

LA PRESENCIA DE DIOS EN LA TRADICIÓN JURÍDICA ARGENTINA

Por Alberto David Leiva*

Dada mi condición de historiador del Derecho, me siento comprometido a hacer alguna consideración previa sobre la temática que voy a presentar. Lo haré brevísimamente:

Para bien, o para mal, la inteligencia argentina se ha caracterizado siempre por la decidida voluntad de no separarse demasiado de las grandes fuentes europeas de pensamiento. En materia jurídica, claramente somos el producto cultural de milenios, en cuyo devenir, nuestra vida como país independiente está representada hasta ahora por un lapso muy breve.

Esto es tan evidente que llevó a muchos a negar lisa y llanamente la existencia de un derecho argentino. A principios del siglo XX, pese a que ya estaban vigentes la constitución nacional y la mayoría de los códigos de fondo, Osvaldo Magnasco escribió: “nuestro derecho carece de historia porque no existe aún”. Otros autores consideraron que los antecedentes de nuestro derecho debían buscarse en un pasado cercano, que arrancaba con la Revolución de Mayo o con los sucesos que precedieron a la sanción de la Constitución Nacional en la segunda mitad del siglo XIX.

*Profesor Titular Emérito UCA

El punto de partida

En realidad, nuestra historia jurídica, como todas las historias, tiene un principio, que se ubica en el momento inicial del poblamiento de nuestro territorio, durante el siglo XVI. En aquella época, la sabiduría jurídica tocaba estrechamente a cada paso con lo teológico, y todavía se profesaba un saber jurídico vinculado a la aceptación de la noción de Justicia, como valor siempre superior a cualquier orden normativo. En aquel tiempo, los juristas estaban entrenados para concordar el orden divino eterno e inmutable, con el orden humano reflejado en el derecho positivo, y buscaban demostrar su armonía por medio de constantes remisiones a los dos ordenamientos.

Este saber combinado fue una realidad cotidiana en la medida en que -después de recorrer un camino conjunto durante siglos- estaba todavía en sus inicios el proceso de separación y especialización de lo que hoy se suele llamar materia jurídica.

Sin ánimo de hacer un inventario, podríamos vincular aquel tiempo con la vigencia de autores como Francisco de Vitoria, Melchor Cano, Domingo Báñez, Domingo de Soto, Martín Pérez de Ayala, Francisco Suárez por nombrar unos pocos de una larguísima lista.

En nuestro caso, estas doctrinas se recrearon puntualmente en la legislación, cuando el rey Carlos I expidió una Real Cédula el 12 de abril de 1537 para el Río de la Plata, estableciendo entre otras cosas, que en caso de fallecimiento de la primera autoridad real, ante una circunstancia de urgencia y necesidad los pobladores podrán elegir al sucesor. “Júntense los pobladores -dice la disposición imperial- y elijan

por gobernador a la persona que según Dios y sus conciencias pareciere más eficiente para el dicho cargo”.

En junio de 1580, Juan de Garay funda Buenos Aires " En el nombre de la Santísima Trinidad, padre e hijo y Espíritu Santo, tres personas y un solo Dios verdadero, que vive y reina por siempre jamás amen, y de la gloriosísima Virgen Santa María, su madre, y de todos los santos y santas de la corte del cielo".

En la doctrina indiana son constantes y numerosas las referencias a Dios: " Si Dios usase siempre del rigor de la justicia, en un instante perecería el mundo” escribía, hacia 1597, Jerónimo Castillo de Bobadilla en su famosa obra *Política para Corregidores y Señores de vasallos....*

Todos los testamentos, desde el del rey hasta el del último hombre libre, comenzaban siempre con la misma fórmula: "En el nombre de Dios Nuestro Señor Todopoderoso Padre, Hijo y Espíritu Santo, tres personas y una esencia divina, Creador y Gobernador universal del Cielo y de la Tierra"

Esto fue así, hasta que llegó la rebeldía religiosa del siglo XVI de la mano de Lutero y Calvino; que pronto alcanzó también al terreno jurídico. El llamado derecho natural racionalista fue un producto de los protestantes en su lucha contra una cultura que suponían propia de los católicos.

