



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DEL AÑO ACADÉMICO 2016 DE LA FACULTAD DE DERECHO

*INVITADA DE HONOR:
MARTA CARTABIA*

MIÉRCOLES 13 DE ABRIL DE 2016



Marta Cartabia

Marta Cartabia es profesora de Derecho Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de Milán-Bicocca. Desde septiembre de 2011 es jueza de la Corte Constitucional italiana, en donde se ha desempeñado como su vicepresidenta a partir de noviembre de 2014.

Obtuvo el grado de Licenciada en Derecho en la Universidad de Milán, y, posteriormente, el título de Doctora en Derecho en el Instituto Universitario Europeo, ubicado en la ciudad de Florencia, Italia.

Durante su carrera ha sido profesora en instituciones italianas, como la Universidad de Milán y la Universidad de Verona; y, en otros países, ha desarrollado actividades académicas en universidades como Yale, New York y Notre Dame (Estados Unidos), Toulon y Tours (Francia), y Eichstätt (Alemania).

Es autora de numerosos libros y artículos académicos, en los que aborda diversas materias de interés para el Derecho Público, los derechos fundamentales, el Derecho de la Unión Europea, la función jurisdiccional, la antropología jurídica y la libertad religiosa. También es miembro de múltiples comités científicos de revistas especializadas y series editoriales, y co-directora del “Italian Journal of Public Law”.

Ley civil y valores morales en el tiempo de los “nuevos derechos” de Marta Cartabia*

1 INTRODUCCIÓN

El nuestro es un tiempo de grandes y rápidos cambios.

Desarrollo tecnológico, migraciones de los pueblos, globalización de los mercados, internet: estos son algunos de los factores que determinan de modo macroscópico las radicales transformaciones de la vida personal y social.

También el mundo del derecho, como todo aspecto de la vida social, está abrumado por las corrientes de cambio que distinguen a nuestra contemporaneidad. Las más incisivas novedades en el ámbito jurídico están ocurriendo a través del reconocimiento de los “nuevos derechos”.

Si al final de la Segunda Guerra Mundial, frente a la aprobación de la Declaración Universal de los derechos del hombre y de tantas nuevas Constituciones nacionales, el gran filósofo del derecho Norberto Bobbio podía hablar de “el tiempo de los derechos”¹ hoy podemos quizás definir el nuestro como “el tiempo de los nuevos derechos”.

Es ya un dato comúnmente aceptado que la nota distintiva de nuestra época, desde el punto de vista jurídico, es el énfasis del discurso sobre los derechos individuales y una intensa multiplicación de muchos “nuevos derechos”, de los cuales no se había hablado sino hasta una época muy reciente.

* Agradezco muy sentidamente al Dr. Alessandro Baro, por su preciosa ayuda en la redacción del texto, por completar las referencias a la doctrina, jurisprudencia y literatura y, sobre todo, por las atentas observaciones de contenido que me han permitido profundizar y clarificar muchos pasajes de esta conversación. Agradezco a Giorgio Buccellati, Julián Carrón, Mary Ann Glendon, Mauro Magatti, Michele Massa, Luca Pezzi, Javier Prades, Michele Berchi por las observaciones, los aportes críticos y las ideas de profundización que me han ofrecido sobre versiones anteriores de este texto. Como siempre, la responsabilidad por las opiniones expresadas, los errores, las omisiones y toda otra imperfección del texto es sólo de quien las escribe.

1 N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1989. El texto fue traducido y publicado en español: *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid 1991.

2 LOS DERECHOS INDIVIDUALES: LAS RAZONES DEL ÉXITO

¿Cómo se explica este gran éxito de los derechos individuales? ¿Por qué los derechos se arraigan tan fácilmente en la cultura contemporánea? Para responder a estas interrogantes puede ser útil poner en evidencia algunos aspectos de la lógica de los derechos que permiten explicar esta historia del gran éxito del llamado *rights talk* –como eficazmente lo ha definido Mary Ann Glendon²– en el mundo actual.

2.1. Por un lado, es bueno tener en cuenta que, antes que una construcción cultural o “ideológica”, muchos de los nuevos derechos son solicitados por las profundas y rápidas transformaciones sociales que caracterizan a nuestra época. Es un *quid novum* en la vida social que presiona para obtener un *quid novum* en el derecho.

Prescindiendo de la opinión que cada uno puede tener acerca de lo adecuado del reconocimiento de los nuevos derechos individuales como respuesta a estas nuevas exigencias de tutela, lo cierto es que estamos en una época de grandes transformaciones sociales y esto requiere modificar a su vez el derecho. Por lo tanto, es importante entender el origen del fenómeno.

Los factores que interpelan al derecho con la exigencia de nuevas formas de protección de la persona y de regulación normativa son, principalmente, el desarrollo científico y tecnológico; y además la globalización entendida como fenómeno social, económico y jurídico. A través del acelerado desarrollo de la tecnología –pensemos en internet, pero también en el desarrollo de la biotecnología–, así como a través de la erosión de los confines nacionales, lo que comúnmente se ha conocido con el nombre de globalización, se introducen preguntas e interrogantes en el mundo jurídico que hasta años muy recientes ni siquiera se planteaban.

Probemos dar algunos ejemplos. Sin los instrumentos de que disponen los servicios sanitarios en cuanto a las técnicas de fecundación y de diagnóstico preimplantatorio no se habrían podido originar las solicitudes, presentadas ante los tribunales nacionales e internacionales, de reconocimiento del *derecho a tener un hijo o el derecho a tener un hijo sano*: expresión elíptica para aludir al derecho a tener acceso a todos los instrumentos disponibles para poder facilitar un embarazo.

2 El énfasis en los derechos individuales, antes mencionado, había sido precozmente anticipado por la estadounidense en *Rights Talk. The Impoverishment of the Political Discourse*, The Free Press, New York 1991.

Más aún, todo el desarrollo de internet y de la transmisión de información y datos está planteando nuevas preguntas: de partida, en términos de reconocimiento del *derecho a la información y de acceso a la información*; a la inversa, se ha ampliado mucho el contenido del *derecho a la privacidad* entendido como protección de los datos personales contra el exceso de información en desmedro de la reputación personal y, más recientemente, se reclama el *derecho al olvido*, es decir, el derecho a que sean removidos de los motores de búsqueda algunos contenidos obsoletos, irrelevantes o superados, que corresponden a personas individuales identificables.

Finalmente, en otro terreno, los fenómenos migratorios masivos que se originan en las zonas más perjudicadas del mundo –se piensa, entre otros, en la crisis en Siria– están alimentando nuevas solicitudes por los derechos de las poblaciones en movimiento: ¿existe –o se debe reconocer– un *derecho a la inmigración*? Es tan distante la realidad social de entonces que, en 1948, la *Declaración Universal de los derechos humanos* se encargó solo de reconocer un *derecho a la emigración*, como un derecho de la persona para ir más allá, para ir a buscar nuevos lugares donde la vida pudiese ser mejor, desde los más diversos puntos de vista, pero ninguno se preocupó de garantizar el correspondiente *derecho a inmigrar*. El control del territorio parecía una expresión ineludible de la soberanía del Estado que es el único que puede decidir a quien abre sus puertas. Todavía este punto es objeto de debate, divergencias de miradas y controversia jurídica. Basta observar que hasta hace pocos años muchos ordenamientos jurídicos, incluyendo el nuestro, previeron el delito de inmigración irregular o clandestino, y que autores de prestigio como Michael Walzer³ se esmeraron por defender el carácter político y por lo tanto totalmente incuestionable y discrecional, de la decisión sobre el “quién” admitir en una determinada comunidad, en nombre de la defensa de la identidad de los distintos grupos sociales. Hoy el tema es percibido en términos muy diferentes. Estamos frente a oleadas migratorias sin precedentes que están reconfigurando los espacios geográficos y la conformación social de todo el mundo y la pregunta que se plantea es distinta de aquella de algunos decenios atrás. Se cuestiona cuáles deberes de solidaridad incumben a los estados occidentales y cuáles derechos reconocer a estas masas “sin patria”, que buscan refugio y protección.

3 M. WALZER, *Sphere of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, New York 1983.

En síntesis, la demanda de nuevos derechos, antes que cualquier otra consideración, constituye un intento para responder a los cambios, rápidos y profundos, de nuestra convivencia social. Las transformaciones de la vida social plantean al derecho nuevas preguntas, a las cuales, hoy en día, se tiende a responder con el reconocimiento de derechos individuales.

2.2. Es interesante hacer notar en este punto que el discurso de los derechos individuales habla el lenguaje de las necesidades y deseos. Es un lenguaje antropocéntrico: se apela a la persona y a su estructura más profunda en que existen exigencias universales de belleza, de verdad, de justicia⁴. Pone en el centro a la persona, con sus necesidades materiales, morales, afectivas, espirituales y promete darles satisfacción.

