

ORÍGENES LA ÉTICA DE LA IDONEIDAD

La ética pública y el rol de los operadores jurídicos


Por Dr. Julio Conte-Grand

SUMARIO

I. Las bases del sistema de gobierno	01
II. Perfilando el recaudo de la idoneidad a partir de la apreciación del contenido sustancial de las diferentes dimensiones del trabajo humano	03
III. La gestión sobre la res publica	10
IV. Idoneidad y ética en el empleo público	13
V. El fundamento esencial del contenido ético de la función pública: la relación del Derecho y la Ciencia Política con la Ética en el plano sapiencial. La matriz antropológica	19

I. LAS BASES DEL SISTEMA DE GOBIERNO

El pensamiento clásico, con los condicionamientos propios de tiempo y lugar, describió a la aristocracia como la mejor forma de gobierno. Etimológicamente, se trata del gobierno (*kratos*) de los mejores (*aristos*).

En la modernidad, se consolidó la incorporación de aspectos atinentes a la organización, orientados a garantizar la participación del pueblo en las decisiones mediante la elección de sus representantes, asegurar un ejercicio equilibrado, y a su vez condicionado, del poder, y garantizar los derechos de las minorías.

Así es que nuestra Constitución Nacional histórica incorporó en su artículo 1 una definición categórica en cuanto a que la República Argentina adoptaba para su gobierno el sistema representativo, republicano y federal.

La norma se reitera en las Constituciones provinciales y en la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En lo que aquí importa, el sistema institucional se sustenta en un régimen de representación, aspecto ineludible considerando la imposibilidad fáctica de que

el conjunto de la población asuma la gestión de gobierno y adopte las decisiones propias de la acción del Estado.¹

Cabe recordar que en el art. 2 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires se indica que “todo poder público emana del pueblo”.

El pueblo, entonces, será representado por quienes resulten elegidos mediante los procedimientos que se establezcan al efecto, asegurando la participación libre en los mecanismos electivos.

Por otra parte, el último párrafo del art. 11 de dicha Constitución reza: “...Es deber de la Provincia promover [...] la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social”.

Así las cosas, un interrogante central es cuáles serán los requisitos exigibles a los representantes. La norma constitucional nacional es conceptualmente clara. Dice el artículo 16 que en la Nación Argentina “todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”.

En consecuencia, la cualidad genérica que cabe reclamar de todo representante del pueblo, cualquiera sea la función o área en la que se desempeñe, es su idoneidad.

Conjugando el mandato constitucional y la concepción política clásica, cabe postular entonces que los mejores serán los idóneos, los aptos para la función o cargo a desempeñar.

En palabras de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires:

“[...] es claro que se halla en juego la inteligencia del principio consagrado en el art. 16 de la Constitución de la Nación y el derecho que de tal precepto se deduce, en cuanto determina que “... todos los habitantes ... son iguales ante la ley” y “... admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”, cuyo

1. Si bien no es materia del presente trabajo, cabe mencionar que la reforma constitucional de 1994 introdujo modificaciones en el sistema representativo de gobierno al incorporar a la Constitución Nacional la iniciativa popular (art. 39) y la consulta popular (art. 40) –ambas formas de democracia semidirecta–.

correlato local es el art. 11 de la Constitución de la Provincia, que también garantiza la igualdad ante la ley y el goce de los derechos y garantías que establece la Constitución nacional, los que emanan en su consecuencia a través de los tratados celebrados por la Nación y los que expresan en el ordenamiento constitucional provincial, a todos los habitantes de la Provincia, y repudia las “... distinciones, discriminaciones ni privilegios por razones de ... nacionalidad, lengua ... o cualquier otra condición amparada por las normas constitucionales”. En adición, y en lo pertinente, concurre a la solución de la controversia de autos –en los términos infra referidos, y, ap. 13– la consideración y extensión aplicativa del sistema normativo concerniente a la protección internacional de los derechos humanos (doctr. arts. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 2.1, 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 1.1, 20.3 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”²

II. PERFILANDO EL RECAUDO DE LA IDONEIDAD A PARTIR DE LA APRECIACIÓN DEL CONTENIDO SUSTANCIAL DE LAS DIFERENTES DIMENSIONES DEL TRABAJO HUMANO

Como sucede con las distintas manifestaciones del ser humano, el trabajo puede ser apreciado en diversas dimensiones.

Esta circunstancia, que responde a un dato cognoscitivo elemental, se transforma en una exigencia epistemológica ineludible como consecuencia del principio hermenéutico de la subalternación de los saberes.

Por ambas razones, en rigor, el trabajo debe ser considerado en perspectivas que se articulan conceptualmente y permiten su comprensión acabada, en sustancia.

En una dimensión teológica, el trabajo ha sido considerado como un reconocimiento del señorío del hombre sobre el resto de la creación, pero en términos paradisiacos acordes con el orden determinado al inicio de los tiempos.

2. SCBA, “Gerez, María Cecilia contra Dirección General de Cultura y Educación. Consejo Escolar Quilmes. Amparo”, 19/12/2007, Voto del Dr. Soria, Considerando 2.

