejemplo, la obra de MacIntyre, Alasdair. *AFTER VIRTUE: A STUDY IN MORAL THEORY*. USA (Notre Dame), University of Notre Dame Press. 1981 (trad. cast. España (Barcelona), Crítica. 1987. Cfr. González, Ana Marta. *ÉTICAS SIN MORAL*. En *Pensam.cult*, 12, 2, 2009. Pág. 305.

7. Aristóteles. *ETHICA NICOMACHEA*, V, 10, 1137 b 25; cito la edición: *ÉTICA NICOMACHEA*. España (Madrid), Gredos. 1995. Aristóteles. *ETHICA NICOMACHEA*, V, 10, 1137 b 25; cito la edición: *ÉTICA NICOMACHEA*. España (Madrid), Gredos. 1995.

8. Cfr. los trabajos histórico-sistemáticos más completos sobre el tema al que podemos remitirnos, como los de Riley, Lawrence Joseph. *THE HISTORY, NATURE AND USE OF EPIKEIA IN MORAL THEOLOGY*, Dissertation, USA (Washington), The Catholic University of America. 1948; D'Agostino, Francesco. *EPIEIKEIA. IL TEMA DELL'EQUITÀ NELL'ANTIQUITÀ GRECA*. Italia (Milano), Giuffrè. 1973; *LA TRADIZIONE DELL'EPIEIKEIA NEL MEDIOEVO LATINO. UN CONTRIBUTO ALLA STORIA DELL'IDEA DI EQUITÀ*. Italia (Milano), Giuffrè. 1976; entre otros. Más recientemente, por ejemplo, Rodríguez Luño, Ángel. *LA VIRTÚ DELL'EPIEIKEIA. TEORIA, STORIA E APPLICAZIONE*. Parte I: *DALLA GRE-CIA CLASSICA FINO A F. SUÁREZ*. *Acta Philosophica*, Italia (Roma), 6, 1997. Págs. 197-236; Parte II: *DAL CURSUS THEOLOGICI-CUS DEI SALMANTICENSIS FINO AI NOSTRI GIORNI*. *Acta Philosophica*. Italia (Roma), 7, 1998. Págs. 65-88. El tema, al hacer confluír una reflexión no sólo filosófica (antropológica y de filosofía moral) sino también de ambos derechos (civil y canónico) ha de atender además a diversos planos en los asertos de estos autores que, si bien especialmente dedicados a problemas de filosofía moral, no dejaron sin tratamiento temas de historia y filosofía del derecho.

9. Cfr. el paso del comentario a las Sentencias de Pedro Lombardo, por la *Summa Theologiae*, de Tomás de Aquino: García Villoslada, Ricardo. *LA UNIVERSIDAD DE PARÍS DURANTE LOS ESTUDIOS DE FRANCISCO DE VITORIA (1507-1522)*. Italia (Roma), Universitatis Gregoriana, Analecta Gregoriana, XIV. 1938. Págs. 308-319.

10. Utilizamos ambos términos epiqueya y equidad indistintamente, pues así lo hace Suárez, aunque en la tradición se han planteado posturas divergentes. En este caso (y como bien advierte Riley, Lawrence Joseph. Op.cit. Págs. 4, 18, etc.) las consideramos como equivalentes puesto que en el contexto del pensamiento escolástico español de los siglos XVI y XVII (marco de nuestro trabajo) así son considerados e identificados ambos conceptos. Esto ha llevado incluso (Pág. 9, citando varias fuentes lexicográficas) a que estos autores quisieran dar una clara aproximación (o hasta una misma raíz) a sus fuentes terminológicas.

11. Éste es el principal sentido tomado por Tomás de Aquino y, posteriormente, por sus comentaristas: Tomás de Vio (Cardenal Cayetano), Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, y por supuesto también Francisco Suárez. El doble uso de equidad o epiqueya (con maticiones propias): por un lado, significa una virtud moral (el “fuero interno”); por otro, es un mecanismo del derecho positivo que en la historia de esta disciplina ha tenido una reflexión y normativación propia. Cfr., por ejemplo, Hamel, Edouard. *L'USAGE DE L'EPIEIKEIA*. *Studia Moralia dell'Accademia Alfonsiana*, 3, Italia, 1965. Págs. 49-60.

12. Cfr. Aristóteles. *ETHICA NICOMACHEA*, V, 10, 1137 b 13-25.

13. La oposición o al menos diferencia clara entre *ius* y *aequitas* ya se encuentra (con la consiguiente matización) en los propios textos aristotélicos, cfr. *RETHORICA*, I, 13, 1374 a 27ss. (utilizo la edición bilingüe de A. Tovar, España (Madrid), Centro de Estudios Constitucionales. 1985. Págs. 71-72) al afirmar: “lo equitativo parece que es justo, pero es equitativo lo justo más allá de la ley escrita”, para señalar más adelante (1374 b 11ss.) “ser indulgente con las cosas humanas es también de equidad”. En la misma dirección, otro lugar recurrente que diferencia equidad de derecho es Cicerón, Marco Tulio. *DE ORATORE*, I, 56, 240 (cito por España (Madrid), Gredos. 2002. Pág. 189).

1. Una versión anterior y más reducida de este trabajo fue publicada en Cruz Cruz, Juan. *LA GRAVITACIÓN MORAL DE LA LEY SEGÚN FRANCISCO SUÁREZ*. Pamplona (España), Eunsa, 2009. Págs. 109-122. Resultado del proyecto Justicia e interpretación de la ley en el Siglo de Oro (Escuelas de Salamanca y Coimbra), financiado por el Ministerio de Educación FF12008-02803/FISO (años 2009-2011).

2. La Doctora Idoya Zorroza es Profesora asociada y Técnico investigador del Departamento de Filosofía en la línea especial pensamiento clásico español de la Universidad de Navarra. También es Profesora visitante de la Universidad de Piura. Secretaria de Colección de Pensamiento Medieval y Renacentista.

3. Cfr. Kraye, Jill y Risto Saarinen. *MORAL PHILOSOPHY ON THE THRESHOLD OF MODERNITY*. The Netherlands, Springer. 2005. Pág. 1.

4. Loc.cit. También ratifica la especial preocupación por la problemática moral, por ejemplo: Lines, David A. *HUMANISTIC AND SCHOLASTIC ETHICS*. En Hankins, James (ed.). *THE CAMBRIDGE COMPANION TO RENAISSANCE PHILOSOPHY*. UK (Cambridge), Cambridge University Press, 2007. Pág. 304.

Y esto, ya porque juzga la acción según una medida que supera la propia de la justicia legal con benignidad, benevolencia o caridad; ya porque la matiza y atempera eliminando su firmeza o su severidad y quebrando la estricta igualdad que parece exigir la norma.¹⁴

En segundo lugar, el problema de la naturaleza o esencia de la equidad o epiqueya. Ella parece consistir —según leemos en los distintos tratados que siguen la formulación aristotélico-tomista— en una interpretación de la ley para un caso particular (interpretación que rebaja o incluso omite la exigencia de cumplimiento de dicha norma) para hacer esa ley en cuestión más tolerable al individuo, o debida a los daños que su cumplimiento originan para el individuo y la comunidad. Es considerada —se nos dice— como una herramienta que rectifica, corrige o enmienda el desajuste que se produce para la acción práctica en el marco de la justicia (acción que de suyo es particular y concreta) el ser regulada por una ley que es esencialmente general y abarca una comunidad de casos aspirando a la universalidad. Pero, tanto en uno como en otro caso, hablar de epiqueya no tiene nada que ver con un rebajamiento o matización injusta de la ley, sino con la búsqueda de una justicia más plena de la que resultaría de seguir la norma de manera estricta (y en cierto modo mecánicamente), por cuanto la mera aplicación de la ley lesionaría la misma justicia y realidad que debería guardar y proteger. Por ello, como se ve en Suárez, la pregunta por la epiqueya plantea, por un lado, la relación que hay entre ley (norma de acción dirigida a un sujeto moral y en el marco de una comunidad) y justicia (la relación que hay entre ley objetiva —o justicia legal— y justicia en sentido pleno); y por otro lado, la relación que hay entre la ley y lo buscado u ordenado por ella, en una relación que implica una interpretación y comprensión de la ley y no su mera ejecución. Esta interpretación tiene como trasfondo la relación y diferencia entre la justicia legal y la virtud de la

justicia. Con este telón de fondo, la pregunta (de carácter práctico e incluso jurídico) es quién y en qué casos puede aplicar la epiqueya para no incurrir en injusticia al aplicar estrictamente la ley.