Sin negar la existencia de Dios, pero preocupados por desautorizar la tradición cristiano-católica anterior, los juristas de la nueva escuela de derecho natural, dijeron a su tiempo que el derecho existiría, aunque Dios no existiese, porque existiendo Dios no se cuidaría de las cosas humanas. Se soslayaba así la consideración de que, en

realidad, si Dios no existiera desaparecería todo derecho y toda libertad, porque se borraría todo criterio para distinguir entre lo justo y lo injusto. Además, presentaron sus obras de una forma externa pretendidamente sistemática. El “sistema” fue una de las exigencias de los descontentos con la cultura jurídica tradicional, que rechazaban el casuismo propio del Derecho Común.¹

Más adelante, cuando advino la ideología iluminista, vino a trastornar y a debilitar en el campo jurídico la sólida percepción de Dios como ordenador silencioso de nuestro destino; y así fue como los argentinos llegamos a entrar en la vida independiente con dos concepciones distintas acerca del papel de Dios en la vida de la sociedad.

Las leyes

En las futuras Provincias Unidas del río de la Plata, apenas iniciada la lucha por la emancipación, el peso de la tradición jurídica era demasiado grande como para ser dejado de lado. Desde los primeros momentos -sin resignar las nuevas actitudes- hubo que consagrar la pervivencia del orden anterior ya modificado por la política. En principio, el Reglamento de 1811 declaró que mantenían plena vigencia las leyes que no se opusieran a la libertad civil. De un modo más explícito, apenas iniciada la vida independiente, el Reglamento Provisorio de 1817 fijó una pauta que aseguró a la tradición jurídica una supervivencia mucho más prolongada de lo previsto: “Hasta que la constitución determine lo conveniente, subsistirán todos los códigos legislativos, cédulas, reglamentos y demás disposiciones generales y particulares del antiguo

¹ Francisco Carpintero Benítez. Historia del Derecho natural. Un ensayo. México, 1999. Pág. 338

gobierno español, que no estén en oposición directa o indirecta con la libertad e independencia de las provincias".

La Asamblea Constituyente de 1813, convocada por el Segundo Triunvirato inauguró su actividad recibiendo en la Catedral de Buenos Aires el juramento de los diputados. Después de celebrado un solemne Tedeum, los 17 representantes juraron con la siguiente fórmula: "¿Juran Uds. a D^o N.S sobre los Santos Evangelios y prometen a la patria desempeñar fiel y exactamente los deberes del sublime cargo a que los han elevado los pueblos, sosteniendo la religión católica y promoviendo los derechos de la causa del país al bien y felicidad común de la América?" Cabe puntualizar, sin embargo, que ese juramento lo hicieron todos tocados con el gorro frigio, popularizado desde hacía un cuarto de siglo por la revolución francesa.

Durante la turbulenta vida política que luego se vivió, aquella invocación a Dios devino en muchos textos en la ratificación de la religión católica como única religión del Estado, y su defensa fue enarbolada como bandera en repetidas oportunidades, como por ejemplo en el llamado motín de Tagle cuando, el 19 de marzo de 1823, Gregorio Tagle encabezó un movimiento revolucionario al grito de: "¡Viva la religión! ¡Mueran los herejes!".

En San Juan, en junio de 1825, la sanción de la Carta de Mayo provocó una protesta armada, durante la cual los rebeldes enarbolaron una bandera blanca con una cruz negra y la leyenda "Religión o muerte" a modo de emblema. Esas divisiones, que separaban entonces en bandos irreconciliables a la población, determinaron las guerras civiles que impidieron durante tanto tiempo la organización nacional y todavía subsisten, mal que nos pese, en la actualidad.

Iniciada la etapa de centralidad constitucional, la Constitución nacional de 1826, en un intento por conciliar las dos concepciones, estableció que la religión de la República era la “Católica Apostólica Romana, a la que prestará siempre la más eficaz, y decidida protección, y sus habitantes el mayor respeto, sean cuales fueren sus opiniones religiosas”. Antes de entrar al ejercicio del cargo, el presidente electo debía jurar “por Dios Nuestro Señor y los Santos Evangelios”.

Como apostilla respecto del Juramento que todavía prestan las autoridades constituidas, los funcionarios públicos y los egresados universitarios, constatamos que admite ahora distintas modalidades: Según su conciencia, el interesado puede jurar por Dios, la Patria y los Santos Evangelios; por Dios y la Patria, por la Patria, por su honor, como simple promesa y hasta adicionar a la fórmula tradicional la memoria de su marido muerto, como hizo en 2011 al jurar su segundo mandato presidencial Cristina Fernández de Kirchner.