En la concepción cristiana el asunto se encuentra definido en el Antiguo Testamento en términos muy claros: “Dios puso al hombre en el jardín del Edén para que lo cuide y lo cultive”.³

En este sentido trabajar es un mandato de Dios para que el hombre actúe sobre la naturaleza, transformándola y protegiéndola.

Una descripción amplia del concepto de cultura refiere, precisamente, al obrar del hombre sobre la naturaleza, y ello se concreta a partir del trabajo, que no es sólo material sino también intelectual y, en verdad y en algún sentido, siempre ambos a la vez.

El trabajo como carga, como esfuerzo, como especie de castigo, es ulterior en la cosmovisión cristiana. Surge por razón del pecado original, que corrompe al hombre y que hace que el varón sea sometido a ganar el pan con el sudor de la frente.⁴ Esta visión posterior del trabajo como sacrificio es algo que debe interpretarse como referencia de valoración ya que lo que produce dolor y fatiga coadyuva, bien entendido, a la perfección del ser humano. De hecho, siempre en esta perspectiva, el ser humano está convocado a alcanzar la santidad por el trabajo ordinario.

De otro lado, en la perspectiva económica, el trabajo es fuente del valor de los bienes y los servicios de acuerdo a una postura objetiva de la noción del valor económico que reconoce en el trabajo socialmente acumulado lo que lo genera.

Es una visión, a mi juicio, superadora de la tesis subjetiva –en sus dos facetas genéricas de valor de uso o valor de cambio– y la objetiva que limita la fuente del valor al trabajo individual.

De este modo se identifica, de manera científicamente inobjetable, al trabajo con el núcleo de toda actividad económica, poniendo el eje en la producción,

3. Génesis 2,15.

4. Génesis 3,19.

principal etapa del proceso económico (producción, distribución y consumo de bienes y servicios).

En rigor la tesis de que el valor económico está representado por el trabajo socialmente incorporado a los bienes y servicios agrega el dato social como consustancial al trabajo y a la fuente generadora de valor económico, incluyendo en el análisis el costado social que califica al ser humano antropológicamente.

En tal sentido, a nivel social el trabajo es un instrumento básico de la organización, clave para la sociabilidad y pauta elemental de disciplina en la vida cotidiana. El trabajo ordena, dignifica al ser humano y es factor de cohesión social.

También el trabajo tiene una dimensión jurídica.

En efecto, si el derecho, en su acepción propia como analogado principal, es lo justo, lo adecuado o ajustado a otro conforme cierta especie de igualdad (proporcional o estricta), el trabajo se concreta mediante una relación entre personas o grupos de personas que realizan las tareas o se benefician de ellas.

En tanto relación fundada en una especie de justicia particular (esencialmente conmutativa, con matices distributivos por su impronta de orden público), el vínculo de empleo es, en esencia, también un fenómeno jurídico. Admitida por vía de propuesta dialéctica la definición del *jus* adoptada por la concepción clásica como una relación, una modalidad de ésta es la relación de trabajo en donde se concreta la prestación de un servicio a cambio de una retribución, su naturaleza básicamente conmutativa exige que esta última sea justipreciada.

Esta apreciación permite otorgar máxima consistencia sapiencial a la vinculación entre derecho y economía. En efecto, si las relaciones entre personas y grupos de personas, en perspectiva jurídica, se sustentan en su conmutatividad esencial por la cual debe salir de un patrimonio un valor equivalente al que ingresa, la determinación de ese equilibrio viene informado por la ciencia económica a partir de la noción de valor como trabajo socialmente incorporado.

El concepto de trabajo se constituye de esa manera en el punto de contacto entre

saber jurídico y ciencia económica. Por la misma vía se da sustento a la afirmación de que el trabajo no es una mercancía y por tanto no se retribuye con un precio, ni cabe a su respecto la determinación en base al sólo impulso de la oferta y la demanda.

Cabe extenderse en la consideración del vínculo epistemológico entre derecho y economía pues su entendimiento permite comprender acabadamente las razones por las cuales los ordenamientos positivos captan un fragmento y lo connotan como jurídico.⁵

El derecho y la economía son saberes, como todos, relacionados en una estructura jerárquica correlativa a grados diversos de subordinación. Esta jerarquía impone relaciones de subalternación, en función de las cuales el saber subalternado no puede violentar, contrariar o ignorar los principios fundamentales del saber subalternante.⁶

Se trata de saberes íntimamente vinculados por la materia respecto de la que versan; derecho y economía aprehenden un mismo fragmento de la realidad, poseen idéntico objeto material, aunque, por definición, se distinguen en la dimensión de sus respectivos objetos formales.⁷

5. Véase Julio M. CONTE-GRAND, "Perspectiva económica y jurídica. Necesidad de una apreciación integral", en Ricardo Lorenzetti y Gustavo Schötz, *Defensa del consumidor*, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 2008, pp. 27-62.

6. Véase Jacques MARITAIN, *Los grados del saber*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1978. Como explica Eduardo M. QUINTANA, "Derecho y Moral: ¿separación o subalternación?", en *El Derecho*, Tomo 150, p. 964, punto 2.2., último párrafo, "la subalternación es la relación existente entre una ciencia denominada subalternada que es tributaria en cuanto a su objeto y principios de otra denominada subalternante y que también puede relacionarse con otra ciencia por su finalidad (subalternación impropia)". En particular sobre las relaciones de subordinación existentes entre la economía y la política en el pensamiento de Aristóteles, resulta recomendable la lectura del trabajo de Ricardo F. CRESPO, en *Revista Valores*, Centro de Estudios de la Sociedad Industrial de la Universidad Católica Argentina, N° 36, pp. 9 y sigs.