¿Quién no ha experimentado el deseo afectivo de una compañía con la cual compartir la vida? ¿Quién no ha advertido cuan radical y decisiva es, para el mismo equilibrio de la persona, la respuesta a aquel deseo? El lenguaje del *derecho al matrimonio* apela precisamente a la experiencia de una necesidad humana conocida por todos.

¿Quién no ha experimentado el deseo de tener un hijo? ¿El drama de no poder tenerlo? El lenguaje del *derecho a tener un hijo*, de nuevo, toca este punto sensible, un nervio abierto del alma humana.

¿Quién no ha experimentado el miedo a la enfermedad, al dolor y a la muerte? El tema de los *derechos del final de la vida* –los cuidados paliativos, el suicidio asistido, la eutanasia– golpea también emotivamente a cualquiera que tenga esta herida abierta, esta experiencia humana y muy dramática, que toca el corazón de todos.

¿Quién no conoce cuanto mal pueden tener los discursos difamatorios injuriosos o simplemente ofensivos –especialmente sobre los jóvenes– amplificadas por las redes sociales o por otros instrumentos de comunicación sobre la red? El *derecho a la privacidad, a la reputación, al olvido* de noticias personales u obsoletas, expresan exigencias nuevas que apremian frente a la potencia de los medios de comunicación contemporáneos.

4 Don Luigi Giussani plantea este «complejo de evidencias y exigencias originales, de tal modo original que todo lo que el hombre dice o hace de ellas depende» en la base de «cualquiera afirmación de la persona» en L. GIUSSANI, *Il senso religioso*, Rizzoli, Milano, 1997, 8-11, en un párrafo del título *L'esperienza elementare*. Sobre la relación entre experiencias elementales y derecho, cfr. A. SIMONCINI-L. VIOLINI-P. CAROZZA-M. CARTABIA, *Esperienza elementare e diritto*, Guerini e Associati, Milano 2011.

El proliferar de los derechos individuales expresa la expectativa de que el orden jurídico pueda hacerse cargo de los dramas más profundos de la persona y asegurar satisfacción a las aspiraciones que albergan en el corazón de cada uno, también en el nuestro.

Sean adecuados o no –suspendemos el juicio por el momento– los nuevos derechos se presentan como un intento por responder a nuevas preguntas humanas y sociales. Entonces, para sintetizar este punto: por un lado están los cambios sociales que hemos esbozado, por otro, estos cambios se encuentran con un lenguaje que intercepta bien las necesidades y los deseos humanos que surgen de esos cambios.

2.3. Todavía más, el lenguaje de los derechos es un lenguaje que tiene un carácter optimista, “progresista”, en cuanto parece permitir y prometer un progreso en el campo ético y social como espejo de aquello que se verifica en campo científico y tecnológico. Más derechos para todos, a un máximo nivel de tutela: ¿Qué programa político podría disentir de un diseño así, de un objetivo así? La insistencia en los derechos tiende a evidenciar solo aquello que es deseable, ignorando, en cambio, el “costo” económico, material, relacional y social que en realidad cada derecho lleva consigo, como bien han evidenciado hace algunos años atrás Cass R. Sunstein y Stephen Holmes, en su libro “El costo de los derechos”.

¿Por qué los derechos deben tener un costo? Desde el momento en que el discurso de los derechos se centra en el individuo, y no en la relación jurídica, no se subraya nunca el peso que un nuevo derecho puede imponer sobre otro sujeto o sobre la comunidad. Pero, en realidad, aunque se atribuye al individuo singular, cada derecho atañe a los aspectos relacionales de la persona, de manera que la expansión de la posición subjetiva de uno corresponde a la contracción de la del otro. Lo saben bien los jueces, y en particular los jueces constitucionales, que deben aplicar el derecho en el ámbito de las contraversias –y, por lo tanto, de relaciones conflictivas– donde es claro que ningún derecho individual puede obtener una expansión incontrolada; porque concierne a la dimensión relacional de la persona. Todo derecho siempre tiene que ser balanceado con los derechos de otros y los intereses generales de la comunidad. Por esto, por ejemplo, la Corte Constitucional italiana en un complejo caso que concernía al derecho al trabajo, al derecho al ambiente, al derecho de la salud y la libertad de la empresa, ha afirmado:

5 C. R. SUNSTEIN-S. HOLMES, *Il costo dei diritti*, il Mulino, Bologna 2000.

«Todos los derechos fundamentales tutelados por la Constitución se encuentran en una relación de integración recíproca y no es posible por lo tanto identificar uno de ellos que tenga prevalencia absoluta sobre los otros. La tutela siempre debe ser “sistémica y no fraccionada en una serie de normas descoordinadas y en potencial conflicto entre ellas” (sentencia n. 264 de 2012). Si no fuese así, se verificaría la ilimitada expansión de uno de los derechos que se convertiría en un “tirano” en relación con las otras situaciones jurídicas constitucionalmente reconocidas y protegidas, que constituyen en su conjunto expresión de la dignidad de la persona»⁶.

Sin embargo, los costos de los derechos pueden permanecer y, de hecho, a menudo permanecen escondidos hasta que se expresen en una controversia jurisdiccional. De por sí, el lenguaje de los derechos, focalizando la atención solo sobre la promesa que contiene, se difunde fácilmente porque ofrece esperanza.

2.4. Los “nuevos derechos” constituyen ramificaciones y desarrollos de dos grandes principios universalmente reconocidos: la libertad como autodeterminación del individuo, y la igualdad entendida como no discriminación. Se trata de las mismas matrices culturales y jurídicas que están en la base de toda la temporada de expansión de los derechos individuales de matriz *liberal* que ha marcado una época entera del constitucionalismo americano: desde el caso *Griswald*⁷ de 1965 al caso *Roe v. Wade*⁸ de 1973. Entonces, los nuevos derechos nacen con connotaciones culturales precisas que son aquellas del individualismo anglosajón, en el cual la autonomía o la autodeterminación de cada uno constituye el meta-valor dominante y en el cual la igualdad tiende a traducirse y a reducirse a una forma de no diferenciación jurídica. La cultura contemporánea de los “nuevos derechos” está muy influida por las ideas *liberales* de filósofos como Ronald Dworkin y John Rawls que identifican a la persona esencialmente en un individuo racional, abstracto y auto-

6 Sentencia n. 85 de 2013

7 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

8 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

determinado⁹. Presuponen, en principio, un sujeto que racionalmente realiza sus elecciones libremente tanto en el plano económico como en el plano existencial. Por esto tienen su centro de gravedad en el principio de autodeterminación –que pretende emancipar a la persona de toda forma de poder y de condicionamiento externo, sea este el poder del Estado, de la autoridad religiosa, del grupo, de la familia– y en el principio de no discriminación, que tiende a generar instrumentos normativos indiferentes a las diferencias, a las pertenencias y a los grupos.

2.5. Podríamos preguntarnos por qué las respuestas jurídicas a los nuevos problemas sociales a los cuales hicimos referencia al principio ocurren precisamente en forma de derechos individuales y no de reformas legislativas. Por qué se solicita de preferencia más *iura* y no sólo más *leges*.

Los derechos recorren caminos fáciles y directos en el ordenamiento jurídico, porque pueden ser reivindicados directamente ante una autoridad judicial, nacional, constitucional, supranacional o internacional. A veces, frente a las vacilaciones de la política, un caso judicial pendiente ha sido introducido en las negociaciones políticas como instrumento de presión o negociación¹⁰. La fuerza de la vía jurisdiccional deriva del hecho de que, una vez presentada la solicitud, el juez no puede eximirse de resolver el caso que se le plantea sino que debe responder. No puede evitar una decisión con un *non liquet*. La solicitud de reconocimiento de los derechos puede evitar pasar por los complejos recorridos de la política y por los pasillos del Parlamento: los actores políticos, a diferencia de los jueces, gobiernan su agenda y dado a que a menudo las temáticas tocadas por “los nuevos derechos” conciernen a problemas sumamente controvertidos, los órganos representativos tienden a pos-

9 En este sentido, la importante contribución de R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1977. De J. RAWLS, es necesario mencionar *A Theory of Justice*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, MA 1971 (trad. it.: *Una teoría della giustizia*, Feltrinelli, Milano 1971). Este punto de vista ha sido ampliamente criticado por M. Sandel quien subraya que el empobrecimiento de la concepción de la persona asumido por el liberalismo jurídico acaba por reducirla a un “uncumbered self”. Cfr. M. SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press, 2nd ed. 1998, 178-183.

10 En Italia, esta dinámica se produjo durante la discusión de la ley de unión civil que originalmente contenía una referencia a la adopción, luego eliminada. Incluso en Chile, en diciembre de 2014, un caso similar se produjo en relación con una disputa entonces pendiente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto al inicio de la discusión parlamentaria sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo.

poner la deliberación hasta que se haya formado un consenso, para evitar asumir decisiones impopulares. En cambio los jueces, en principio, no son dueños de su agenda: por regla general, una vez radicado en un juez todo caso debe tener una respuesta y, por otra parte, no está dentro las posibilidades de una corte actuar sobre un objeto en que se consideraría meritorio intervenir, si sobre este no se ha solicitado un juicio.