En tercer lugar, se encuentra el problema de cuál es la realidad de la equidad o epiqueya, que lleva a Suárez, como a Tomás de Aquino y Aristóteles, a entenderla —más allá de su función jurídica¹⁵ y apoyándose ésta en aquella—, como una virtud moral, parte de la virtud de la justicia y con una particular vinculación con la virtud de la prudencia —y específicamente con aquella de sus partes que mira la determinación en circunstancias extraordinarias y urgentes—. Y como virtud, y virtud moral, qué es como una cualidad del hombre justo.

En este trabajo sólo vamos a señalar los temas abordados por Francisco Suárez en relación al segundo problema, la pregunta acerca de la naturaleza y función de la epiqueya, exponiendo los elementos más significativos de su pensamiento.

2. LA NATURALEZA DE LA EPIQUEYA

1. Para ver cuál es la naturaleza de la epiqueya o equidad en Suárez hemos de remitirnos, especialmente, al tratamiento del tema que Tomás de Aquino propone,¹⁶ en particular, en el marco de su *Summa Theologiae*,¹⁷ tanto en el Tratado de la ley, como en su Tratado de la justicia. Los comentaristas que, avanzado el siglo XVI hacia el XVII, tratan de la epiqueya se apoyan fundamentalmente en estos textos para elaborar sus tratados *De iustitia et iure* o *De legibus*.¹⁸

En su *De legibus*¹⁹ Suárez expresa que el principal sentido de epiqueya es el ser una “enmienda de lo justo legal porque [...] la ley no debe observarse en un caso en el que el observarla sería un error práctico contrario a la justicia o a la equidad natural”²⁰. Es decir, un error causado por el desajuste entre su universalidad y la aplicación debida a un caso particular. Por eso son epiqueya aquellas interpretaciones “por las cuales interpretamos que una ley falla, en un caso particular, por razón de su universalidad, es decir, porque la ley se dio en términos generales y en algún caso particular falla de tal manera que en él no puede observarse justamente”.²¹ Así, la epiqueya es una concreta exención, interpretación o cese de una ley humana siguiendo unos determinados requisitos (por las que se diferencia de otro tipo de exención, cese o interpretación), pero en sí misma no implica apartarse de la justicia, por cuanto es justa no siguiendo la ley sino como corrección de ella.²² Con esta definición, Suárez no se aparta de la exposición aristotélica de epiqueya en este punto, tal como el de Aquino asume y expone en su *Summa*.²³

2. A la hora de determinar qué tipo de exención de la ley es ésa que llamamos equidad o epiqueya, y cómo se aplica, la postura suareciana resulta de gran valor por sus determinaciones, al tiempo que asume y recoge el legado de sus predecesores.²⁴

Si seguimos la exposición del propio Francisco Suárez hemos de precisar con él que respecto de la ley cabe dar interpretación, cese, dispensa, exención y otras formas en que la ley se matiza o anula; y aunque en sentido amplio parece que estos términos son sinónimos de epiqueya, ésta tiene un concreto y determinado sentido que la diferencia de las demás.

La epiqueya no es dispensa: “[a] la interpretación de la ley en los casos oscuros se le da el nombre de dispensa”, dice Suárez²⁵, entendiéndose dispensa como aquella interpretación de la ley por la que “es lícito hacer lo que ellas [las leyes] prohíben” o “es lícito dejar de hacer lo que ellas

mandan”.²⁶ Sin embargo Suárez —como ya lo hicieron antes Cayetano y Vitoria comentando al Aquinate²⁷—, rechaza que la epiqueya sea cualquier tipo de privilegio o exención. No falla la aplicación de la ley en dicho caso particular porque el sujeto que debería hacerla sea excluido (privilegiado por el legislador) o porque la misma aplicación de la ley sea suspendida por otras circunstancias, sino que falla porque para este caso particular la ley no se aplica (porque causa lo contrario de lo que busca). Tampoco es epiqueya el que la ley haya dejado de ser operativa (sea porque la realidad que quería regular ya no exista o porque hayan cambiado las circunstancias); se aplica la epiqueya no porque haya un problema en la misma ley sino en la aplicación de una ley válida y justa a un caso particular.

Concretando un poco más, dice Suárez que “conviene distinguir entre interpretación de la ley y la epiqueya propiamente dicha o equidad, porque la interpretación de la ley tiene un sentido mucho más amplio que la epiqueya: existe entre ellas la relación de cosa superior y cosa inferior”²⁸. La epiqueya se considera como un tipo concreto de interpretación de la ley en la medida en que cumple una serie de condiciones. La interpretación es a la epiqueya como el género a la diferencia o el todo a la parte, de manera que “toda epiqueya es interpretación de la ley, pero no toda interpretación de la ley es epiqueya”²⁹.

Ciertamente, las leyes requieren de interpretación por varios motivos. Es necesaria para la aclaración de su verdadero sentido en expresiones oscuras o ambiguas que pueden ser entendidas de maneras diversas, no todas correctas (sería el caso de una interpretación doctrinal)³⁰; también hace falta para enmendar y corregir la ley de modo que se ajuste mejor a su intención primera. Pero ninguno de estos casos es epiqueya; sólo lo es la corrección de la ley en el desajuste que ella tiene, en un caso concreto, debido a su propia universalidad y generalidad.

14. Por ejemplo, Suárez, Francisco. TRACTATUS DE LEGIBUS AC DEO LEGISLATORE [TRATADO DE LAS LEYES Y DE DIOS LEGISLADOR], L. Pereña / A. Vidal (edición y estudios preliminares). España (Madrid), CSIC, Instituto Francisco de Vitoria. 1975 (cito indicando el libro en números romanos, capítulo y número, por esta edición); aquí DE LEGIBUS, l. c. 2, n. 10; también VI, c. 6, Pág. 653, n. 5: epiqueya o equidad palabra que designa la justicia, o para designar la “moderación de espíritu”, “a veces se contraponen al derecho —se entiende al escrito y riguroso—, o “cierta conveniencia o benignidad del derecho... justicia mezclada con el dulzor de la misericordia”. Este segundo sentido fue predominante en la tradición patristica al considerar la equidad. Cfr. Riley, Lawrence Joseph. Op.cit. Págs. 17-18. Sin embargo, como se ha señalado en la nota 10, Suárez utiliza equidad en sentido propio sólo en el primer caso. En este trabajo nos vamos a centrar sólo en la obra de madurez suareciana De legibus, sin atender al tratamiento de la epiqueya presente en sus lecciones romanas sobre justicia y derecho (editadas posteriormente): Suárez, Francisco. DE IUSTITIA ET IURE. En Gires, Joachim (ed.). DIE GERECHTIGKEITSLEHRE DES JUNGEN SUAREZ (Edition und Untersuchung seiner römischen Vorlesungen De iustitia et iure). Alemania (Freiburg), Verlag Herder, 1958. Págs. 29-122.