7. Admitiendo, como lo recuerda Carlos R. SANZ en "Apostillas en torno al tema de la responsabilidad", en *Prudentia Juris*, N° XI, p.18, que "la tesis de la especificación de los saberes por el objeto se aplica de manera estricta en el campo de las ciencias especulativas", debemos afirmar con el mismo autor que es epistemológicamente adecuado efectuar "una consideración especulativa del objeto práctico" y, más aún, con cita de Santo Tomás DE AQUINO (*Suma Teológica*, I,1,3), que la unidad o diversidad sapiencial "no se toma estrictamente del objeto material, sino de lo que llamamos objeto formal" (Cit. p.19). José M. J CRAVERO observa en "El tomismo en la filosofía contemporánea de la economía", *Ediciones de la Universidad Católica Argentina*, 1997, p. 65, que "la ciencia económica es en parte teórica, en parte práctica y en parte productiva". "Es teórica en cuanto especula acerca de las realidades naturales preexistentes e inmodificable que constituyen el fundamento y la esencia del orden económico, de la dimensión económica del ser del hombre. En esta dimensión los enunciados son muy genéricos. Es práctica (en el sentido aristotélico-tomista de que su objeto son actos voluntarios conscientes y libres) en cuanto se refiere a comprender y dirigir conductas propias del *homo economicus*, es decir del hombre en cuanto agente racional en sentido instrumental. Es productiva (en el sentido aristotélico-tomista de que se ordena a dirigir una acción externa productiva de cosas materiales) en cuanto se dedica a comprender y dirigir las actividades de producción de bienes y servicios económicos".

La conducta humana, en tanto entramado de relaciones objetivas que se desenvuelven en la sociedad,⁸ es materia común de ambas disciplinas. La particular arista en la que es aprehendido en cada caso ese objeto material, denominada “objeto formal”,⁹ distingue a una de otra.

Puede advertirse que, en la dimensión de su objeto formal, el derecho predica respecto de “la propia cosa justa”,¹⁰ lo adecuado o ajustado a otro conforme cierto tipo o clase de igualdad;¹¹ y que la economía, por su parte, lo hace en orden a los procesos de producción de bienes y prestación de servicios, su distribución y consumo, sistematizados en descripciones objetivas y genéricas de esa realidad que se denominan “leyes económicas”.¹²

De esta suerte, quedan delimitadas las fracciones de la realidad sobre las cuales tratan el derecho y la economía, y los costados desde los que esta porción de la realidad es aprehendida.

8. De hecho, “toda la sociedad, en sus múltiples facetas, posee un carácter eminentemente relacional”. (Rafael M. DE BALBÍN, *La relación jurídica natural*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1985. p. 25).

9. En palabras de SANZ, cit., p.19, “aquel punto de consideración específico que cada saber recorta del objeto material, o bien si se pone en mira la luz, o nivel de inteligibilidad, desde el cual se capta el objeto”.

10. Santo Tomás DE AQUINO, *Suma Teológica*, II.II. q. 57, ad.1.

11. Igualdad que será “proporcional” en la dimensión de la justicia distributiva, aquella que opera el reparto de “cargas, honores y riquezas” en la comunidad, o “estricta” en la dimensión de la justicia conmutativa, que actúa en orden a los cambios.

12. Véase José A. GIMÉNEZ REBORA, *Economía y Convivencia*, Buenos Aires, Ediciones de la Universidad Católica Argentina, 1996, Capítulos I y II. La delimitación del objeto de la ciencia económica no es algo, vale apuntarlo, respecto de lo cual exista consenso. La versión académica más difundida, es la que, basada en las enseñanzas de la escuela marginalista y en particular el pensamiento de Lionel ROBBINS, considera que la ciencia económica tiene como objeto estudiar las actividades del hombre que se orientan a la distribución de bienes escasos y de uso alternativo (por tanto, llamados “bienes económicos”) para la satisfacción de necesidades múltiples. La actividad productiva, en esta tesis, aparece en segundo plano. Ver, Claudio NAPOLEONI, *El pensamiento económico en el siglo XX*, Barcelona, Ediciones de Occidente, 1964, Capítulo II, pp. 32 y sigs., en donde el autor examina la sistematización epistemológica de ROBBINS y el concepto de actividad económica que adopta este economista en su libro *Ensayo sobre la naturaleza y la importancia de la Ciencia Económica*, del cual, se observa, hay edición en español del Fondo de Cultura Económica, México, 1951. Explica NAPOLEONI que “profundizando en el concepto walrasiano de escasez, ROBBINS precisa cuáles son las condiciones necesarias y suficientes que hacen a la acción humana susceptible de consideración económica”. Agrega que “[t]ales condiciones son cuatro: las dos primeras observan los objetivos y las otras dos los medios de la acción. La primera condición consiste en que los objetivos sean múltiples; la segunda, en que los objetivos tengan distinta importancia; la tercera, que los medios sean limitados; la cuarta que los medios sean susceptibles de usos alternativos”. Paradigmáticamente, se lee en un manual de estudio generalizado en nuestras facultades de ciencias económicas y derecho, *Curso de Economía Moderna*, de Paul SAMUELSON, 17ª ed. –cuarta reimpresión– Madrid, Ediciones Aguilar, 1978, pp. 18: “Entre muchas definiciones, la más aceptada hoy define así la economía: la elección entre usos alternativos de recursos productivos escasos para lograr los fines establecidos; qué bienes producir, cómo producirlos, y para quién, ahora y en el futuro”. Se percibe, significativamente, la inclusión de la actividad productiva como integrante de la actividad económica. Ver, como trabajo insuperable respecto de la evolución del pensamiento económico, la obra de Joseph A. SCHUMPETER, inconclusa por su fallecimiento, *Historia del Análisis Económico*, 2ª. ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1982, o su más reducida, aunque igualmente destacable, *Síntesis de la evolución de la ciencia económica y sus métodos*, Barcelona, Ediciones de Occidente, 1964.