El texto constitucional de 1853 proclama desde el preámbulo -como es notorio- a Dios como fuente de toda razón y justicia, mientras que el art. 14 reconoce el derecho de todos los habitantes de la Nación a profesar libremente su culto, consagrando -después de muchas discusiones- el criterio de que la religión es un asunto privado.

Cabe recordar que, durante aquella segunda mitad del siglo XIX, aparecían a menudo asociadas en un mismo texto las concepciones que hacían derivar el Derecho Natural de Dios o de la naturaleza humana, como puede verse, por ejemplo, en el informe de la Comisión examinadora de la Constitución Federal de 1860.

Paralelamente, los cambios sociopolíticos europeos y la difusión de un nuevo concepto de ciencia jurídica,

reclamaron también la instalación de un nuevo modelo de Derecho, que atendiera menos a la tradición jurídica heredada y más a los cambios reclamados por un positivismo cada vez más fuerte. En la década de 1880 con el avance del laicismo de Estado en Argentina surgieron la Ley Nacional 1420 de educación obligatoria, gratuita y laica, en 1884; la 1565 del mismo año que creó el Registro Civil y la Ley de Matrimonio Civil de 1888.

A mediados del siglo XX, los juristas argentinos ya habían dejado de referirse a Dios, pasando a centrar su atención en las relaciones del Estado con la Iglesia Católica, considerada como persona de Derecho público. Atravesando los siglos, seguían todavía atrayendo la atención de los hombres de Derecho temas como la designación de autoridades episcopales, la instalación de órdenes religiosas en el territorio nacional y el pase de los documentos pontificios, materias todas que configuraban el Patronato, siempre cuestionado por la escuela jurídica católica.

Casi promediaba el siglo XX, cuando en 1949 la nueva constitución adoptó el mismo criterio que la de 1853, y se alzaron varias críticas, entre las que se destaca por su singularidad la del sacerdote salesiano Cayetano Bruno, que en un estudio sobre temas no considerados por la Convención Nacional de 1949 escribió: “Mas acreedor a los servicios del Estado es el Autor del hombre que el mismo hombre. Más obliga el Creador que la criatura. Sin Dios no hay Estado, ni hay ciudadano. Y si ha de ser el individuo agradecido con el Autor de su existencia, no lo ha de ser menos el Estado”

Nada conforme con la redacción del preámbulo de 1949, Bruno proponía el siguiente texto, inspirado en la constitución irlandesa de 1937, ampliamente conocida: “En el nombre de la Santísima

Trinidad, de quien deriva todo poder y ordenamiento jurídico, y a quien como a nuestro fin último deben referirse todas las acciones tanto de los hombres como de los Estados, Nos, los representantes del Pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente....

Fuera de los congresos constituyentes, las crónicas parlamentarias registran otros debates memorables.

Queda para mejor oportunidad la consideración de las opiniones vertidas, en cada caso, por los legisladores en su calidad de representantes del pueblo sobre Dios y/o la religión que lo proclama. Soy consciente de que hay que buscarlas en un sinfín de intervenciones de debate, un cúmulo de réplicas, de pedidos de informes, mociones, pedidos de preferencia, homenajes, incidencias y variadas discusiones que componen el arsenal de la esgrima parlamentaria. Dejando de lado los mecanismos constitucionales, es sabido que en Argentina se realizó, el domingo 25 de noviembre de 1984, un plebiscito nacional no vinculante para que la ciudadanía se pronunciara respecto a la aceptación o rechazo del Tratado de Paz y Amistad firmado con Chile para resolver el Conflicto del Beagle, luego de la mediación de la Santa Sede. El tratado, que después fue ratificado por el Congreso como ley nacional N° 23.172 comienza diciendo: "En nombre de Dios Todopoderoso..."

La doctrina

Pasada la primera década del siglo XX, la incipiente especialización, llevó a los hombres de derecho a un conocimiento condicionado de la literatura jurídica heredada.

El jurista terminó por identificar continente y contenido; circunscribiendo por lo general su contacto con la doctrina, en principio al estudio de los nuevos tratados y complementariamente a la lectura de los artículos publicados por las revistas jurídicas².

Durante siglos, la ciencia jurídica y el libro, se habían cargado mutuamente de prestigio, tanto que todavía hoy al jurista de nuestros días le cuesta mucho esfuerzo concebir una doctrina que se dé a conocer fuera de las páginas de un libro o de las enseñanzas vertidas desde la cátedra universitaria.