En muchos casos, también en la experiencia europea, los nuevos derechos han sido reivindicados sobre todo ante un juez, incluso supranacional. No es infrecuente que las Cortes europeas –en particular la Corte Europea de los derechos del hombre y la Corte de Justicia de la Unión Europea– hayan anticipado cambios que encontraban una alta resistencia a nivel nacional. A partir de ahí, luego, gracias a la atención que los tribunales nacionales prestan con mayor frecuencia a la jurisprudencia de otros tribunales –el empleo del *foreign law*– especialmente en asuntos relacionados con cuestiones potencialmente universales –como son las de los derechos humanos–, las decisiones adoptadas en una sala de audiencias han emigrado a otros lugares, difundiéndose a nivel global¹¹.

Como se ve, los derechos poseen una serie de características que los convierten en criaturas legales especialmente exitosas, sea porque tocan la esfera emocional, en un sentido profundo, de la gente, poniendo en práctica valores universalmente reconocidos –como la libertad y la igualdad–, sea porque son estratégicamente viables, o porque ofrecen una oportunidad de respuesta inmediata a las nuevas necesidades derivadas de los grandes cambios sociales de nuestra época: por todas estas razones creo que esta temporada de “nuevos derechos” no es probable que se agote muy rápidamente.

11 Un cuidadoso estudio sobre el uso del derecho extranjero por los tribunales es el excelente T. GROUPI-MC PONTTHOREAU (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart Publishing Ltd., Oxford 2013.

3 ¿“NUEVOS DERECHOS” O CRISIS DE VALORES?

¿Cuál es la característica cultural de estos derechos que hemos visto desarrollarse tan velozmente en nuestra época? ¿Son realmente “nuevos derechos” o, en muchos casos, se trata de nuevas ramificaciones de derechos antiguos?

Los nuevos derechos son percibidos comúnmente como un factor de gran transformación en las cuestiones de ética pública: si las leyes hasta una época reciente han encarnado la moral cristiana, o por lo menos se inspiraron en ella, ahora son percibidas más a menudo como adversas, hostiles o cuanto menos extrañas a ella.

No obstante, los nuevos derechos apelan a valores universales, arraigados en la concepción cristiana de la persona humana: libertad, igualdad, dignidad, solidaridad, son palabras clave de la doctrina social de la Iglesia. Sin embargo, en nombre de estas mismas palabras se aprueban leyes que ponen en crisis el rol de la familia, que liberalizan el aborto, la eutanasia, la procreación artificial, la maternidad subrogada.

¿Cómo es posible que en nombre de valores universales, fruto de la civilización cristiana, se aprueben leyes tan lejanas de las leyes morales de la Iglesia?

Observemos lo que ha ocurrido en Europa, una tierra que, junto a Norteamérica, se encuentra en un estadio más avanzado en este proceso de laicización de las leyes en materia de ética pública.

Querría comenzar este breve viaje histórico, haciéndome acompañar de la voz de dos personajes muy diferentes entre sí, que nos ofrecen, sin embargo, una contribución que puede ayudarnos a enfocar las problemáticas que nos preocupan.

El 12 de mayo de 1879, el beato John Henry Newman, en el llamado *biglietto speech*, el discurso obligado con ocasión de su elevación a la dignidad cardenalicia, pronunciaba estas palabras:

«Hasta ahora el poder civil ha sido cristiano. También en naciones separadas de la Iglesia, como la mía, cuando era joven todavía valía el *dicho*: “El cristianismo es la ley del país”. Ahora esta estructura civil de la sociedad, que ha sido

creación del cristianismo, está rechazando el cristianismo. El *dicho* al que me he referido, y muchos otros que derivaron de este, ha desaparecido o está desapareciendo, y para el fin del siglo, si Dios no interviene, será completamente olvidado»¹²

En la misma época un escritor laico del otro lado del Canal de la Mancha, Víctor Hugo, en “Los miserables”, propone un juicio análogo.

A propósito de un episodio que concierne a una joven mujer, Fantine, inducida a la prostitución después de un despido cruel, debido al celo de un capataz de la fábrica que, en nombre de la moral cristiana, no pudo tolerar dar trabajo a una madre soltera cuando se descubrió que lo era¹³, comenta:

«La santa ley de Jesucristo gobierna nuestra civilización, pero aún no la compenetra»¹⁴.

Estas afirmaciones, por algunos aspectos nos proyectan a un tiempo aparentemente muy lejano del nuestro; por otros, en cambio, describen una realidad bastante menos remota.

No es actual el fenómeno de la secularización de la vida social que nuestros observadores no dejan de subrayar como hecho establecido ya en la segunda mitad del siglo XIX; y a la inversa, por mucho más tiempo, hasta un siglo después, el cristianismo ha seguido siendo, en particular en Italia, pero también en muchos países europeos y occidentales, “la ley del país”, para gobernar las estructuras civiles de nuestra sociedad: hasta una época muy próxima a la contemporánea, la estructura civil de la sociedad y su edificio jurídico se han mantenido impregnados de valores cristianos.

12 <http://www.newmanfriendsinternational.org/italian/?p=98>). El texto original fue publicado por primera vez en J. H. NEWMAN, *My Campaign In Ireland*, A. King & CO., Aberdeen 1896, 396.

13 Hugo describe así al capataz: «Se había puesto a cargo de este departamento a una solterona, recomendada por el párroco, y se tenía plena confianza en ella, persona muy decente, firme, justa, impecable, llena de aquella caridad que consiste en dar, pero no provista del mismo modo de la caridad que consiste en perdonar (...) Es precisamente en esta gracia de su omnipotencia y convencida de hacer el bien, que esta mujer había instruido el proceso, juzgado y condenado a Fantine», V. HUGO, *I miserabili*, Rizzoli, Milano, 2013, 254.

14 HUGO, *I miserabili*, 261.

En el plano legislativo, en Estados Unidos y en Europa los primeros cambios se producen más de un siglo después, en el curso de los años 70 y 80 del siglo XX, con posterioridad a la revolución del 68, con la aprobación de las conocidas leyes sobre divorcio, primero, y sobre aborto, poco después. En el mundo occidental, a ambos lados del Atlántico, esto ha ocurrido casi al mismo tiempo, hacia la mitad de los años 70. Si hay un punto de inflexión en este ámbito, que ha marcado una cesura histórica, éste puede sin duda ser identificado en el ya citado caso *Roe v. Wade*, decidido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en 1973.

Estos movimientos de liberalización en el plano jurídico se tranquilizaron durante un tiempo para luego sufrir una aceleración repentina hacia fines del siglo pasado y principios del siglo XXI: después del divorcio y el aborto, además de la legislación sobre el transexualismo, los temas de fin de siglo han pasado a ser los problemas sobre el fin de la vida, la procreación asistida médicamente y el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Las leyes y derechos inspirados en los valores cristianos han sobrevivido más tiempo que el transcurrido desde el abandono del cristianismo que, de diversas maneras, Newman y Hugo ya habían comprendido en la época liberal del continente europeo. Históricamente, sólo después de mucho tiempo se han derrumbado las estructuras civiles y legales que se generaron por la experiencia religiosa. Desde este punto de vista, un observador religioso y uno laico han podido constatar la misma evidencia. Acerca de esto, hay algunas páginas bellísimas del cardenal Joseph Ratzinger que retoma y reelabora en referencia a la cultura contemporánea don Julián Carrón en su reciente libro “La belleza desarmada”:

«[...] “ante la contraposición de las confesiones y la crisis inminente de la imagen de Dios, se intentó mantener los valores esenciales de la moral por encima de las contradicciones y buscar una evidencia que los hiciese independientes de las múltiples divisiones e incertezas de las diferentes filosofías y confesiones”. Este proyecto parecía entonces posible porque “las grandes convicciones de fondo surgidas del cristianismo en gran parte resistían y parecían innegables”^[15]. Se desarrolló así el intento ilustrado de afirmar esas convicciones, cuya

15 J. RATZINGER, *L'Europa di Benedetto e la crisi delle culture*, LEV-Cantagalli, Roma-Siena 2005, 61.

evidencia parecía que se podía sostener por sí misma, prescindiendo del cristianismo como experiencia viva. ¿Cuál ha sido el resultado de esta “pretensión”? Esas convicciones, sobre las que se funda nuestra convivencia desde hace muchos siglos, ¿han resistido a la verificación de la historia? ¿Se ha mantenido su evidencia ante las vicisitudes de la historia, con sus imprevistos y sus provocaciones?»¹⁶.