Se admite así que existe un primer grado de relaciones entre derecho y economía, plasmado en la identidad de sus objetos materiales.

Pero la vinculación entre derecho y economía trasciende la referida identidad de objeto material, ya que, a partir de esa concurrencia esencial, de la diferenciación de sus objetos formales se proyectan consecuencias que, de un lado, explican múltiples situaciones concretas y, de otro, confirman la exactitud de la tesis que aquí se propugna. La conceptualización de sus necesariamente distintos objetos formales, conforme las descripciones que se efectuaron anteriormente, viene en definitiva a confirmar las íntimas relaciones que existen entre el derecho y la economía.

Se verá a continuación.

Sólo si la economía es entendida como disciplina atinente, en lo esencial, a la “actividad productiva” (a sus objetivas relaciones), el derecho será “la propia cosa justa”, y viceversa.

La “propia cosa justa” es, en el plano de la justicia distributiva, “igualdad proporcional en el reparto de cargas, honores y riquezas”, y, en el de la justicia conmutativa, “igualdad estricta en los cambios”.¹³ Por añadidura, si mediante la primera clase de justicia se distribuye “lo que hay”, conforme un criterio que pondere el bien común y la organización social, y mediante la segunda se recibe “el mismo valor de lo que se entrega”, sólo la creación de riqueza respeta “lo justo” ya que, en justicia estricta, no habrá otra manera de generar riqueza que la producción de una nueva, malogrando la admisión de una ruptura en el equilibrio (v. gr., injusticia en la situación concreta).

Si el derecho, de acuerdo a la concepción realista asumida como propuesta sapiencial, como consecuencia del reparto operado por la justicia distributiva y bajo la tutela de la justicia conmutativa, es una relación objetiva fundada en un equilibrio dado, el incremento de la riqueza en un patrimonio no será admisible, conforme un criterio de justicia, por vía de una conmutación.

13. Véase ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro V., trad. de Patricio De Azcárate Corral, Madrid, Medina y Navarro (Biblioteca Filosófica), 1873; Tomás D. CASARES, *La Justicia y el Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, pp. 34 y sigs.; Javier HERVADA, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1990, pp. 53 y sigs.

Ello a partir de una visión jurídica.

La visión económica lo confirma, ya que la creación de riqueza, en rigor de valor económico,¹⁴ deriva –como se dijo– de la actividad productiva sustentada en el trabajo del hombre.¹⁵

Queda así caracterizada la sustancial relación que existe entre derecho y economía.

Es claro que “la actividad económica se ha de ejercer según su método y sus leyes propias, dentro de los límites del orden moral”.¹⁶

Desde el Magisterio de la Iglesia Católica se ha rescatado la virtualidad y naturaleza de las leyes económicas, y la imperiosa necesidad de su comprensión científica. S.S. Juan XXIII ha destacado la necesidad de “reconocer y respetar las leyes del desarrollo económico y del progreso de la civilización”¹⁷ y, antes que él, S.S. Pío XII ha afirmado, respecto de “las leyes fundamentales de la sociedad”, que “se las podrá negar, ignorar, desdeñar, vaciar, pero jamás anular con efecto jurídico”.¹⁸ El Concilio Vaticano II ha reconocido como legítima la exigencia de autonomía, en virtud de la cual, “las cosas y las sociedades tiene[n] sus propias leyes y su propio valor, y que el hombre debe ir las conociendo, empleando y sistematizando paulatinamente”. Asimismo, sobre dicha autonomía ha afirmado que “no solo la reclaman los hombres de nuestro tiempo, sino que responde además a la voluntad del Creador”.¹⁹

14. La noción de valor económico ha sido materia de profundos debates en la historia del pensamiento económico; desde las teorías del valor subjetivo, comprendido como valor de cambio o de uso, hasta las que lo consideran de naturaleza objetiva, determinado por el trabajo individual o socialmente incorporado a los bienes. Ver vocablo “valor”, en Claudio NAPOLEONI y otros, *Diccionario de Economía Política*, Madrid, 1962. Está claro por lo expuesto en el cuerpo de este trabajo y en particular en el párrafo del que estas líneas son cita, que se asume la tesis del valor objetivo, generado por *el trabajo socialmente acumulado a los bienes y servicios*.