15. Omíto las referencias a una reflexión jurídica sobre la epiqueya, si bien es un interesante campo de estudio; cfr. por ejemplo el reciente libro de Falcón y Tella, María José. EQUITY AND LAW. The Netherlands (Leiden), Brill. 2008. Allí (Pág. 1) señala la tensión entre mundo factual y mundo normativo o ideal, y la aplicabilidad del segundo al primero, como el marco del tratamiento de la equidad o epiqueya; para la que hace una revisión histórico-sistemática del término. Otros trabajos consultados, que pueden citarse como planteamientos más concretos de su aplicabilidad: Sabelli, Héctor E. EQUIDAD Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. En La ley, 2001. Págs. 453-470.

16. Como se ha mencionado ya, el tema de la epiqueya o equidad ha surgido de varias fuentes que en la historia del pensamiento se han cruzado y enriquecido; por un lado la tradición jurídica (especialmente romana y, en la Edad Media, la tradición canónica), por otro lado, la tradición escriturística y, en tercer lugar, la reflexión filosófica que arranca desde los griegos, especialmente de Aristóteles. En Tomás de Aquino confluyen estas tres tradiciones, por ello es la referencia principal. Para un estudio en detalle del concepto de epiqueya en la segunda de sus tradiciones, cfr. Marino, Antonio di. L’EPIKEIA CRISTIANA. En Divus Thomas, Italia, 29, 1952. Págs. 396-424.

17. Concretamente: cuando Tomás de Aquino plantea su aplicación en los juicios y en lo propio del oficio del juez: SUMMA THEOLOGIAE, II-II, q60, a5; cuando esquematiza cuál es la división de la virtud de la justicia en sus partes: II-II, q80; y finalmente cuando desarrolla qué es ella como parte de la virtud de la justicia: II-II, q120; textos que se complementan con otros lugares: IN ETHICAM, V, lect16; IN SENTENTIARUM, III, d37, q1, a4. Utilizo, además de la Leonina, las siguientes ediciones: de la SUMMA THEOLOGIAE la traducción castellana publicada en España (Madrid), BAC. 1989, 1990 y 1994; del COMENTARIO A LA ÉTICA, la traducción de España (Pamplona), Euns. 2001; y del COMENTARIO A LAS SENTENCIAS DE PEDRO LOMBARDO, la edición de Cruz Cruz, Juan, que está siendo publicada en España (Pamplona), Euns. 2003 y siguientes.

18. Según relata Riley, Lawrence Joseph. Op.cit. Pág. 47; apoyándose en el estudio de D’Angelo, Sossio. DE AEQUITATE IN CODICE IURIS CANONICI, Apollinaris, Italia, 1, 1928. Págs. 379-383: no es indiferente el tratamiento de la epiqueya o equidad en la I-II y en la II-II; en la primera, el tratamiento de la cuestión se realiza fundamentalmente en un marco jurídico; en el Tratado de la justicia de la SUMMA THEOLOGIAE, la epiqueya remite principalmente a un concepto ético, del fuero interno; y los comentaristas que se detuvieron en los tratados De legibus dieron mayor peso a las cuestiones jurídicas vinculadas con la equidad (de ahí que algunos autores justifiquen en esto la dirección que recibió el tema avanzado el XVII hacia temas de normatividad jurídica y cierto casuismo). Sin embargo, plantear una diferencia neta entre equidad y epiqueya apoyado en este doble enfoque no me parece totalmente pertinente.

19. Suárez trata el tema de la equidad o epiqueya principalmente en DE LEGIBUS, II, c. 16, donde plantea si puede haber una interpretación de la ley natural o su exención en la forma de epiqueya; en el libro V, c. 23 al preguntar si cabe epiqueya en las leyes que invalidan el acto y en el libro VI, c. 6-c. 9 donde plantea si hay, cuándo y cómo se da la epiqueya en las leyes humanas; en su comentario a Summa Theologiae (cfr. Suárez, Francisco. OPERA OMNIA. Vol. 16, 2: Commentaria in secundam secundae D. Thomas. Francia (Parisiis), Ludovicum Vivés. 1877) sigue la misma división y exposición.

20. Suárez, Francisco. DE LEGIBUS, II, c. 16, n. 4, Pág. 174.

21. Suárez, Francisco. DE LEGIBUS, II, c. 16, n. 4, Pág. 174. En ese sentido —dice Hugon, Edouard. DE EPIKEIA ET AEQUITATE. Angelicum, Italia (Roma), 5, 1928. Págs. 359-367—, se señala el doble efecto de ésta: la ley ha de ser enmendada en tal caso y el derecho estricto suavizado (Pág. 359) mirando a una regla superior de los actos humanos (Pág. 360 y 364) —o como también se ha dicho, con la epiqueya o equidad como una forma de superjusticia—, para lo que se retoma la afirmación del Aquinate: “quasi superior regula humanorum actuum”; SUMMA THEOLOGIAE, II-II, q120, a2, co.

22. Tomás de Aquino. IN ETHICAM, V, lect16, n778.

23. Cfr. los lugares señalados supra; para una revisión histórica (y comparativa) de este concepto, además de los trabajos de Riley y D’Agostino mencionados, debe citarse: Robleda, Ollis. LA AEQUITAS EN ARISTÓTELES, CICERÓN, SANTO TOMÁS Y SUÁREZ. ESTUDIO COMPARATIVO. Miscelánea Comillas, España, 15, 1951. Págs. 241-279.

24. Así lo destaca Hamel, Edouard. L’USAGE DE L’EPIKIE. Pág. 61.

25. Suárez, Francisco. DE LEGIBUS, II, c. 16, Pág. 173.

26. Suárez, Francisco. DE LEGIBUS, II, c. 16, n. 3, Págs. 173-174. La epiqueya se considera en el epígrafe referido a la interpretación de la ley en lo dedicado a cese parcial, y continuado con el cese total de ella. Según Elorduy (Elorduy, Eleuterio. LA EPIQUEYA EN LA SOCIEDAD CAMBIANTE (TEORÍA DE SUÁREZ). Anuario de Filosofía del derecho, España (Madrid), 13, 1967-68. Pág. 241 y siguientes) su análisis es esencialmente jurídico.

27. Tomás de Aquino. SUMMA THEOLOGIAE, I-II, q96, a6; y Cayetano y Vitoria comentando el mismo lugar (cfr. Cayetano. SANCTI THOMAE AQUINATIS... OPERA OMNIA CUM COMMENTARIIS THOMAS DE VIO CAIETANI. Italia (Roma), Typographia Polyglota. 1895; Vitoria, Francisco de. COMENTARIO AL TRATADO DE LA LEY (I-II, QQ90-108). Beltrán de Heredia, Vicente (ed.). España (Madrid), Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria. 1952. Págs. 35-37; trad. cast. Frayle Delgado, Luis. LA LEY. España (Madrid), Tecnos. 1995. Págs. 51-52). Cfr. Cruz Cruz, Juan. RECONDUCCIÓN PRÁCTICA DE LAS LEYES A LA LEY NATURAL: LA EPIQUEYA. Anuario Filosófico, España (Pamplona), 44, 1, 2008. Pág. 156. Sigo las orientaciones de este trabajo.

28. Suárez, Francisco. DE LEGIBUS, II, c. 16, Pág. 174, n. 4.

29. Suárez, Francisco. DE LEGIBUS, II, c. 16, Pág. 174, n. 4.

30. Según Hugon, Edouard. Op.cit. Pág. 362, sería el caso de la interpretación doctrinal, tanto si es teológica como jurídica.

Parafraseando a Tomás de Aquino³¹: no se descuida la justicia, sino una ley particular; no se juzga la ley, sino un caso concreto; no se interpreta la ley, sino un caso. Y en todo momento, haciendo que lo justo legal sea contenido en un sentido más pleno de justicia.