Muchos de los valores madurados en la tradición cristiana han sido preservados aun cuando se difundía el rechazo de la dimensión religiosa. Incluso fueron puestos como fundamento de los ordenamientos jurídicos en la época del primer constitucionalismo moderno nacido de la Revolución francesa y de la Revolución americana al final del siglo XVIII y han sido “consagrados” en textos particularmente protegidos –precisamente las Constituciones– para que, puestas al resguardo de todo posible ataque, pudieran durar más tiempo.

Para todos son conocidos los principios de *libertad, igualdad, fraternidad*: son el lema de la laica Revolución Francesa y constituyen los elementos fundantes de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789, emblema de aquella época. Sin embargo, son el eco de una tradición que indudablemente tiene sus raíces en una larga historia de religiosidad marcada por el cristianismo.

Es interesante hacer notar este fenómeno, porque, mientras se desataba la furia iconoclasta contra todo símbolo religioso y mientras la Iglesia era atropellada por la rebelión contra todas las instituciones tradicionales en cuanto parte del *ancien régime*, los valores de la civilización cristiana –debidamente despojados de toda referencia a sus raíces religiosas y trascendentes– se perpetuaban como valores civiles, constitucionales, incardinados en el derecho positivo.

La operación aparecía atractiva y fácilmente practicable porque el pensamiento liberal heredó las grandes convicciones del cristianismo y pareció poderlas “capitalizar” independientemente de su origen, incluso desvinculándose del sujeto que las había hecho nacer.

Los valores morales y los principios jurídicos del iluminismo y de la época liberal en gran medida han crecido en el humus de la tradición cristiana, pero han pretendido emanciparse de ella.

En época más reciente –en torno al *fin du siècle*– el debate sobre la Constitución europea y las raíces cristianas de Europa ha reproducido la misma dinámica que había conducido, poco más de dos siglos antes, a la *Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano* de 1789. Los valores nacidos de la tradición (también) cristiana fueron salvaguardados, pero las raíces no; parecía superfluo reconocerlas. La opinión dominante consideraba que una constitución

«debe referirse a los valores no a sus raíces: la unidad y la identidad de los europeos se construye en torno a los principios de la dignidad de la persona humana, de la solidaridad, de la democracia, de la libertad y de la igualdad, cualquiera sea su origen»¹⁷.

Esta ha sido la opinión mayormente compartida, y finalmente vencedora, en el debate sobre la Constitución para Europa, que luego ha dejado huella en la Carta de los Derechos de la Unión Europea, ahora incorporada en los Tratado de la UE. Pocas, poquísimas –aunque con autoridad y valentía¹⁸ –han sido las voces contrarias, que evidenciaban el origen histórico de los valores proclamados, esforzándose por el reconocimiento de la cultura greco-judeo-cristiana como terreno de cultivo de los valores relativos a la dignidad de la persona, hechos propios por la Carta fundamental de Europa.

Una consideración decisiva, que me importa subrayar para comprender los acontecimientos que nuestras sociedades están atravesando, es que primero se produjo un abandono del cristianismo como forma de vida en la sociedad; solo en un segundo momento –un siglo después– los valores cristianos, que habían sobrevivido largamente en la legislación, comenzaron a ser discutidos, para luego ser rápidamente desmantelados y retractados hacia el final del siglo XX y en el primer decenio del presente.

Los “nuevos derechos” se van elaborando en una época en la cual la cesura con la cultura cristiana está ya del todo consumada. Además, nuestras sociedades contemporáneas –no hace falta alargarse sobre este punto– son ampliamente secularizadas y fragmentadas desde el punto de vista cultural; religiones, lenguas, culturas, tradiciones, son las propias de una sociedad plural.

17 S. FERRARI, *Dio, religione e Costituzione*, OLIR - Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose, 2004, disponible en formato PDF en http://www.olir.it/areetematiche/73/documents/FerrariS_Preamboli.pdf.

18 J. H. H. WEILER, *Un'Europa cristiana. Un saggio esplorativo*, Rizzoli, Milano 2003.

Muchos de los nuevos derechos a menudo se extraen de textos y formulaciones que son las de siempre: la dignidad, la libertad, la expresión del pensamiento. Sin embargo, los textos antiguos deben ser reinterpretados para responder a exigencias nuevas y, sobre todo, se desarrollan en un contexto en que la sociedad y la cultura han cambiado mucho respecto de las que llevaron a la elaboración de las primeras formulaciones.

De la interacción de estos factores –antiguos textos o antiguas formulaciones, nuevas exigencias, contexto multicultural y secularizado– nacen los “nuevos derechos”.

Es importante subrayar la relevancia de la transformación cultural y del contexto social, porque esto tiene un peso enorme en la definición del contenido de enunciados normativos tan amplios, indeterminados e indefinidos como aquellos de los derechos.

En efecto, los textos jurídicos que enuncian los derechos individuales –las constituciones, las convenciones internacionales, las declaraciones o las cartas de derechos– se articulan con expresiones extremadamente genéricas. En realidad, el mundo del derecho es muy variado: en algunos ámbitos, está compuesto habitualmente de reglas muy específicas, como, por ejemplo, aquellas que conciernen a las distancias que debe mantenerse en la construcción de un edificio vecino a otro, o bien aquellas que establecen el valor de las sanciones aplicables cuando no se respetan las leyes del tránsito; en otros ámbitos, el derecho procede por *principios generales*¹⁹.

Precisamente los derechos son formulados por principios muy amplios. Por ejemplo, si decimos: «la libertad personal es inviolable», o bien: «la dignidad humana es inviolable» o incluso también, «cada uno tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos con todas las formas y medios de comunicación», ¿cuál será el significado concreto de estas expresiones?

¿Por qué es importante tener en cuenta esta estructura léxica tan amplia, porosa, abierta que encontramos en el lenguaje de los derechos?

19 El tema, muy desarrollado por los estudios contemporáneos de filosofía del derecho, es abordado sintéticamente por G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, en «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 31, 2002, 865-897.

Los principios pretenden ser interpretados, aun antes de ser aplicados, en razón de su elasticidad e indeterminación. Es claro que mientras más amplios son los enunciados más espacio dejan al rol activo y creativo del intérprete, de aquel que debe interpretar y aplicar estos derechos. Un intérprete que no es llamado solamente a explicar y a clarificar, sino que está investido de una función de valoración, que le permita identificar los principios en la experiencia sometida a su consideración. Un intérprete que está sometido al presente y que lleva en la interpretación toda su *forma mentis* y su experiencia de vida.

Una posible consecuencia es que la misma expresión jurídica puede llevar no sólo a resultados diferentes, sino que incluso opuestos.

Tomemos el ejemplo de la dignidad humana, valor universalmente reconocido y que nadie osaría poner en discusión, sobre todo después del nazismo y los acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial. Más bien, la dignidad humana goza de un estatus peculiar, porque es considerada un “meta-valor” siendo generalmente reconocida como el valor fundante del cual derivan todos los derechos de la persona.

Ahora bien, la dignidad humana ya no tiene un contenido de por sí evidente.

Aparte de algunos contenidos mínimos que todos incluyen en el núcleo esencial e inderogable del respeto de la dignidad humana –por ejemplo la prohibición de tortura, de esclavitud y de trabajo forzado– cuando es aplicada a problemáticas más sofisticadas, más complejas, o simplemente inéditas, la “dignidad humana” se tiñe de contenidos diversos según el contexto social y cultural en el cual debe ser aplicada.

Por ejemplo, favoreciendo una interpretación muy difusa en el mundo anglosajón, el tema de la dignidad ha sido repropuesto en nuestro tiempo como sinónimo de aquella capacidad de *autodeterminación* que, como hemos visto, domina la cultura de los derechos, dejando en la sombra toda connotación ontológica, que tiende (tendía), en cambio, a reconocer en la dignidad una esencia indisponible, derivada de la misma naturaleza de la persona. La opinión mayormente compartida en la actualidad considera que “en la antropología moderna de la persona, la dignidad conduce a la autodeterminación”²⁰, es decir, a la capacidad

de determinar libremente el propio proyecto de vida, desvinculado de constricciones, prohibiciones, límites y reglas heterónomas: “el derecho a la autodeterminación es destinado a prevalecer, sin la posibilidad de sobreponerle un *ordre morale institutionnel*”²¹. En particular, en relación con las elecciones que conciernen a la salud y la vida, el respeto de la dignidad humana tiende hoy a coincidir con el respeto a la libre determinación individual: la dignidad es reconocida cada vez que se es libre de ejecutar las propias elecciones existenciales, sin presiones ni condicionamientos de parte de cualquier tipo de autoridad o de quien detenta el poder.