15. El trabajo humano, en tanto operar del hombre sobre la naturaleza, adquiere de tal manera máxima relevancia en la dimensión social, económica y jurídica, en consonancia con la que, en planos superiores, tiene en sus dimensiones moral y espiritual, en cierto sentido divina (S.S. JUAN PABLO II, “Discurso en el encuentro con los representantes de los trabajadores del Molise”, Agnone, 19 de marzo de 1995, publicado en *L'Osservatore Romano*, ed. del 24 de marzo de 1995, p. 9).

16. Constitución pastoral sobre la iglesia y el mundo de hoy, *Gaudium et Spes*, N° 64.

17. S.S. Juan XXIII, Encíclica *Mater et Magistra*, N° 11.

18. S.S. Pío XII, Mensaje del 24 de diciembre de 1942.

19. Constitución pastoral sobre la iglesia y el mundo de hoy, *Gaudium et Spes*, N° 36.

En palabras de José M.J. Cravero, “cuando en el ejercicio de una actividad específica, como es por ejemplo la actividad económica, se ignoran o se menosprecian las ‘restricciones’ que emergen de otras dimensiones constitutivas del ser del hombre de las que proceden actividades específicas de otro tipo, se incurre en atentados contra la naturaleza del hombre. Ello a veces determina el fracaso de los planteos económicos que se autodestruyen por su irrealismo; y otras veces posibilita su éxito a costa de un grave desmedro de la dignidad humana”.²⁰

III. LA GESTIÓN SOBRE LA RES PUBLICA

Lo estructural de la reflexión sobre la relación de trabajo, como todo género a sus especies, es trasladable a la relación de empleo público.

El empleo público es una modalidad singular de la prestación laboral, una especie de ella. En toda relación de empleo público subyace una relación laboral, pero no a la inversa.

No obstante ello, es importante tener en cuenta que el hecho de que no se encuadre la relación laboral como de empleo público no implica el desamparo de la persona, pues otros regímenes aseguran su tutela, como lo ha afirmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Autos “Anaut” en fallo del 17 de abril de 2012.

La matriz sustancial de la relación propia de la función pública es la que se genera entre funcionario y Administración, posee naturaleza contractual (es decir conmutativa) y sustenta la noción de función pública.

La función pública se vincula estrechamente con el empleo público. En sustancia mediante el empleo se cumple la función, teniendo como objetivo último la prestación de un servicio, entendido este último en sentido teleológico, finalista. Por ello es pertinente asimilar los conceptos de funcionario público y servidor público y explicar el acierto del pensamiento clásico al rescatar estas ideas en forma contundente al definir a la autoridad política como “quien tiene a su cargo

20. José M. CRAVERO, “El tomismo en la filosofía contemporánea....cit., p.42.

el cuidado de la comunidad”.²¹

En definitiva, empleo y función pública predicen respecto del hacer sobre la cosa pública.

Tan seria y sensible es esta tarea que la Constitución Nacional la enmarca en dos ejes conceptuales básicos, la idoneidad y la estabilidad (arts. 16 y 14 bis de la Constitución Nacional), que operan necesariamente de consuno ya que, en última instancia, lo que justifica la estabilidad es la idoneidad.

Así se ha dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “La estabilidad del empleado público guarda correspondencia con los propósitos constitucionales de poner a aquéllos al abrigo de la discrecionalidad de las autoridades de turno y propender a la realización de los fines para los que existen las instituciones en las que prestan servicios, concordando con el art. 16, C.N., dado que, si se respetó la condición de idoneidad para la admisibilidad en el empleo, es razonable que el propio Estado esté interesado en mantener al agente, salvo razones justificadas de cese”.²²

Recordándose asimismo que el artículo 16 de la Constitución Nacional “[...] establece que todos los habitantes de la Nación son iguales ante la ley y “admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad””, añadiendo que “aquí se encuentra una expresa directiva de los constituyentes de 1853 referida a la admisión en la función pública sólo de las personas que sean idóneas”, y que “este requisito, previsto en la cláusula que consagra el derecho a la igualdad, constituye una exteriorización expresa acerca de la distinción fundamental para acceder a un cargo público –aquella que permitiría inclinar la balanza– es la idoneidad”.²³

Ya en 1960, Rafael Bielsa²⁴ enseñaba que el instituto de la función pública debía examinarse en el contexto de los principios propios del Derecho Administrativo, pero también del Derecho Constitucional y de la Ciencia de la Administración.

21. Parafraseando a Santo Tomás de Aquino en Suma Teológica, Ia.IIa, q. 90.

22. CSJN, “Ruiz, Emilio D. c. D.G.I. s/despido”, 15/05/2007, sumario.

23. CSJN, “Bussi, Antonio D. c. Estado Nacional”, 13/07/2007, Dictamen del Procurador General, Esteban Righi.

24. Rafael Bielsa, “La función pública”, Roque Depalma Editor, p. VII.

Si bien en esta obra clásica Bielsa analiza el mentado instituto –la función pública– en orden, prioritariamente, a la relación que se genera entre funcionario y Administración (destacando que no puede apreciarse desde la óptica exclusiva de uno u otro de los términos de la relación)²⁵, en una matriz de naturaleza contractual, el concepto genérico y, diría, sustantivo, de la función pública, encuentra en dicha obra un desarrollo ineludible.