3. Por otro lado, hablamos de un juicio y el hecho de que deja de ser aplicada una ley. La ley de la que se está hablando no es una ley injusta sino que se trata de una ley recta y correctamente puesta para “la generalidad o común de los casos”. La intención del legislador también es correcta y esa intención nos remite al ordenamiento de esas acciones que caen bajo la ley, al bien común, a un fin determinado (y positivo) y en las circunstancias precisas. Además, esa ley se está aplicando a un caso que realmente cae bajo su jurisdicción (no se trata de un caso fuera de ella). Así, no se habla de epiqueya cuando se aplica una ley a una materia que no le es propia, en este caso hablamos de interpretar correctamente una acción pero no de equidad o epiqueya. Y sin embargo, aun con todo lo señalado y la pertinencia de la ley, se juzga que la ley no debe aplicarse a ese caso concreto.

En este caso, el problema que se plantea con la epiqueya se refiere tanto a la corrección interna de la misma ley (en su materia, intención, ordenación al bien común, etc.) y la pertinente aplicación de ésta a un caso concreto. Y sin embargo, con ambas, es dicha aplicación la que genera un error, un daño, por lo que es desaconsejada y se plantea el problema.

Este planteamiento llevó a preguntar, siguiendo el texto del Aquinate, sobre qué leyes puede aplicarse la epiqueya. La pregunta es pertinente por cuanto con ella advertimos mejor su naturaleza propia; porque la pregunta señalada ¿sobre qué leyes puede darse la epiqueya?, lleva consigo la precisión de que son leyes en las que puede darse un desajuste (por decirlo de modo rápido) entre su bondad interna y su aplicación; o leyes que fallan en su concreción, es decir al ser aplicadas a una acción determinada. Según señalaba Cayetano, esas sólo pueden ser las leyes humanas (no la ley natural ni la divina, donde la apariencia

de error se reconduce a un cambio en la materia).³²

4. Es epiqueya la interpretación que se exige porque la ley, como había dicho ya Aristóteles³³, por el hecho de ser general o universal falla al atender a un caso particular. La interpretación se asienta en el hecho de que “toda ley es universal” o general y se da para la mayor parte de los casos, o, de otro modo, para los casos más comunes. Pues como dice Suárez, en varias formulaciones: “la ley se da en general y es imposible que la disposición general de una ley humana resulte tan recta en todos los casos particulares que no falle alguna vez. En efecto, las cosas humanas sobre las cuales versan las leyes están sujetas a innumerables cambios y contingencias que ni el legislador humano puede siempre prever ni, aunque pudiera, podría exceptuar convenientemente en su totalidad”.³⁴

Por ese motivo, aunque la ley verse sobre acciones que son concretas, no puede ser totalmente concreta, sino que se le exige universalidad; se precisa entonces una interpretación, la epiqueya, exigida “por la naturaleza de la cosa”, por el carácter particular y singular de la acción humana, por “la índole de las cosas prácticas”. Ciertamente, las acciones particulares no son meras individualidades inefables e incapaces de razón, pero no están totalmente subsumidas en una norma universal, de ahí que donde la ley muestra su límite, es preciso el uso de esta herramienta: la epiqueya.³⁵ Por ello, “no es por eso menos correcta [la ley], porque el yerro no radica en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa, pues tal es la índole de las cosas prácticas”.³⁶ Ante el carácter contingente de la realidad en la que el hombre debe actuar con justicia, una realidad que se encuentra ya ordenada por una estructura de normas de convivencia y justicia comunes, pero dadas en general, la ley –dirá Suárez– en cuanto ha de ordenarse al bien común, “baja a los casos particulares” por “influjo del bien común” y cuando en ese descender ocurre el error (por las circunstancias de la aplicación de la ley) se requiere esa especial virtud de la equidad o epiqueya.³⁷

5. Suárez considera preciso abordar un nuevo punto a este respecto, especialmente teniendo en cuenta un uso deformado de la epiqueya: ¿quién es el que realiza la epiqueya? Para la interpretación teórica de la ley es claro que el sujeto de dicha acción es el teórico académico o bien el legislador o aquellos que cumplen la función pertinente en una comunidad política. Por otro lado, y entendiendo el carácter específico de esta virtud, parece que ejercer la epiqueya (una interpretación de la ley para mostrar su perjuicio en un caso concreto y puntual en donde no debería aplicarse) puede competir más bien a quien tiene que cumplirla, siendo una virtud que ha de ejercer todo ser humano: en la medida que cumplir la ley es una necesidad humana, y también lo es captar el sentido propio de la ley, actuar justamente en la variabilidad de circunstancias (ejercitando la prudencia, la justicia y por supuesto también la epiqueya).³⁸

Suárez, siguiendo a Tomás de Aquino, hablará de tres órdenes de ejercicio de la epiqueya: el primero, en cuanto herramienta del legislador para hacer velar la justicia en casos concretos en los que seguir la letra de la ley sería o cometer una grave injusticia o contrariar la intención de la misma ley. Segundo, en el caso del juez o quien tiene por oficio juzgar y decidir la aplicación de la ley en casos concretos. Tercero, en el caso del sujeto particular que, en determinadas circunstancias, ha de ejercer la epiqueya.³⁹

En este punto, tanto Suárez como sus precedentes incorporan una anotación: siendo, como es, una virtud exigida en una acción concreta que debe ejecutarse según una norma y ley y que al realizarla incurre en defecto, se deben tener en cuenta distintas circunstancias: si la acción es necesaria o no; si puede suspenderse o posponerse hasta averiguar si el legislador excluiría la aplicación de la ley en ese caso concreto, o

si hay urgencia de dicha acción, en tal caso debe realizarse sin demora y no es posible ni esperar ni posponerla hasta conocer la última determinación de aquél a quien compete dictaminarlo.

6. Ciertamente, la epiqueya versa sobre tales acciones sólo cuando se da causa suficiente para ello, “en el caso en el que el observarla [la ley] sería un error práctico contrario a la justicia o a la equidad natural”.⁴⁰ El cumplimiento de la epiqueya no puede defenderse como el estandarte del individualismo⁴¹ frente a la ordenación legal de la comunidad entendida ésta al modo de algo sobreañadido e inconveniente al individuo (un mal necesario del que es preciso librarse en la medida de lo posible), pues “si se da tan amplia libertad para no observar las leyes en casos particulares sólo porque en ellos cese negativamente la razón de la ley, se seguirían innumerables absurdos” y “siempre queda alguna razón más universal por la cual conviene que aun entonces [aunque en un caso particular no se vea preciso cumplir la ley] se observe la ley” porque omitirla iría en contra del bien común. Es algo positivo, “una razón honesta”, la “uniformidad de las partes con el todo cuando la ley puede observarse sin inconveniente”.⁴²

Así, la ley debería obligar a todos mientras no surgiese un caso en que tal observación fuese en contra de la misma equidad y justicia. En este punto se requiere matizar, “la epiqueya es una parte de la justicia”;⁴³ luego materia suya es una acción que no sería recta si se realizase según una ley universal y no según la equidad de la epiqueya.⁴⁴ La epiqueya en ese caso corregiría lo injusto (es decir, lo contrario a la justicia en sentido pleno), lo contrario al bien común (al que la ley está ordenada), lo inconveniente (porque causa lo contrario a lo buscado, aunque no sea ni injusto ni atente al bien común) o lo extremadamente difícil o inconveniente que originaría el seguimiento de lo justo legal.

38. Suárez se extiende mucho más aquí en cuanto considera cómo puede darse en preceptos positivos o negativos, cuando se enfrentan a la ley con una opinión probable o posible, los grados de probabilidad que hacen que se deba o pueda actuar por epiqueya, etc.

39. Cfr. en particular Suárez, Francisco. DE LEGIBUS, los textos del libro V y VI; el estudio de estos lugares ha sido preferente, de manera especial, en la situación del marco jurídico de la epiqueya. Se demora Suárez en casos que son minuciosamente detallados, en una relación en la que ahora no nos vamos a detener.