Todos los derechos que conciernen el cuerpo, los cuidados de salud, la identidad sexual, la vida, su principio y su fin, y más en general la bioética, parten de la idea de que la dignidad de la persona es respetada cuando ésta puede ser libre de decidir por sí sola²²: por ejemplo, si rechazar los tratamientos o continuarlos; si tener un hijo o no tenerlo; si aceptar la eutanasia o no aceptarla; si mantener el género que corresponde al cuerpo o cambiarlo, y así sucesivamente. El corazón de la dignidad de la persona es, en esta narrativa tan difusa, la libertad de elección, tanto que la eutanasia a menudo es denominada también como “muerte digna”, porque aparece más conforme al respeto de la persona de poder elegir el momento en que este pasaje inevitable debe ocurrir, sin sufrir la vergüenza y la humillación del dolor y el decaimiento físico. “Cuando se alcanza al núcleo duro de la existencia [...] estamos frente a lo indecible. Ninguna voluntad externa, incluso aquella coralmente expresada por todos los ciudadanos o por un Parlamento unánime, puede tomar el lugar de la del interesado”²³.

21 RODOTÀ, *Il diritto...*, 195.

22 Por ejemplo, en el tema de la libertad de cuidados, la Corte Constitucional italiana –como organismos similares de otros países y numerosos tribunales supranacionales e internacionales– ha afirmado, sentencia n. 438 de 2008, que «el consentimiento informado se fundamenta en los arts. 2, 13 y 32 de la Constitución, [cual] síntesis de dos derechos humanos fundamentales: el de autodeterminación y el derecho a la salud». Hace poco, la Corte en su sentencia 162 de 2014, relativa a la fecundación heteróloga, afirma: “la elección [...] de convertirse en padres y formar una familia que tenga hijos también constituye una expresión de la libertad fundamental y general de la autodeterminación, libertad que, como esta Corte ha declarado, aunque para otros fines y en un contexto diferente, es atribuible a los arts. 2, 3 y 31 Const. ya que afecta a la vida privada y familiar».

23 RODOTÀ, *Il diritto...*, 257

No ocurre así en otras tradiciones, difundidas hasta años recientes en el continente europeo y en particular en el mundo francés y alemán. Ejemplificativa de esta lectura alternativa de la dignidad humana es una decisión francesa, pronunciada hace algunos años por el Consejo de Estado²⁴, en que la dignidad expresa un aspecto indisponible de la persona humana y entonces es invocada como límite a –y no ya como fundamento de– su libre autodeterminación. El caso concernía a un hombre afecto de enanismo que, para ganarse la vida, había decidido prestarse a ser usado para el juego del “lanzamiento” del enano. El caso llegó a los tribunales porque el alcalde de la comuna juzgaba que esta diversión no debía ser considerada lícita, pues, aunque el protagonista se prestaba libremente, instrumentalizaba a la persona. Se trataba de un acto libre, pero que es de tal naturaleza que todos los hombres se sienten ofendidos por este modo de utilizar el físico de una persona que tiene una discapacidad. La otra parte sostenía que no se sufría ninguna constricción al realizar un gesto que representaba una diversión y, sobre todo, una fuente de ingreso, y solicitaba ser dejado en libertad de decidir su propio destino. Una vez más, el caso estaba fundado sobre un tema de interpretación y del sentido de la dignidad. ¿Esta se expresa como libre elección o como respeto de algo que escapa a la autodeterminación del individuo? ¿Hay algo en el ser humano que hace de dique a las libres elecciones y no permite considerar que cualquiera opción sea respetuosa de la dignidad? O, en cambio, ¿toda elección es digna y respetuosa de la dignidad mientras sea libre (porque ciertamente ningún ordenamiento estaría dispuesto a tolerar que una persona pueda ser utilizada para una actividad lúdica similar contra su voluntad)?

No queremos dar una respuesta ahora sobre cuál es la interpretación más correcta del valor de la dignidad humana; esta pequeña profundización es interesante, sobre todo, para ejemplificar cómo toda la articulación del significado de los derechos humanos tiene mucho que ver con la cultura, con el contexto y con la interpretación. Su contenido, haciendo propio “el espíritu del tiempo”, cambia, se tiñe de nuevos sentidos, se llena, según el contexto cultural, de nuevas implicaciones y de un nuevo alcance normativo, influenciado por algo previo al mundo jurídico, algo que sucede en el orden social y que el derecho, en alguna manera, tiende a absorber.

24 Consejo de Estado, Asamblea de 27 octubre de 1995, 136727 (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007877723&fastReqId=1318497351&fastPos=1>). Una posición similar fue expresada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), en decisión de 14 de octubre de 2004, C-36/02: Omega, relativa a la prohibición alemana para los juegos que utilizan pistolas de juguete láser que simulan asesinatos.

4 ORDEN JURÍDICO Y ORDEN SOCIAL

En los puntos apicales o, si se quiere, fundantes del orden jurídico, ahí donde entra en contacto con la moral, el derecho no es autosuficiente, respira el aire y el espíritu del tiempo.

Las Constituciones son

«el núcleo fundamental de los principios y reglas que rigen la convivencia civil y se presenta como el depósito histórico-positivo de los valores dominantes en la comunidades nacionales o supranacionales»²⁵.

Los valores morales que el derecho absorbe constituyen el “depósito histórico”, positivizado en la ley, de aquello que vive en el tejido social, en la vida de la comunidad. Por esto, uno de los más grandes constitucionalistas italianos—Costantino Mortati—consideraba que para comprender la constitución de una comunidad política determinada no resulta suficiente mirar el texto escrito, la constitución formal, sino que es necesario sumergirse en la vida real de las instituciones y de la sociedad, para decodificar la «constitución en sentido material»²⁶; de esta concepción que tiende a asignar un valor quizás excesivo a las fuerzas políticas dominantes (o incluso al partido político dominante), se debe atesorar la invitación que contiene a mirar más allá del dato estrictamente normativo, para dirigirse a los elementos sociales y políticos, sin los cuales la constitución formal no puede ser comprendida.

En el derecho el texto es importante, pero no lo es todo, en especial a nivel constitucional. Hay un derecho viviente, una constitución viviente, que explica el valor de las normas en el plano de la efectividad.

Para iluminar esta idea, es interesante mencionar lo que ocurre en los campus de algunos *college* en norteamérica, cuando, al momento de organizar los espacios en torno a los diversos edificios donde se desarrolla la vida universitaria, se debe trazar los caminos: a veces los arquitectos siembran hierba sobre toda la superficie, luego esperan algún tiempo para entender dónde se verifica mayormente el paso de la gente y solo en este momento se crean las calles y veredas. Las líneas de los caminos, espontáneamente trazadas, señalan los recorridos más compartidos, no siempre los más breves, para conectar los distintos edificios, y son llamados *desire paths*. Se trata de un modelo que en arquitectura, y sobre todo en el *software design*, se utiliza a menudo para seguir la experiencia del usuario con una proyección funcional más eficaz y más fecunda.

25 G. SILVESTRI, *La religione nello spazio pubblico costituzionalmente garantito* P. 2, en G. LINGUA (a cura di), *Secolarizzazione e presenza pubblica della religione*, Pensa MultiMedia, Lecce-Brescia 2015, 85ss.

26 C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale* (1940), reimpresión Giuffrè, Milano 1998.

Algo similar ocurre en el ámbito que nos interesa: antes viene la vida social con sus necesidades, sus ensayos y sus respuestas; el derecho viene después. Y cuando el derecho alcanza los niveles más delicados, que tocan las cuestiones de ética pública, esta anterioridad de la vida social respecto a la regla legal es aún más evidente:

«El orden jurídico auténtico recurre al estrato de los valores de una comunidad para extraer la fuerza vital que nace únicamente de una convicción sincera, con el fin de obtener esa solidez que no tiene necesidad de coacción policial para permanecer estable»²⁷.

Este es el punto que es necesario clarificar bien respecto a los transformaciones en curso a las que nos hemos referido al comienzo. Aquello que está cambiando no son principalmente los conceptos jurídicos, como nos han ayudado a comprender los autores citados anteriormente, el cardenal Newman y Victor Hugo, el primer cambio ya ha tenido lugar en la vida social. El derecho refleja algo que ha ocurrido antes.

Los conceptos jurídicos, confiados a los textos, no son nunca autosuficientes. Como todas las grandes certezas humanas no tienen una vida propia. No basta con asegurar en un documento una conquista moral, aunque sea verdadera: esta es una experiencia muy clara para todos los que tienen que trabajar con el derecho. Un típico ejemplo de esta actitud que reconoce que el derecho no goza de autosuficiencia está dada por los grandes estadistas que redactaron la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, una de las más grandes conquistas de la humanidad, como ha repetido también el Papa Francisco en su discurso a las Naciones Unidas del 25 de septiembre de 2015²⁸. Inmediatamente después del final de la Segunda Guerra Mundial, al inicio de la Guerra Fría, se cumplió el verdadero y real prodigio de la elaboración y redacción de la *Declaración Universal*. El comité encargado de escribirla, guiado por una gran mujer, Eleanor Roosevelt, esposa del presidente Franklin Delano Roosevelt, debía buscar un acuerdo, en aquel contexto tan conflictivo a nivel internacional, en torno a un texto jurídico que tuviera en cuenta todas las opiniones de los representantes de todas las culturas y naciones de entonces. El cómo se obtuvo éxito en esta em-

27 P. GROSSI, *Prima lezione di diritto.....*, Laterza, Roma-Bari 2003, 20.

28 *Encuentro con los miembros de la Asamblea General de las Naciones Unidas – Discurso del Santo Padre*, Nueva York 22 septiembre 2015 (http://w2.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2015/september/documents/papa-francesco_20150925_onu-visita.html)

presa es una historia extraordinaria descrita muy bien en un espléndido libro de Mary Ann Glendon²⁹, de gran valor para quien esté interesado en este tema. Después de presenciar el espectáculo de la formación de un consenso por parte de los representantes de estados divididos y adversarios, que llegaron finalmente a firmar un texto común, uno de los protagonistas principales, el católico Jacques Maritain, advirtió que —aunque se había alcanzado un acuerdo para la formulación de los treinta artículos del texto—, la tarea no estaba concluida porque

«Que la música que se podrá tocar sobre las treinta cuerdas de la Declaración esté en armonía o sea dañina para la dignidad humana, dependerá fundamentalmente del compás en el cual la cultura de la dignidad humana se desarrolle»³⁰.