Rescato la idea que transmitiera Bielsa de que el concepto de función pública es inescindible de otros dos cruciales al sistema, servicio público e interés público,²⁶ que no se asimilan entre sí y corresponde distinguir más allá de su incuestionable interrelación.

Estos aspectos se reiteran en las obras generales del Derecho Administrativo y en las particulares sobre el tema concreto de la función pública. Como se ha señalado por Manuel M. Diez,²⁷ la función es “un concepto evidentemente dinámico, que lleva la idea de vida, de movimiento, de actividad (...) es toda actividad ejercida por un órgano para la realización de un determinado fin”.

Amplía Diez indicando que la función se especifica como pública cuando predica respecto de actividades del Estado.²⁸

Miguel Marienhoff observó a su turno que la idea de función pública se halla vinculada a la organización de la Administración Pública, reconociendo la existencia de los que llama “órganos institución” y “órganos individuos”,²⁹ y que atañe a las funciones “esenciales” del Estado, esto es, en la visión tradicional, a legislación, justicia y administración.³⁰

Consecuentemente, predispuestos los fines a alcanzar –o intentar alcanzar– y un orden de prioridades (bien se ha dicho que “si todas son prioridades no hay

25. Ob. cit, p. 99.

26. Ob. cit. pp. 104-105.

27. “Derecho Administrativo”, Bibliográfica Omeba, tomo III, p. 331.

28. Ob. cit. tomo III, p. 332.

29. “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. Abeledo-Perrot, tomo III-B, p. 8.

30. Ob. cit. tomo II, p. 49.

ninguna prioridad”), la función es el actuar en procura de esos fines por quien o quienes (instituciones o individuos) posean la competencia al efecto. La función pública se define por la competencia del órgano.

En la estructura organizativa del Estado, en todas sus dimensiones y respecto de todas sus finalidades, el cuerpo de abogados –que en sentido amplio involucra a los asesores legales en el ámbito estatal completo– representa, en palabras de Marienhoff, un órgano institución, constituido por órganos individuos, cada uno de los profesionales de la abogacía que interviene en los procesos administrativos y judiciales a partir de la competencia asignada por las normas vigentes.

IV. IDONEIDAD Y ÉTICA EN EL EMPLEO PÚBLICO

Ocupar un cargo público, desarrollar una tarea calificada como empleo público y cumplir una función pública, requieren adecuarse a la exigencia de la idoneidad como presupuesto, y esta exigencia interpela un mandato ético consustancial.

Ética e idoneidad son principios que se retroalimentan.

La intrínseca relación entre el recaudo de la idoneidad y el perfil ético en el empleo público ha sido examinada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sostuvo el Máximo Tribunal:

“.. en lo atinente al empleo público, el concepto de idoneidad supone un conjunto de requisitos de distinta naturaleza que pueden ser estatuidos por la ley o el reglamento. La aptitud técnica, física y en particular la moral configuran exigencias de carácter genérico en tanto otras, como la ciudadanía, lo son para determinadas funciones. Es que, como lo sostiene Benjamín Villegas Basavilbaso, “no se trata de una cualidad abstracta sino concreta, esto es, ha de ser juzgada con relación a la diversidad de las funciones y empleos” (Derecho Administrativo, T. III, pág. 367, Edición 1951). En algunos casos, expresas disposiciones constitucionales imponen para ejercer derechos políticos determinadas exigencias, entre ellas la ciudadanía (arts. 48, 55, 89 y 111 de la Constitución); en otros puede provenir del ejercicio de la facultad del Congreso prevista en el inc. 19 del art. 75 o de la intervención

acordada al Poder Ejecutivo Nacional (art. 99, incs. 2° y 7°).³¹

Atinadamente se ha reconocido que el concepto de empleo público alude a un género abierto de supuestos.

En palabras del Máximo Tribunal:

“En cuanto a su ámbito de aplicación subjetiva, se ha señalado que abarca un amplio abanico de funcionarios o postulantes a ocupar funciones públicas ya que la palabra “empleos” del art. 16 de la Constitución Nacional comprende “toda clase de servicio u ocupación ordinario o extraordinario, permanente o transitorio, en la Administración pública, desde el más modesto hasta el Presidente de la República” (Rivarola, Rodolfo, “Diccionario manual de instrucción cívica y práctica constitucional argentina”, p. 271, citado por Linares Quintana, Segundo V., “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional. Argentino y comparado”, Parte Especial, T. IV, Ed. Alfa, Buenos Aires 1956, p. 314).³²

Por tanto:

“Esto indica que la idoneidad es condición necesaria para el acceso a la función pública incluso en aquellos supuestos en los que el arribo al cargo sea por vía electoral. A la legitimación de origen popular debe adicionarse entonces la legitimidad legal o institucional establecida en este caso por la Constitución Nacional como una pauta rígida. Esta conclusión interpretativa debe aceptarse a partir de considerar el método hermenéutico literal, esto es, recurriendo a la regla de uso común del lenguaje, pues no hay ninguna evidencia de que el constituyente se haya apartado del sentido gramatical del término en el caso concreto. En este sentido, tiene dicho el Tribunal que cuando la letra de la ley no exige un esfuerzo de interpretación, la norma debe ser aplicada con prescindencia de consideraciones que limiten los supuestos comprendidos en ella y procurando dar pleno efecto a la voluntad del legislador (Fallos 200:165; 302:973; 306:940 y muchos otros). La circunstancia de que no se haya establecido distingo alguno entre diversas clases de “empleos” abona la misma tesis, de acuerdo al principio interpretativo según el cual no corresponde distinguir situaciones cuando la ley no lo hace.