40. Suárez, Francisco. DE LEGIBUS, II, c. 16, n. 4, Pág. 174. Suárez utiliza el verbo *deficere*, *peccare*, para hablar de un daño grave, incluso moral, en sentido semejante al que utiliza también el Aquinate o Cayetano. Los ejemplos, no obstante, que se utilizan son básicamente los mismos: la ley que ordena que no se abran las puertas de la ciudad, cerrándose a la posibilidad de la ayuda o la misma salvación de ésta; la devolución de una espada en depósito cuando el dueño la reclama en momentos de enajenación mental o en circunstancias que den origen a un daño privado y público.

41. En este caso, resulta gráfica la cita de Tomás de Mercado (†1575): “cuántas condiciones se requieren para quebrantar prudente y lícitamente una ley con particular autoridad, y cuánto yerran los que en cosas levisimas y con causas no urgentes a cada paso dicen ‘por la epiqueya’ cuando realmente no es epiqueya, sino real disolución e íntima pasión que ciega el entendimiento y hace rebelde el corazón”; Mercado, Tomás de. SUMA DE TRATOS Y CONTRATOS. España (Sevilla), Hernando Díaz. 1571 (cito por la edición con estudio introductorio de Nicolás Sánchez Albornoz. España (Madrid), Clásicos del Pensamiento económico español, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda. 1975, 2 vols.); aquí: III, c. 7, v. 1, Pág. 308.

42. Suárez, Francisco. DE LEGIBUS, VI, c. 7, n. 5, Pág. 656. Ciertamente, también en algún caso Suárez admite la epiqueya no sólo cuando atenta el bien común, sino también, cuando atenta gravemente algún bien de una persona concreta; cfr. VI, c. 7, n. 13 (aunque siempre guardando la debida justicia). Pero como aquí se señala, no es suficiente argumento para su aplicación que ella no logre el bien buscado en este caso particular (que la ley cese negativamente, según indica el texto), o incluso, cuando causando un daño particular, éste sea comparativamente menor al efecto que públicamente tendría el incumplimiento de dicha ley (incorporando seriamente el carácter social de la acción particular humana).

43. Suárez, Francisco. DE LEGIBUS, VI, c. 8, n. 4, Pág. 661. Suárez señala dos clases de epiqueya, que si bien para lo esencial pueden ser tratadas unitariamente, merece un estudio más detenido: “a saber, la que exceptúa el caso del poder del superior y la que lo exceptúa sólo de su voluntad”. En el primero se juzga que la ordenación va más allá de lo que el poder del legislador puede ordenar; en el segundo, queda fuera de la intención con que el legislador propuso tal ley.

44. Suárez, Francisco. DE LEGIBUS, VI, c. 7, n. 8, Pág. 657. Cfr. en Tomás de Aquino. SUMMA THEOLOGIAE. II-II, q60, a5, ad2. Así Vitoria señala que el daño debe ser cierto no probable o conjeturado, y que el daño sea notable, necesario para que en ese caso cese la razón de la ley. Suárez señala como motivo el que la ley sea especialmente desagradable o contraria para las personas (VI, c. 7, n. 10). Por otro lado, también se podría dudar si aplicar la epiqueya es un acto posible o necesario; Suárez señalaría que es necesario cuando el mal que surge de ahí fuese grave (VI, c. 7, n. 9). Lo importante aquí es la diferente posición: para Tomás de Aquino la ley ha de fallar de manera negativa, para Suárez de manera contraria.

31. Tomás de Aquino. SUMMA THEOLOGIAE. I-II, q96, a6, co y ad1.

32. Cayetano, IN SUMMAM THEOLOGIAE, II-II, q120; y en la misma dirección el propio Suárez, según ha expuesto García-Huidobro, Joaquín. EQUIDAD Y LEY NATURAL. En Cruz Cruz, Juan (ed.). LA GRAVITACIÓN MORAL DE LA LEY SEGÚN FRANCISCO SUÁREZ. Págs. 95-108.

33. Como se ha señalado, apoyándose en la Ethica Nicomachea, V, 10, donde dice, como marco, que: “lo equitativo, si bien es mejor que una cierta clase de justicia, es justo, y no es mejor que lo justo, como si se tratara de otro género. Así, lo justo y lo equitativo son lo mismo, y aunque ambos son buenos, es mejor lo equitativo”. Un trabajo relativo a esta vinculación de normas universales y el operable concreto: Crowe, Frederik E. UNIVERSAL NORMS AND THE CONCRETE OPERABLE IN ST. THOMAS AQUINAS. Sciences Ecclesiastiques. Canadá (Montreal), 7, 1955. Págs. 283-284.

34. Pues eso haría de las leyes, o bien algo extremadamente detallado y confuso, o bien algo inoperable por la incapacidad de conocer y aplicar lo legislado. Cfr. Suárez, Francisco. DE LEGIBUS, VI, c. 6, n. 4, Pág. 653.

35. Suárez, Francisco. DE LEGIBUS, II, c. 16, n. 5 y n. 6. Dirá Suárez que en aquellos casos que el valor de la acción (que es la materia de la ley) no indica intrínsecamente una dirección u otra, será necesario atender a las circunstancias y ocasiones en que se obra

36. Aristóteles. ETHICA NICOMACHEA, V, 10. De ahí que Suárez niegue la posibilidad de equidad o epiqueya para la ley natural (ni siquiera realizada por el mismo Creador y Legislador: porque la ley natural declara lo que esencialmente, en sí misma, manda lo intrínsecamente bueno y prohíbe lo intrínsecamente malo).

37. Suárez, Francisco. DE LEGIBUS, VI, c. 7, n. 1, Pág. 655. Cfr. Tomás de Aquino. SUMMA THEOLOGIAE. I-II, q96, a6, co.

Es en este último punto donde podemos encontrar diferencias entre los distintos comentaristas al hablar de la epiqueya, según se acepte ésta tras ponderar prudentemente que el daño infringido sea dudoso, cierto, probable, grave o inconveniente, injusto o sólo molesto. Y en torno a él los autores se posicionaron en determinaciones más o menos duras o rígidas, y más o menos abiertas o condescendientes, que aquí no vamos a comparar.

3. EQUIDAD, EPIQUEYA Y VIRTUD DE LA JUSTICIA

Tras señalar los elementos que definen la virtud de la epiqueya⁴⁵, cabe apuntar, a modo de conclusión y modestamente, dos elementos que la exposición ha mostrado y que son de un especial interés para comprender la posición de Suárez.

Siguiendo la distinción aristotélica varias veces mencionada (y que Tomás de Aquino y sus comentaristas asumen), hablar de epiqueya o equidad no supone alejarse de la justicia o completarla sino incluir la justicia legal en el marco más amplio de la justicia en sentido estricto. Y ello supone una determinada concepción de ley (que aquí no podemos señalar en detalle). En ese marco se requiere distinguir un doble fin en la ley: aquél primeramente ordenado por ella para la acción que determina, y aquél al que la ordena respecto de un fin. Por eso Suárez señala que en la ley positiva, si bien se conserva toda la materia del acto con todas sus circunstancias intrínsecas, en virtud de su ordenación con respecto al fin o por alguna circunstancia extrínseca (según la intención o mente del legislador), puede haber epiqueya y que “por una interpretación justa puede cesar la obligación”⁴⁶.