Apenas se había concluido una gran tarea: el texto aprobado es una obra maestra de equilibrio jurídico que desde aquel lejano 1948 jamás ha sido retocado. De este texto se han derivado una gran variedad de pactos y convenciones internacionales pero la *Declaración* en cuanto tal no ha sido modificada. Sin embargo —incluso en un momento que podemos considerar de triunfo y de satisfacción para haber superado todos los obstáculos y haber conseguido un consenso sobre una base común en un contexto histórico tan difícil— Maritain no pudo dejar de notar que una real armonía del texto de la *Declaración* con la dignidad humana no era un hecho descontado: por el contrario, dependería, no tanto de las instituciones, de los gobiernos o de los jueces, sino de la medida en la cual se hubiera desarrollado la cultura de la dignidad humana.

También las más grandes obras maestras jurídicas, como considero que son la *Constitución italiana*, la *Convención europea de los derechos del hombre*, la *Declaración universal* y muchas otras, necesitan ser nutridas continuamente a nivel cultural y social; de otra manera, las mismas palabras, los mismos principios jurídicos, pueden llevar a resultados opuestos, pueden sustentar y proteger a la persona o pueden deprimirla e incluso aniquilarla.

29 GLENDON, *Verso un mondo nuovo. Eleanor Roosevelt e la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani*, Macerata, Liberilibri, 2009.

30 Tema recogido y tratado por GLENDON, *Tradizioni in subbuglio*, Sovieria Mannelli, Rubbettino, 2007, 73 (ed. italiana a cura di CAROZZA E CARTABIA).

Otro ejemplo. En el origen de una de las más grandes democracias contemporáneas, los Estados Unidos de América, está la *Declaración de Independencia americana* de 1776. Algunos pasajes de esta Declaración son de verdad entusiasmantes: “Consideramos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad”. Se trata de un pasaje extraordinario; sin embargo, al releerlo a la luz de la historia americana posterior no puede sino surgir una interrogante: ¿Por qué, frente a un texto que habla de la libertad y de la igualdad de todos los hombres ya desde 1776, la esclavitud sólo es abolida en 1865, transcurrido casi un siglo, después de una guerra civil, una enmienda de la Constitución Americana, la número XIII, y el asesinato del Presidente Lincoln? ¿Cómo ha sido posible que un gran país, nacido sobre los fundamentos de palabras tan claras y verdaderas, haya podido convivir con la esclavitud por casi un siglo? ¿Cómo ha sido posible que fuesen necesarios otros 90 años, hasta la decisión del Tribunal Supremo americano *Brown vs. Board of Education of Topeka* de 1954, para que fuese eliminada formalmente la segregación racial? Y todavía, ¿cómo es posible que la discriminación por la raza sea todavía un problema en los Estados Unidos de hoy, como resulta de las crónicas –más allá de la narrativa literaria y cinematográfica– que todo conocemos?

Todo esto ha sido y es posible, creo, porque el derecho se llena de significado e incide en el plano de la efectividad solo si existe una sustancial consonancia con la cultura y la vida social.

Si repasamos ahora con una mirada de conjunto los hechos históricos que hemos recorrido, no podemos dejar de observar que primero cayó el cristianismo como forma de vida social y luego, sólo mucho tiempo después, han caído los valores que nacieron de aquella experiencia. Dirigiendo la atención a los fenómenos que hoy nos conciernen. Me parece que es evidente que el tema principal –en términos de premisas y consecuencias– es la comprensión de lo que está ocurriendo en la cultura del pueblo, de la gente, de la sociedad, aún antes que en la cultura jurídica.

5 POSITIVISMO JURÍDICO, IUSNATURALISMO Y ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO

¿Cuál es entonces la tarea de la ley civil respecto de las grandes cuestiones morales? ¿Cuál es la relación entre la ley y la justicia?

Las consideraciones que preceden muestran que el derecho, especialmente sus expresiones fundamentales, no es un mundo cerrado en sí mismo, no es autosuficiente y se apoya sobre datos pre-jurídicos que por sí solo no es capaz de determinar. Como ha afirmado Ernst W. Böckenförde, con gran valentía y de manera incisiva:

«el Estado liberal, secularizado, vive de presupuestos que de por sí no puede garantizar. Éste es el gran riesgo que el Estado debe afrontar por amor a la libertad. Como Estado liberal puede subsistir solamente si la libertad que concede a sus ciudadanos se regula a partir del interior, de la sustancia moral del individuo [...]. Por otra parte, no puede tratar de garantizar estas fuerzas reguladoras internas por sí solo, o sea con los medios de la constricción jurídica y del mandato autoritario, sin renunciar a su naturaleza liberal y [...] recaer en aquella pretensión de totalidad de la cual salió en las guerras religiosas»³¹.

Es en la cultura y en la vida social que los grandes conceptos como dignidad, libertad, persona, vida y muerte, amor, necesidades, descos, y así sucesivamente, adquieren consistencia. Sin este sustrato, el derecho que quisiera imponer un orden de valores perdería su función de garantizar condiciones de vida humana y se convertiría en una fuerza tiránica y totalitaria. El Estado ético es inevitablemente un Estado absoluto.

Pero tampoco se puede compartir la afirmación que, por el contrario, considera que el Estado y su orden jurídico no tienen nada que decir respecto de las cuestiones de ética pública.

Ciertamente, ha sido fruto de un error de perspectiva la pretensión de separar totalmente el plano del derecho del plano de la moral, típica de la modernidad, bajo la influencia del positivismo jurídico, que se inclina a reducir el derecho al conjunto de leyes escritas, con un para-

31 E.-W. BÖCKENFÖRDE, *La nascita dello Stato come processo di secolarizzazione*, (1967) en G. PRETEROSSO (a cura di), *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, Laterza, Roma-Bari 2015, 53.

dojal retorno al principio *quod principi placuit legis habet vigorem*. La ley termina por coincidir con el mandato de la autoridad, fuese ella un rey o, en el estado liberal, un parlamento o la nación o el pueblo; la idea de ley dominante en todo el positivismo es la de un acto de voluntad indiferente al contenido del precepto que contiene.

La historia de Europa, antes que la reflexión y el pensamiento, y a un alto precio, llevó a poner en crisis una concepción del derecho de tal aridez. Las infames leyes raciales italianas y alemanas de los años 30 mostraron de modo evidente que el legislador no merecía confianza incondicional.

Después de la trágica experiencia de la injusticia de la ley³² se llegó a la conclusión que derecho y justicia tenían que volver a dialogar; derecho y moral no podían gravitar sobre órbitas completamente separadas.

¿Pero de qué manera y en qué medida la ley positiva puede realizar elecciones de valor? ¿Cómo volver a hacer dialogar la esfera jurídica y la moral, cuyo vínculo había sido cercenado por las teorías positivistas y por la experiencia política de los totalitarismos?

Es interesante notar que la crisis del positivismo no condujo a un retorno al iusnaturalismo. Más bien, la reflexión se ha dirigido hacia un redescubrimiento de la dimensión histórica del derecho. En la tradición italiana, especialmente la escuela de Paolo Grossi, enraizada en la gran enseñanza de Santi Romano³³ –para atacar las mitologías jurídicas de la modernidad³⁴– ante todo pretende captar la esencia del fenómeno jurídico en cuanto ordenamiento, más que mandato; reconocer su génesis no en las más altas esferas del poder sino en la parte inferior de la sociedad. Subraya la “socialidad como carácter inabdicabile del derecho”, el cual

32 Es elocuente la contribución G. RADBRUCH, *ingiustizia legale e diritto sovraleale* (1946), en A.G. CONTE E AL. (a cura di), *Filosofia del diritto*, Raffaello Cortina, Milano, 2002, 152ss., inicialmente partidario del derecho formal, después de la experiencia nazi, reconoció en la incapacidad de distinguir el derecho de la ley un vicio cultural que facilitó la obra del régimen.