31. CSJN, “Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba, Provincia de s/ amparo”, 24/02/1998, Considerando 7.

32. CSJN, “Bussi, Antonio D. c. Estado Nacional”, 13/07/2007, Dictamen del Procurador General, Esteban Righi.

A más de ello, su ubicación sistemática tampoco permite una interpretación restrictiva del precepto, ya que no se encuentra dentro de ninguna regulación especial con referencia, v. gr., a un Poder del Estado en particular (Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial), ni a ninguna jerarquía funcional.³³

Respecto a su contenido la Corte Suprema “tiene dicho que “para ocupar empleos o cargos públicos la Constitución Nacional impone la condición de idoneidad (art. 16, primer párrafo), es decir, exige que la persona que pretenda ingresar a la administración tenga las aptitudes físicas y técnicas necesarias para desempeñar las tareas que se le asignen” (Fallos 319:3040, cons. 9°), así como que tal concepto no excluye la imposición de requisitos éticos, como son los atinentes a la integridad de la conducta (Fallos 238:183).

“En esta línea, en Fallos 321:194, sostuvo que “[e]n lo atinente al empleo público, el concepto de idoneidad supone un conjunto de requisitos de distinta naturaleza [...] La aptitud técnica, física y en particular la moral configuran exigencias de carácter genérico en tanto otras, como la ciudadanía, lo son para determinadas funciones, ya que no se trata de una cualidad abstracta sino concreta, que ha de ser juzgada con relación a la diversidad de funciones y empleos” (cons. 7°). La revisión de estos precedentes demuestra la existencia de una doctrina del máximo Tribunal relativa al reconocimiento de requisitos éticos en el marco del concepto de idoneidad previsto por el art. 16 del texto constitucional, coherente, por otra parte, con lo sostenido por la doctrina”.³⁴

En el mismo fallo se recordó que “Bidart Campos sostiene que “[...] cuando la constitución abre el acceso a los empleados sin otra condición que la idoneidad (art. 16), exige también y siempre idoneidad ética o moral, a más de la que resulte necesaria según la naturaleza del empleo al que aspira o que se va a discernir a una persona determinada.” (“Manual de la Constitución Reformada”, T. III, Ediar, Buenos Aires, 1997, p. 36).³⁵

33. CSJN, “Bussi, Antonio D. c. Estado Nacional”, 13/07/2007, Dictamen del Procurador General, Esteban Righi.

34. CSJN, “Bussi, Antonio D. c. Estado Nacional”, 13/07/2007, Dictamen del Procurador General, Esteban Righi.

35. CSJN, “Bussi, Antonio D. c. Estado Nacional”, 13/07/2007, Dictamen del Procurador General, Esteban Righi.

“Es que “La idoneidad es concepto comprensivo y general, pues se trata de la competencia o suficiencia técnica, profesional y moral” (Bielsa, Rafael, “Derecho Constitucional”, segunda edición, aumentada, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1954, p. 521). En esa misma línea, Segundo V. Linares Quintana afirma: “El requisito de la idoneidad, por oposición al favoritismo, además de constituir una exigencia constitucional, se considera como calidad esencial de eficiencia administrativa en la ciencia de la administración. Desde el ángulo administrativo, la idoneidad consiste no sólo en la idoneidad técnica –aptitud profesional, intelectual, técnica en suma para el desempeño del cargo–, sino también en la idoneidad moral”. (“Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional. Argentino y comparado”, Parte Especial, T. III, Ed. Alfa, Buenos Aires 1956, p. 505)”.³⁶

Queda claro que tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido en el concepto de idoneidad una cualidad que excede lo técnico-profesional.

Según la Corte Suprema:

“También en derecho administrativo se resalta que la idoneidad a que se refiere el art. 16 de la Constitución Nacional entraña un concepto complejo que en un principio se consideró que “circunscribía al aspecto ‘técnico’. Pero pronto quedó de manifiesto lo restringido de tal punto de vista. Lo ‘moral’ también integró entonces el concepto de idoneidad [pues] no pueden ser funcionarios o empleados públicos quienes carezcan de moral o se hallen afectados de tachas éticas [...] Para actuar como funcionarios o empleados públicos hay que ser ‘buena persona’, entendiéndose por tal toda aquella que no tenga malos antecedentes. Ciertamente, cuanto mayor sea la jerarquía del empleo o de la función, más acendrada ha de ser la moral del funcionario o empleado...” (cfr. Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, T. III-B, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, 4º ed. act., pp. 120 y 131)”.³⁷

En forma categórica el Alto Tribunal ha manifestado que “ha quedado determinado que la idoneidad requerida constitucionalmente para ocupar un cargo público,

³⁶. CSJN, “Bussi, Antonio D. c. Estado Nacional”, 13/07/2007, Dictamen del Procurador General, Esteban Righi.