La epiqueya puede darse respecto de aquel acto imperado por una ley que, permaneciendo el mismo (permaneciendo la misma materia de su bondad o malicia), puede ser separado del fin que la ley buscaba, ya sea por causa de su ordenación (porque no está intrínsecamente referido al fin que le da su bondad o malicia), ya sea por causa de las circunstancias que lo acompañan (que modifican esa referencia contrariándola). Ciertamente, es propio de lo moral el que se deban

“considerar atentamente las cualidades y manera de ser de la materia, pues —según su capacidad— su manera de ser cambia moralmente en función del fin o de la necesidad del momento [las circunstancias], porque la acción es tal que por su naturaleza exige su ordenamiento a tal fin de tal o de cual manera, y entonces la necesidad del momento redundante en la materia del precepto y la cambia”⁴⁷. Y también, afirmaba Suárez, “las leyes humanas muchas veces no atienden a esto” a saber, a la referencia al bien o mal que tiene la acción concreta “sino que mandan sin más el acto, v.g. devolver el depósito, cumplir lo prometido, leyes que —propuestas de esta manera— pueden admitir epiqueya”⁴⁸. La ley, que en su sentido propio es dictamen de la recta razón, ciertamente tiene por materia más clara la acción justa; pero no aislada sino rodeada de las circunstancias que, en la mayor parte de las ocasiones, hacen que la ley nunca falle. La ley versa principalmente sobre la acción y, desde la epiqueya (que es “enmienda de la ley en aquello en que falla por su universalidad”⁴⁹), tiene plenitud de sentido moral en la medida en que está ordenada a un determinado fin y rodeada necesariamente de unas circunstancias (tanto necesarias como accidentales).

En segundo lugar, Suárez habla de las leyes refiriéndose fundamentalmente a las leyes humanas, tanto las que determinan o concretan los imperativos naturales y comunes, como las que regulan la convivencia mediante normas que podrían ser de otro modo, creando un derecho o norma sobre realidades que son naturalmente indiferentes (ley estrictamente positiva). Las normas relativas a los imperativos naturales, además de la fuerza que toman al ser establecidas por el legislador, toman de su ordenamiento al bien común “su poder y su condición de ley”, decía el Aquinate⁵⁰, y en ellas se ve con más claridad el ordenamiento de la ley a la justicia.

Para las normas estrictamente positivas la vinculación no es tan evidente, y por eso la ley o norma se refiere, más allá de sus palabras, a la intención del legislador y a su voluntad⁵¹. El acento en este punto es el elemento más destacado de la teoría suareciana⁵².

La epiqueya ha de ponderar el cumplimiento de lo ordenado por la ley según dicha intención y voluntad en las circunstancias que hacían precisa la realización de ese acto imperado o la omisión del acto prohibido⁵³; y quien aplica la epiqueya ha de ejercer la virtud de la equidad⁵⁴. En este sentido, la equidad no es una nueva virtud sino la virtud de la justicia en cuanto ejercida en casos concretos y difíciles⁵⁵. Lo mismo vale para la epiqueya: apartándose de lo que de modo estricto dice la letra de la ley “podrá servir a la justicia general y hacerse por motivo de ella si uno obra en conformidad con la epiqueya, pues de ese modo no se aparta de la mente del príncipe ni de lo que es equitativo”⁵⁶. Ciertamente se está asumiendo, en primer lugar, que la ley es un dictamen de la recta razón que regula las relaciones de justicia; y, en segundo lugar, que esa ley en cuanto permite dichas relaciones no sólo es un dictamen para la acción propia sino que es un dictamen común para la acción solidaria y de convivencia interpersonal. Si la ley busca el bien común, la acción concreta y particular que cae bajo ella lo hace en cuanto ordenada y ordenable a ese bien común, por ello la epiqueya se realiza en los casos en que se juzga que el bien particular (y por extensión el común) queda gravemente comprometido en caso de aplicar la ley a la letra, y no sólo porque quede en suspenso, sino porque sea contrariado⁵⁷. Así no basta que cumplir la letra de la ley sea algo molesto o inconveniente para el sujeto, sino que se requiere que su cumplimiento contrarie el sentido o el fin buscado con dicha ordenación de la ley, es decir, con la ordenación que la ley realiza de la acción al bien común, y con el fin de que su cumplimiento no sea causa de grave injusticia.

CONCLUSIONES

El análisis suareciano de cuál sea la naturaleza propia de la epiqueya la considera como corrección de la ley sólo en el sentido de que ella es

aquella “enmienda de la ley en aquello que falla por su universalidad”⁵⁸. Por tanto, lo que desajusta la aplicación de la ley es la variabilidad y riqueza de circunstancias de aquello sobre lo que se aplica: la realidad de la acción humana. Y lo que esa acción debe cumplir es el bien común buscado con la acción prescrita, por eso se insiste en que ha de seguir la intención de la ley y no su letra. Decir que la epiqueya no aplica la letra de la ley no implica afirmar que el sujeto se considere exento de la ley, o que la ley haya quedado obsoleta e invalidada en la práctica, sino que siendo pertinente ésta y el sujeto obligado a cumplirla se advierte que para cumplir la finalidad u objetivo de la ley —para cumplirla en un sentido más profundo y pleno— no debe seguir la concreta determinación de dicha norma. Así, la ley incumbe al sujeto, que debe cumplirla, pero como cumplirla según la letra comete una injusticia o causa un grave inconveniente, éste debe actuar según la epiqueya, según una justicia más amplia que la legal⁵⁹ para que la justicia se cumpla realmente: “Y lo que allí hace, a saber, antepone lo equitativo a lo justo legal, hay que entenderlo relativamente, pues por justo legal entiende lo que consiste en la observancia o imposición de la ley, y con relación a eso se antepone en un caso particular lo que en él se juzga equitativo, porque en él resultaría demasiado riguroso o injusto imponer la obligación de la ley. Pero absolutamente no es menos justo dar una ley justa de una manera absoluta que admitir por epiqueya la excusa de esa ley. Más aún, eso requiere una prudencia mayor y una justicia más universal”⁶⁰. No se trata de una puerta que expresa el enfrentamiento entre sujeto y ley, individuo y estado o incluso entre lo subjetivo y lo comunitario. La exposición suareciana de la equidad o epiqueya revela sobre todo el carácter imperfecto de la ley positiva humana (que es lo que, en último término, a decir de Hamel, da legitimidad a la epiqueya): “la ley natural exige que el hombre se someta a los legisladores humanos, para un ser social, esto es una necesidad.

53. Cfr. Suárez, Francisco. DE LEGIBUS, VI, c. 6, n. 2, Pág. 652. Para Suárez sólo hay epiqueya en lo relativo a la ley humana (II, c. 16, n. 5, Pág. 174). No hay, por tanto, epiqueya de la ley natural en sí misma, sino en las leyes humanas aunque tengan un contenido de justicia natural (tesis 2, n. 6, Pág. 175). Hamel insiste que aquí está la diferencia de Suárez con Tomás, acentuando su “voluntarismo” (Hamel, Edouard. L'USAGE DE L'EPIKIE, Págs. 62-63); “el concepto suareciano de epiqueya difiere bastante del tomista. Esto se debe sobre todo del hecho de que Suárez tiene ideas particulares sobre la ley positiva, el papel de la autoridad y la función del legislador en la sociedad. Para Santo Tomás la ley es esencialmente una ordinaria... ad bonum commune [...] obra de la razón, no de la voluntad”; “es la persona del legislador, su mens, su querer, sobre todo, lo que domina. Se trata menos de realizar la justicia y asegurar el bien común que de acatar ad mentem legislatoris”; su función ordenante según el Aquinate se desliza hacia una función dirigente; Págs. 65-66). Según Vallet de Goytisolo (Vallet de Goytisolo, Juan. METODOLOGÍA DE LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO. España (Madrid), Centro de Estudios Ramón Areces. 1996. Vol. II, Pág. 591) éste es un signo específico del pensamiento de Suárez (entre intelectualismo y voluntarismo).

54. Suárez, Francisco. DE LEGIBUS, VI, c. 6, n. 5, Págs. 653-654. “En el ejercicio de la equidad intervienen un juicio del entendimiento decidiendo que en este caso particular la ley —aunque hable en general— no obliga, y un acto de la voluntad sometido a ese juicio y obrando en contra de las palabras de la ley. [...] no es necesario añadir una virtud especial”; “El primer acto, si se da en el príncipe o en el superior al interpretar la ley, será un acto de prudencia real o política; y si se da en el súbdito mismo, será un juicio de la prudencia general, que normalmente presupone los principios generales del derecho natural o también del derecho humano en cuanto que tal juicio en particular depende de ellos”.