33 S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), la seconda edizione del 1946 è ora ristampata in *L'ultimo» Santi Romano*, Giuffrè, Milano 2013

34 GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano 2007.

«aunque en la vida cotidiana se nos aparece como norma, como un imperativo, es en cambio esencialmente ordenamiento»³⁵.

En esta concepción, las leyes emanan

«de capas profundas de una civilización [...] donde prosperan aquellos valores capaces de constituir una experiencia jurídica y se les da, en su transformación, solidez y resistencia al desgaste»³⁶.

La escuela histórica del derecho no se mueve sólo sobre un plano descriptivo y de definiciones, sino que contiene también prescripciones normativas:

«el derecho puede funcionar concretamente como ordenamiento solo bajo una condición: que, en la práctica, se hagan las cuentas con valores e intereses que circulan en una determinada sociedad, que se tengan ojos y oídos atentos hacia abajo, listos para adecuarse a cuanto ocurre abajo»³⁷.

Los que detentan el poder de crear el derecho deben *inventarlo*³⁸, en sentido etimológico, esto es, encontrarlo y obtenerlo en la experiencia jurídica vivida.

Análoga es la posición de Böckenförde, quien, a partir de una reflexión sobre la función del derecho como ordenamiento social, reconoce la vitalidad y el contenido de su radicarse en la realidad social:

«el derecho tiene que necesariamente estar referido a la realidad de la vida que debe que ordenar [...] también desde el punto de vista de su contenido objetivo. El derecho existe para la realidad social y a continuación de ella»³⁹.

35 GROSSI, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari 2015, X.

36 GROSSI, *Ritorno al diritto*, XI-XII.

37 GROSSI, *Ritorno al diritto*, 35.

38 GROSSI, *Ritorno al diritto*, 84

39 BÖCKENFÖRDE, *La scuola storica e il problema della storicità del diritto*, (1964) en PRETEROSSO (a cura di), *Diritto e secolarizzazione ...*, 21.

Es por esta vía que la ley encuentra un camino que intersecta los senderos de la moral: no por una confrontación especulativa entre la ley positiva y la ley de naturaleza, sino al escuchar los valores experimentados en la cultura y en la sociedad⁴⁰ queda capacitado para restaurar el nexo con el orden moral cercenado por el positivismo.

Quizás se podría decir que la estructura del derecho implica no dos⁴¹, sino tres polos en continua y recíproca relación: ley, justicia y sociedad son factores imprescindibles de un proceso de continuo ajuste en el cual la ley no se limita a adecuarse a la sociedad, en el sentido de una pasiva adquisición de sus contenidos, sino que gracias a la atenta observación de las preguntas que ella expresa, se adentra en una inagotable búsqueda de lo justo. Evidenciar la socialidad y la historicidad del derecho no significa, por lo tanto, reducirlo a una función meramente descriptiva o repetitiva de lo existente. Ciertamente la ley también contribuye a la formación de la cultura que permea el sustrato social, que luego ella misma expresa; sin embargo, no puede introducir con su fuerza impositiva valores extraños a la vivencia de la comunidad⁴².

El derecho es entonces un canal de diálogo entre la moral y la *polis* donde se experimentan estilos y culturas, incesantemente comprometido en el descubrimiento de los principios de justicia. En esta búsqueda el derecho cumple entonces un rol de mediación entre la política y la ética, listo para interceptar los elementos normativos vivos, es decir, realmente presentes en la sociedad, sin jamás pretender imponerlos con la fuerza de la coerción que lo caracteriza, a una sociedad no preparada para acogerlos.

40 Sobre la cultura como conjunto de categorías de sentido y valor vigentes en una sociedad, que constituye un factor decisivo en la interpretación jurídica, ver ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna 2008, 31 e 199ss

41 Sobre la estructura dual del derecho, o sus dos dimensiones y su doble alma, trata la primera parte *-I due volti del diritto-* del libro de ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, 15ss.

42 Hay cierta circularidad entre la ley y la formación de la cultura, pero una cosa es admitir esta recíproca influencia, y otra afirmar que la ley o la Constitución tienen la tarea de conducir y dirigir la vida social: así M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, en «Giurisprudenza costituzionale», (51/2) 2006, 1643-1668; el autor también se refiere a este tema en *Il diritto può essere capace di bellezza?*, en «Quaderni della Fondazione del Monte 1473», 19/2014, *Il male di vivere e la fiducia in Dio. Atti della XXXIII edizione delle «Giornate dell'Osservanza»*, Bologna, 17-18 maggio 2014.

La reflexión sobre el historicidad del derecho clarifica bien que la función de la ley civil no puede ser la de imponer a los ciudadanos un mero mandato de la autoridad constituida, aun cuando estuviese inspirado en una justa moral. Pero, por otro lado, eso no implica que el derecho no reflexione sobre un orden de valores morales. En un tal contexto, él

«no puede crear de la nada, con una *disposición* normativa, una conciencia ética (aun) faltante o salvaguardar éticas de vida en vías de disgregación [...]. Las normas jurídicas deben encontrar en sus destinatarios —por lo tanto en la sociedad misma— un fundamento que las sostenga, no pueden pretender vivir únicamente de su coactividad. Deben, por lo tanto, en cuanto al fundamento, estar ya o todavía presentes en la sociedad, para poder aplicarse como deber jurídico»⁴³.

Es significativa la referencia a Santo Tomás de quien Böckenförde subraya un pasaje donde se afirma que la ley es dada a una comunidad en la cual la mayor parte de las personas no es perfecta en la virtud. Por tanto la ley humana no prohíbe todos los *vicios* de que los virtuosos se abstienen, sino sólo los más graves, de los cuales también puede abstenerse la mayor parte de la comunidad, y sobre todo, los que tienden a perjudicar al prójimo, sin cuya prohibición la comunidad estatal no puede ser conservada. Por esto el constitucionalista alemán resume así su concepción de la ley:

«la ley debe ser posible de aplicar y conforme a la naturaleza y a la *consuetudinem* de la patria»⁴⁴.

43 BÖCKENFÖRDE, *La scuola storica...*, in PRETEROSSO (a cura di), *Diritto e secolarizzazione...*, 29-30.

44 BÖCKENFÖRDE, *La scuola storica...*, in PRETEROSSO (a cura di), *Diritto e secolarizzazione...*, 29.

Partiendo de posiciones análogas⁴⁵, otro gran testigo, Edith Stein en el tema de la relación entre Estado, ley y moral, afirma –en su libro *An Investigation Concerning the State*– que:

«El Estado debe siempre acomodarse al *ethos* del pueblo. Reformar el Estado o bien sus leyes, según los principios fundamentales de la moral sin tener una base sólida en el *ethos* del pueblo es insensato y contrario al sentido del Estado»⁴⁶.

porque, agrega:

«El sujeto real de la justicia y de la moral no es el Estado en cuanto Estado, sino que es la comunidad que alrededor de aquel Estado se reúne»⁴⁷.

45 Curiosamente, esta concepción tripolar de la relación entre derecho y ética, que asigna un papel decisivo a los factores sociales, se refleja en todos los autores con la misma concepción de la ley, cuya función no es tanto la de una realización utópica de la justicia, como la de mantener un orden social armónico. Sobre esto E. STEIN, *An Investigation Concerning the State*, Washington, DC, ICS Publications 2006: «it won't do to assign to the state the realization of justice as the vocation prescribed for it by its idea. Nor is the state to be justified in principle through reference to that value [justice]», 151. «The value of the legal system is measured not according to the idea of justice, but according to the development of the community life, which the system serves», 152.

46 «The state must accommodate itself to the ethos of the people. Reforming the state according to fundamental moral principles without such a basis in the ethos of the people is preposterous and inimical to the sense of state», STEIN, *An Investigation...*, 174

47 «The real carrier of [moral justice] is not the state qua state, but rather the community embraced by the state», STEIN, *An Investigation...*, 174

6 LAS LEYES CIVILES COMO LEYES IMPERFECTAS

Las leyes civiles son, por lo tanto, necesariamente *leyes imperfectas* desde una perspectiva moral. A pesar de que están llamadas a ser inspiradas por la justicia, las leyes del Estado no pueden coincidir con ella en forma integral, condenando y castigando todo lo que es inmoral.

Especialmente en la sociedad plural contemporánea, el objetivo primario del legislador civil es mantener condiciones humanas de convivencia, unidad, orden y paz entre las diversas familias que la componen. Para este propósito sólo provee aquellas normas que son necesarias para asegurar la armonía de la vida social, respetando el valor supremo de la libertad humana.

Ya los padres de la Iglesia⁴⁸ habían enfrentado la compleja relación entre la ley del Estado y la justicia, asumiendo la inevitable brecha entre la esfera de la ley divina y la ley civil. Incluso antes, los emperadores cristianos, que también intentaron decididamente hacer coincidir la *societas christianorum* con el Estado, nunca lograron una plena correspondencia entre el derecho civil y las enseñanzas de la Iglesia. La divergencia entre ambos órdenes se refería a cuestiones que en absoluto eran secundarias o marginales, como la esclavitud, el divorcio, el respeto por la vida humana⁴⁹.