En ese contexto, el del libro y de la cátedra, se ubicaron los trabajos de los juristas católicos argentinos como Héctor Lafaille, Rómulo Etcheverry Boneo, Tomás Casares, Faustino Legón, Luis Cabral, Abelardo Rossi, Jorge Mazzinghi, Alberto Spota, Guillermo Borda, Alberto Molinario, Leonardo Colombo, Adolfo Korn Villafañe, Samuel W. Medrano y Ricardo Zorraquín Becú, Antonio Vázquez Vialard, Jorge Rodríguez Mancini, Hugo Carcavallo, por citar solamente unos pocos de una larguísima saga que llega hasta nuestros días atravesando el siglo XX desde mediados del siglo XIX y que he dado en denominar la escuela jurídica católica argentina. Especialmente la década del 30 al 40 del siglo

² Para una historia de esta evolución, véase Alberto David Leiva. *Del periodismo forense a las revistas jurídicas. Un aspecto en la evolución de la literatura jurídica argentina*. En La Revista Jurídica en la Cultura Contemporánea. Buenos Aires, 1997.

pasado, constituyó una etapa de crítica y superación del Positivismo, acompañada con una consolidación del pensamiento jurídico católico a través del libro, del ejercicio de la cátedra universitaria y del periodismo, la que se prolongó durante varias generaciones.

La jurisprudencia

Durante el siglo XX y hasta nuestros días, la concepción iusnaturalista, tan combatida por el positivismo en el campo del pensamiento especulativo, encontró de modo inesperado un lugar en lo atinente a la aplicación del Derecho, merced a la consideración del texto de las encíclicas papales en las sentencias de los tribunales.

A partir de la encíclica *Rerum Novarum* , concretada en el Código Social de Malinas (1920) muchos fallos; sobre todo en el fuero laboral, citan las encíclicas *Quadragesimo Anno* del Pontífice Pío XI (15/5/1931), la *Mater et Magistra* del Pontífice Juan XXIII (15/5/1961) *Divini Redemptoris* también del Pontífice Pío XI (19/3/1937), la *Populorum Progressio* (1967) y *Octogesima Adveniens* (1971) del Pontífice Pablo VI, *Laborem Exercens* del Pontífice Juan Pablo II (14/9/1981) y *Laudato si* del Papa Francisco (24/5/2015) para encarar temas referidos al trabajo, el salario, la propiedad, el capital, el Anatocismo, las asociaciones profesionales, la justicia, la seguridad social, la empresa, el trabajo agrícola, la familia, el bien común y la ética ambiental, el problema del acceso al agua potable, el medio ambiente y el desarrollo sostenible, sin pretender agotar los ejemplos.

Claro que, como en un Estado moderno no se imponen sentencias en nombre de Dios, sino en nombre de las leyes humanas, estas referencias no alcanzan la parte dispositiva, pero son repetidamente traídas a colación por los jueces en casos de vacío

normativo; como por ejemplo en materias como el derecho a la intangibilidad de la herencia genética de la humanidad. Sin desconocer la importancia de las doctrinas expuestas en las encíclicas papales, la referencia importa también por la identidad de la fuente en la que se originan.

La situación actual

La centralidad de la constitución se mantuvo, como anhelo y destino final hasta la Constitución de 1994 que, en el umbral del siglo XXI, vino a otorgar jerarquía constitucional a un grupo de instrumentos internacionales.

Contemporáneamente se instaló una cultura política de neutralidad estatal aparente, marcada no sólo por un agotamiento de los modelos de representación en evolución hacia un sistema representativo clientelista, sino también por otros experimentos sociales que influyen necesariamente sobre nuestro orden jurídico. El materialismo, el consumismo, el extremo individualismo, el falseamiento del concepto de matrimonio, la desnaturalización de la familia y de su papel como célula básica de la sociedad, los intentos crecientes por imponer el aborto y la eutanasia, entre otros graves males sociales, obligan a los católicos a dar testimonio de su Fe en todos los campos.

Hoy no sólo se omite la mención de Dios, sino que se alude a su Iglesia como "la institución católica" que debería someterse a la competencia con otras "instituciones de representación social". Se trata de una circunstancia inédita en nuestra historia, que nos convoca como juristas católicos a identificar las tendencias interesadas en la descomposición de la memoria colectiva y a apoyar la supervivencia de una tradición jurídica que no ha muerto de ninguna manera.