55. Suárez, Francisco. DE LEGIBUS, VI, c. 6, n. 5, Pág. 654. Cfr. Hamel, Edouard. L'USAGE DE L'EPIKIE, Pág. 62.

56. F Suárez, Francisco. DE LEGIBUS, VI, c. 6, n. 6, Pág. 654.

57. Hamel, Edouard. L'USAGE DE L'EPIKIE, Pág. 61, el sustraernos de la letra de la ley por epiqueya está sujeto en Suárez a una interpretación restrictiva o de cese de la ley.

58. Suárez, Francisco. DE LEGIBUS, VI, c. 6, n. 4, Pág. 653. Robleda, Ollis. Op.cit. Pág. 271, señala la oportunidad del término “enmienda”, “enmienda” [enmendatio iusti legalis] comentando la tesis de Suárez en DE LEGIBUS, I, c. 20, n. 10; “porque la enmienda se refiere propiamente a la vestidura exterior” en Suárez: externam speciem, “que son las palabras, no al contenido interno de la ley”.

59. Cfr. las conclusiones de Juan Cruz Cruz, al articular la epiqueya y la justicia legal con la justicia en sentido estricto y la ley natural, lo que la razón natural dicta; “Reconducción práctica de las leyes a la ley natural: la epiqueya”, Op.cit. Págs. 153-177. Conforme a como señalaba Aristóteles al definir al sujeto de la virtud de la epiqueya “el hombre equitativo: aquel que elige y practica estas cosas justas, y aquel que, apartándose de la estricta justicia y de sus peores rigores, sabe ceder, aunque tiene la ley de su lado. Tal es el hombre equitativo, y este modo de ser es la equidad, que es una clase de justicia, y no un modo de ser diferente”, en Ethica Nicomachea, V, 10.

60. Suárez, Francisco. DE LEGIBUS, VI, c. 6, n. 6, Pág. 654.

45. No hemos entrado lo suficiente en la consideración de la epiqueya como virtud, tema que junto a lo que ella es como principio de interpretación de la ley al servicio del bien individual, ha destacado la historiografía contemporánea sobre el tema; cfr. al respecto, Hamel, Edouard. LA VERTU D'EPIKIE, Sciences Ecclesiastiques, 13, 1961. Págs. 35-55.

46. Suárez, Francisco. DE LEGIBUS, II, c. 16, n. 12, Pág. 177; también n. 12 y n. 13, Pág. 178. Esta división se encuentra también en Cayetano comentando II-II, q120, a2 (edición citada, v. VIII, Págs. 468 ss.).

47. Suárez, Francisco. DE LEGIBUS, II, c. 16, n. 15, Pág. 179. No es posible entonces que haya epiqueya respecto a la ley natural en sí misma.

48. Suárez, Francisco. DE LEGIBUS, II, c. 16, n. 16, Pág. 179. Cayetano en estos casos hablaba del carácter “oblicuo” de dicha ley por la posibilidad de encontrar un fallo entre la acción dirigida por ella y el fin que había de cumplir. Es una reflexión que asume igualmente Suárez.

49. Cfr. Suárez, Francisco. DE LEGIBUS, VI, c. 6, n. 4, Pág. 653.

50. Tomás de Aquino. SUMMA THEOLOGIAE. I-II, q96, a6. Suárez, Francisco. DE LEGIBUS, VI, c. 3, n. 30 dirá en cambio que “el alma de la ley es la voluntad del legislador”

51. Hay epiqueya cuando se juzga cuál es la mente del legislador (la razón de tal ley) y también cuál la voluntad de éste, epiqueya per exceptionem a voluntate; Suárez, Francisco. DE LEGIBUS, VI, c. 7, n. 11.

52. Sobre el cambio de perspectiva en el tratamiento de la epiqueya en Suárez, cfr., entre otros trabajos, Vigo, Alejandro. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY SEGÚN FRANCISCO SUÁREZ. En Cruz Cruz, Juan. LA JUSTICIA EN LOS JUICIOS EN EL PENSAMIENTO DEL SIGLO DE ORO. España (Pamplona), Euns. 2011. Págs. pp. 33-50. Por otro lado, también afirman que no se trata de que Tomás de Aquino no lo incluyera, sino porque aquí el querer del legislador no se entiende sólo en una ordenación al bien común, sino en un sentido más amplio de dirección de la vida común en los elementos necesarios e incluso opinables; cfr. Robleda, Ollis. Op.cit. Pág. 275.

Mas, por otra parte, como la ley positiva no está fundada en la naturaleza de las cosas, sino sobre la realidad, tal como ella ha sido vista por un legislador, en gran medida limitado, sólo puede valer en la mayor parte de los casos, ut in pluribus. El legislador humano es víctima del carácter general, estático y abstracto de las leyes por las cuales rige un actuar concreto, singular, variable según las diversas condiciones de tiempo y de persona⁶¹. La teoría suareciana señala también la necesaria flexibilidad de la ley, en cuanto debe responder a las exigencias superiores de justicia (ordenada no sólo a la promoción de la persona sino también al bien común), pues como dice el teólogo jesuita, en una cita ya previamente señalada: “no es menos justo dar una ley justa de una manera absoluta que admitir por epiqueya la excusa de esa ley. Más aún, eso requiere una prudencia mayor y una justicia más universal⁶²”.