Como afirma Justiniano en el Digesto "*Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit*"⁵⁰; el derecho civil no se aleja del todo del derecho natural o del derecho de gentes, pero tampoco los obedece en cada aspecto.

Es interesante remarcar las razones que sostienen la doctrina de las leyes imperfectas. La imperfección de la ley civil no depende tanto, ni únicamente, del pragmatismo, por así decir, del *realpolitik* vinculado al reconocimiento de la imposibilidad práctica de modificar repentinamente y por vía legal las costumbres, tradiciones y prácticas profundamente arraigadas en la cultura y en la sociedad.

48 Sobre esto N. CIPRIANI, *Il ruolo della Chiesa nella società civile: la tradizione patristica*, en J. JOBLIN-R. TREMBLAY (a cura di), *I cattolici e la società pluralista. Il caso delle leggi imperfette*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna 1996, 132-148.

49 CIPRIANI, *Il ruolo della Chiesa...*, in JOBLIN-TREMBLAY (a cura di), *I cattolici e la società pluralista...*, 140ss.

50 *Dig. I, 1, 6.*

La doctrina de las leyes imperfectas está fundada en razones más sólidas y profundas. Ellas provienen de la consideración de que la función de la ley civil no es realmente la de alcanzar, en la ciudad de los hombres, lo bello, lo verdadero, lo bueno y lo justo. La función de la ley civil es sobretodo garantizar una convivencia social pacífica, un orden social armónico, según las condiciones existentes. Por ello, San Agustín afirma que la ley civil debe considerar sólo aquellos castigos “que permiten conciliar en forma suficiente la paz entre los hombres”⁵¹. Aclarada la función de la ley –orientada a la garantía del orden social– se concluye que es justo que “la ley hecha para gobernar la ciudad permita y deje impunes muchas acciones que son condenadas por la ley divina”⁵².

De aquí la distinción entre las *societas christiana* y la civil, que por su propia naturaleza pertenecen a dos ámbitos diferentes e irreductibles, aunque llamados a colaborar.

El papa Francisco “abraza plenamente la crítica agustiniana a una religión concebida como ‘parte esencial de toda la construcción simbólica e imaginaria’ que sostiene ‘a la sociedad a través del poder sacralizado’”⁵³. Toda su enseñanza y su actuar, incluso en el escenario político global “postula el fin de la era de Constantino, rechazando radicalmente la idea de la realización del reino de Dios en la tierra”⁵⁴.

Por otra parte, con el Concilio Vaticano II y el papel central que concede a la libertad de conciencia⁵⁵, la distinción entre la fe y el Estado, entre la ley moral y la ley civil, entre la ciudad de Dios y ciudad de los hombres, se impone como una verdadera y auténtica necesidad.

51 AGOSTINO, *De libero arbitrio libri tres*, I, 5, 13: «quae satis sint conciliandae paci hominibus imperitis».

52 AGOSTINO, *De libero arbitrio...*, I, 5, 13 «Videtur enim [...] lex ista, quae regendis civitatibus fertur, multa concedere atque impunita relinquere, quae per divinam tamen providentiam vindicantur».

53 A. SPADARO, *La diplomazia di Francesco. La misericordia come processo politico*, en «La Civiltà Cattolica» 3975/2016, 216.

54 SPADARO, *La diplomazia di Francesco...*, 218.

55 Precisamente en relación con el tema de las leyes imperfectas JOBLIN, *Leggi imperfette, diritti umani, valori comuni, società pluralista*, in JOBLIN-TREMBLAY (a cura di), *I cattolici e la società pluralista...*, 31-63.

En *Spe Salvi*, el Papa Benedicto XVI⁵⁶ había dado claras señales de alerta frente a la búsqueda de sistemas legales y políticos perfectos, porque la pretensión de perfección deja fuera de juego la libertad humana y, por tanto, en última instancia, revela toda su imperfección.

«Puesto que el hombre permanece siempre libre y puesto que su libertad es también siempre frágil, nunca existirá en este mundo el reino del bien consolidado en forma definitiva. Quien promete un mundo mejor que durará irrevocablemente y para siempre, hace una falsa promesa; ignora la libertad humana. La libertad debe ser siempre conquistada de nuevo para el bien. La libre adhesión al bien nunca existe simplemente por sí misma. Si hubiesen estructuras que nos permitieran fijar de manera definitiva una determinada –buena– condición del mundo, la libertad del hombre sería negada, y por lo tanto, en definitiva, no serían en absoluto buenas estructuras»⁵⁷.

Por tanto, el propósito de la ley civil no es lograr un orden social utópico perfecto, sino asegurar un “orden de libertad”⁵⁸.

De lo dicho se desprende una polaridad irreductible entre la ley civil y la ley de la justicia. Una polaridad que nunca se resolverá en la superposición de una sobre la otra ni en su divergencia absoluta. Entre el derecho positivo y la justicia se construye, más bien, una relación que se caracteriza por un diálogo incesante e inagotable, donde la ley del estado está constantemente sometida a un examen crítico a la luz de las exigencias de justicia⁵⁹, en la forma que afloran en cada contexto, en la historia viva de los pueblos, en las comunidades de base.

56 En varias otras intervenciones Benedetto XVI reitera su clara convicción. Baste recordar el discurso al parlamento federal alemán del 22 de septiembre de 2011, para el que me remito a CARTABIA-SIMONCINI (a cura di), *La legge di re Salomone. Ragione e diritto nei discorsi di Benedetto XVI*, Rizzoli, Milano 2013.

57 BENEDETTO XVI, *Spe salvi. Lettera enciclica ai vescovi, ai presbiteri e ai diaconi e a tutte le persone consacrate e a tutti i fedeli laici sulla speranza cristiana*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2007, 24.

58 Así el card. Ratzinger en su homilía del 26 de noviembre de 1981 durante una liturgia para los diputados católicos del parlamento alemán en la iglesia de San Winfried en Bonn; el texto ha sido publicado, con el título *Aspetti biblici del tema fede e politica, en el volumen RATZINGER, Chiesa, ecumenismo e politica. Nuovi saggi di ecclesiologia*, Edizioni Paoline, Cinisello Balsamo 1987, 142-146.

59 Sobre esto, más profundamente, CARTABIA, *Esperienza elementare, esigenza di giustizia e diritti umani*, in SIMONCINI-VIOLINI-CAROZZA-CARTABIA, *Esperienza elementare...*, 99-127.

Las sociedades contemporáneas, tan profundamente marcadas por el pluralismo cultural y religioso⁶⁰, son laboratorios extraordinarios de “formas de vida”⁶¹, donde se experimentan y se sostienen las convicciones morales. Estos laboratorios constituyen una provocación al ordenamiento jurídico vigente y lo impulsan hacia una incansable superación de sí mismo.

Dicho en otras palabras: la ley civil existe para respetar la libertad humana necesariamente imperfecta; pero ella está también siempre abierta a la corrección de los vicios y errores, en un dinamismo incesante y siempre perfectible. La imperfección de la ley es acompañada por su perenne posibilidad de reformulación:

«La consecuencia de cuanto se ha dicho, es que la búsqueda siempre nueva y ardua de órdenes rectos para los asuntos humanos, es tarea de cada generación. Nunca podrá decirse que simplemente ha concluido»⁶².

La conciencia de la imperfección de las obras humanas abre a la búsqueda, a la corrección, el ajuste hecho por medio de aproximaciones progresivas. Esta es una responsabilidad que no puede recaer sólo sobre los legisladores y los hombres de leyes, sino que involucra a toda la sociedad y a todos los operadores culturales, porque es de la cultura viva y vivida que también el derecho se nutre.

60 Sobre el positivo valor del pluralismo para la misma Iglesia y para la libertad de fe, ver RATZINGER, *Natura e compito della teologia. Il teologo nella disputa contemporanea. Storia e dogma*, Jaca Book, Milano (1993) 2015, 74ss: «Il pluralismo, nel confronto tra la Chiesa, la politica e la società è per il cristianesimo qualcosa di costruttivo, esso è scaturito dal principio fondamentale del cristianesimo, il quale insegna la relatività di tutte le realizzazioni politiche e sociali e rimanda la teocrazia, la realizzazione piena della signoria e del regno di Dio, alla fine dei tempi. La Chiesa, perciò, deve essere scettica di fronte alle monoculture politiche e sociali. La libertà di differenti opzioni politiche è un interesse della fede stessa, così come derivano dalla sua essenza la distinzione tra Stato e Chiesa, la possibilità di formare associazioni libere all'interno dello Stato e quindi la libertà di fede».

61 Cfr. C. TAYLOR, *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1989.

62 BENEDETTO XVI, *Spe salvi*, 25.