BIBLIOGRAFÍA

- Aristóteles. *ETHICA NICOMACHEA*, ed. cast.: *ÉTICA NICOMACHEA*. España (Madrid), Gredos. 1995.
- RETHORICA*, ed. bilingüe: *RETÓRICA*. España (Madrid), Centro de Estudios Constitucionales. 1985.
- Cayetano. *SANCTI THOMAE AQUINATIS... OPERA OMNIA CUM COMMENTARIIS THOMAS DE VIO CAIETANI*. Italia (Roma), Typographia Polyglota. 1895.
- Chafuen, Alejandro A.: *CHRISTIANS FOR FREEDOM. LATE-SCHOLASTIC ECONOMICS*. USA (San Francisco), Ignatius Press. 1986 (ed. cast. *ECONOMÍA Y ÉTICA. RAÍCES CRISTIANAS DE LA ECONOMÍA DE LIBRE MERCADO*, Rialp, Madrid, 1991).
- Cicerón, Marco Tulio. *DE ORATORE*. Ed. cast.: España (Madrid), Gredos. 2002. Pág. 189.
- Crowe, Frederik E. *UNIVERSAL NORMS AND THE CONCRETE OPERABLE IN ST. THOMAS AQUINAS*. Sciences Ecclesiastiques. Canadá (Montreal), 7, 1955.
- Cruz Cruz, Juan (ed.). *LA GRAVITACIÓN MORAL DE LA LEY SEGÚN FRANCISCO SUÁREZ*. Pamplona (España), Eunsa. 2009.
- Cruz Cruz, Juan. *RECONDUCCIÓN PRÁCTICA DE LAS LEYES A LA LEY NATURAL: LA EPIQUEYA*. Anuario Filosófico, España (Pamplona), 44, 1, 2008.
- D'Agostino, Francesco. *EPIEIKEIA. IL TEMA DELL'EQUITÀ NELL'ANTIQUITÀ GRECA*. Italia (Milano), Giuffré. 1973.
- LA TRADIZIONE DELL'EPIEIKEIA NEL MEDIOEVO LATINO. UN CONTRIBUTO ALLA STORIA DELL'IDEA DI EQUITÀ*. Italia (Milano), Giuffré. 1976.
- D'Angelo, Sosio. *DE AEQUITATE IN CODICE IURIS CANONICI*, Apollinaris, Italia, 1, 1928.
- Elorduy, Eleuterio. *LA EPIQUEYA EN LA SOCIEDAD CAMBIANTE (TEORÍA DE SUÁREZ)*. Anuario de Filosofía del derecho, España (Madrid), 13, 1967-68.
- Falcón y Tella, María José. *EQUITY AND LAW*. The Netherlands (Leiden), Brill. 2008.
- García Villoslada, Ricardo. *LA UNIVERSIDAD DE PARÍS DURANTE LOS ESTUDIOS DE FRANCISCO DE VITORIA (1507-1522)*. Italia (Roma), Universitatis Gregoriana, Analecta Gregoriana, XIV. 1938.
- García-Huidobro, Joaquín. *EQUIDAD Y LEY NATURAL*. En Cruz Cruz, Juan (ed.). *LA GRAVITACIÓN MORAL DE LA LEY SEGÚN FRANCISCO SUÁREZ*. España (Pamplona), Eunsa. 2009. Págs. 95-108.
- González, Ana Marta. *ÉTICAS SIN MORAL*. En *Pensam.cult*, 12, 2, 2009.
- Grice-Hutchinson, Marjorie. *EARLY ECONOMIC THOUGHT IN SPAIN, 1170-1740*. Reino Unido (London), Allen & Unwin. 1975 (trad. cast.: *EL PENSAMIENTO ECONÓMICO EN ESPAÑA (1177-1740)*, España (Barcelona), Crítica-Grijalbo. 1982).
- THE SCHOOL OF SALAMANCA, READINGS IN SPANISH MONETARY THEORY*. Reino Unido (Oxford), Clarendon Press. 1952 (trad. cast.: *LA ESCUELA DE SALAMANCA: UNA INTERPRETACIÓN DE LA TEORÍA MONETARIA ESPAÑOLA, 1544-1605*. España (León), Caja España, Obra Social. 2005).
- Hamel, Edouard. *LA VERTU D'ÉPIKIE*, Sciences Ecclesiastiques. Canadá (Montreal), 13, 1961. Págs. 35-55.
- L'USAGE DE L'EPIKIE*. *Studia Moralia dell'Accademia Alfonsiana*, Italia, 3, 1965.
- Horn, Christoph. *EPIEIKEIA: THE COMPETENCE OF THE PERFECTLY JUST PERSON IN ARISTOTLE*. En Reis, Burkhard (ed.). *THE VIRTUOUS LIFE IN GREEK ETHICS*. Reino Unido (Cambridge), Cambridge University Press. 2006. Págs. 142-166.
- Hugon, Edouard. *DE EPIKEIA ET AEQUITATE*. Angelicum, Italia (Roma), 5, 1928.
- Kraye, Jill y Risto Saarinen. *MORAL PHILOSOPHY ON THE THRESHOLD OF MODERNITY*. The Netherlands, Springer. 2005.
- Lines, David A. *HUMANISTIC AND SCHOLASTIC ETHICS*. En Hankins, James (ed.). *THE CAMBRIDGE COMPANION TO RENAISSANCE PHILOSOPHY*. UK (Cambridge), Cambridge University Press, 2007.
- MacIntyre, Alasdair. *AFTER VIRTUE: A STUDY IN MORAL THEORY*. USA (Notre Dame), University of Notre Dame Press. 1981 (trad. cast. *TRAS LA VIRTUD*. España (Barcelona), Crítica. 1987).
- Marino, Antonio di. *L'EPIKEIA CRISTIANA*. En Divus Thomas, Italia, 29, 1952. Págs. 396-424.
- Mercado, Tomás de. *SUMA DE TRATOS Y CONTRATOS*. España (Sevilla), Hernando Díaz. 1571; Edición con estudio introductorio de Nicolás Sánchez Albornoz. España (Madrid), Clásicos del Pensamiento económico español, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda. 1975, 2 vols.
- Riley, Lawrence Joseph. *THE HISTORY, NATURE AND USE OF EPIKEIA IN MORAL THEOLOGY*, Dissertation, USA (Washington), The Catholic University of America. 1948.
- Robleda, Olis. *LA AEQUITAS EN ARISTÓTELES, CICERÓN, SANTO TOMÁS Y SUÁREZ. ESTUDIO COMPARATIVO*. Miscelánea Comillas, España, 15, 1951. Págs. 241-279.
- Rodríguez Luño, Ángel. *LA VIRTÚ DELL'EPICHEIA. TEORIA, STORIA E APPLICAZIONE*. Parte I: *DALLA GRECIA CLASSICA FINO A F. SUÁREZ*. *Acta Philosophica*, Italia (Roma), 6, 1997. Págs. 197-236; Parte II: *DAL CURSUS THEOLOGICUS DEI SALMANTICENSES FINO AI NOSTRI GIORNI*. *Acta Philosophica*. Italia (Roma), 7, 1998. Págs. 65-88.
- Sabelli, Héctor E. *EQUIDAD Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD*. En *La ley*. Argentina, 2001. Págs. 453-470.
- Schumpeter, Joseph Alois. *HISTORIA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO*, España (Barcelona), Ariel. 1971.
- Suárez, Francisco. *TRACTATUS DE LEGIBUS AC DEO LEGISLATORE [TRATADO DE LAS LEYES Y DE DIOS LEGISLADOR]*, L. Pereña / A. Vidal (edición y estudios preliminares). España (Madrid), CSIC, Instituto Francisco de Vitoria. 1975.
- DE IUSTITIA ET IURE*. En Gires, Joachim (ed.). *DIE GERECHTIGKEITSLHRE DES JUNGEN SUAREZ (Edition und Untersuchung seiner römischen Vorlesungen De iustitia et iure)*. Alemania (Freiburg), Verlag Herder, 1958.
- OPERA OMNIA*. Vol. 16, 2: *Commentaria in secundam secundae D. Thomas*. Francia (Parisiis), Ludovicum Vivés. 1877.
- Tomás de Aquino, *SUMMA THEOLOGIAE*, ed. cast.: *SUMMA DE TEOLOGÍA*. España (Madrid), BAC. 1989, 1990 y 1994.
- IN ETHICAM*, ed. cast.: *COMENTARIO A LA ÉTICA*, la traducción de España (Pamplona), Eunsa. 2001.
- IN SENTENTIARUM*, ed. cast.: *COMENTARIO A LAS SENTENCIAS DE PEDRO LOMBARDO*. España (Pamplona), Eunsa. 2003 y siguientes.
- Vallet de Goytisolo, Juan. *METODOLOGÍA DE LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO*. España (Madrid), Centro de Estudios Ramón Areces. 1996.
- Vigo, Alejandro. *INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY SEGÚN FRANCISCO SUÁREZ*. En Cruz Cruz, Juan. *LA JUSTICIA EN LOS JUICIOS EN EL PENSAMIENTO DEL SIGLO DE ORO*. España (Pamplona), Eunsa. 2011. Págs. pp. 33-50.
- Vitoria, Francisco de. *COMENTARIO AL TRATADO DE LA LEY (I-II, QQ90-108)*. Beltrán de Heredia, Vicente (ed.). España (Madrid), Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria. 1952. Trad. cast. Frayle Delgado, Luis. *LA LEY*. España (Madrid), Tecnos. 1995.

61. Hamel, Edouard. *L'USAGE DE L'EPIKIE*, Pág. 47. En este sentido, la aportación de la epiqueya desde la iluminación aristotélica va destacando cómo el ho epieikes, la persona que tiene dicha virtud, se encuentra en el nivel perfecto de bondad moral, o que encarna a la persona perfectamente justa, encarnando la justicia con completa excelencia en el más alto grado (cfr. Horn, Christoph. *EPIEIKEIA: THE COMPETENCE OF THE PERFECTLY JUST PERSON IN ARISTOTLE*. En Reis, Burkhard (ed.). *THE VIRTUOUS LIFE IN GREEK ETHICS*. Reino Unido (Cambridge), Cambridge University Press. 2006. Págs. 142-166.

62. Suárez, Francisco. *DE LEGIBUS*, VI, c. 6, n. 6, Pág. 654.