³⁷. CSJN, “Bussi, Antonio D. c. Estado Nacional”, 13/07/2007, Dictamen del Procurador General, Esteban Righi.

aun en las hipótesis en que su legitimación provenga del voto, de la soberanía popular, abarca al concepto de idoneidad moral o ética”.³⁸

Añadiendo que “corresponde establecer el contenido de ese compromiso ético incluido en el concepto de idoneidad para el ejercicio de la función pública. En otros términos, deberá definirse qué clase de ética requiere el concepto de idoneidad constitucionalmente previsto, para lo cual es atinado partir de un análisis sistemático de los preceptos constitucionales, contextualizando la interpretación de la noción a partir de las concepciones éticas vigentes, receptadas por el Texto Fundamental en los arts. 29, 36 y 75, inc. 22), párrafo segundo”.³⁹

“La incorporación de estas pautas éticas implica una declaración, un reconocimiento y una directriz relativa a los valores propios de la Constitución; así como una definición ideológica de la Nación vinculada intrínsecamente a la defensa y promoción de los derechos humanos y el sistema democrático. Se establece así, expresamente, que la violación por los derechos humanos y la desaprensión demostrada por las instituciones democráticas constitucionales es un disvalor para el Estado de derecho y la Constitución que lo define”.⁴⁰

“Por eso, dotar de contenido al concepto ético de idoneidad del art. 16 del texto constitucional no implica un juicio subjetivo, sino histórico y jurídico objetivo, que intenta evitar la incoherencia del sistema, apoyado en el ordenamiento positivo más elaborado y de máxima jerarquía”.⁴¹

“En conclusión, de todo lo expuesto se desprende que los valores republicanos y democráticos se encuentran expresamente incorporados al ordenamiento jurídico argentino a nivel constitucional (arts. 29 y 36) y que esos principios iluminan todo el sistema jurídico. De allí se deriva que es una pauta ética valiosa y necesaria que los funcionarios públicos posean dichos valores democráticos y republicanos [...]”.⁴²

38. CSJN, “Bussi, Antonio D. c. Estado Nacional”, 13/07/2007, Dictamen del Procurador General, Esteban Righi.

39. CSJN, “Bussi, Antonio D. c. Estado Nacional”, 13/07/2007, Dictamen del Procurador General, Esteban Righi.

40. CSJN, “Bussi, Antonio D. c. Estado Nacional”, 13/07/2007, Dictamen del Procurador General, Esteban Righi.

41. CSJN, “Bussi, Antonio D. c. Estado Nacional”, 13/07/2007, Dictamen del Procurador General, Esteban Righi.

42. CSJN, “Bussi, Antonio D. c. Estado Nacional”, 13/07/2007, Dictamen del Procurador General, Esteban Righi.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires destacó a su turno:

“Como bien se sostuvo (Fallos 321:194), la idoneidad supone un conjunto de requisitos legales o reglamentarios, de exigencias genéricas –de aptitud física, técnica, moral– y específicas para el ejercicio de determinadas funciones, como la nacionalidad. La Corte Suprema aclaró que “no se trata de una cualidad abstracta sino concreta, esto es, ha de ser juzgada con relación a la diversidad de las funciones y empleos”, pauta cuya aplicación se impone en la presente contienda, siempre bajo el prisma rector que consagra el bloque constitucional a favor del reconocimiento igualitario de los derechos a todos los habitantes (incluido el ejercicio de su profesión y en general los empleos públicos) y contra toda forma de discriminación”.⁴³

Observando en concreto que “si lo que se pretende es asegurar la idoneidad de quienes aspiren a ser educadores, ese propósito está suficientemente resguardado en diversas reglas contenidas en el Estatuto del Docente, entre las que se destacan las que exigen dominar el idioma castellano, poseer aptitud psicofísica, determinada edad, someterse a los concursos pertinentes, una conducta acorde con la función docente y poseer título que habilite para el cargo u horas cátedra a desempeñar, entre otras condiciones impuestas por la norma (art. 57 incs. “a” in fine, “b”, “c”, “d”, de la ley 10.579 y sus modif.). Ello, aparte de las evaluaciones que a la Dirección General de Cultura y Educación incumbe realizar de todos los docentes y de quienes aspiren a acceder a la docencia”.⁴⁴

Razón por la cual “[...] la regulación resulta razonable si lo que se pretende por su intermedio es el mejoramiento de la organización administrativa y el logro de una mayor eficiencia de su personal, respecto del cual, el agrupamiento administrativo constituye su soporte primario”.⁴⁵

43. SCBA, “Gerez, María Cecilia contra Dirección General de Cultura y Educación. Consejo Escolar Quilmes. Amparo”, 19/12/2007, Voto del Dr. Soria, Considerando 9.

44. SCBA, “Gerez, María Cecilia contra Dirección General de Cultura y Educación. Consejo Escolar Quilmes. Amparo”, 19/12/2007, Voto del Dr. Soria, Considerando 12.

45. SCBA, “U.P.C.N. y otros. Inconstitucionalidad ley 11.758”, 11/09/2013, Voto del Dr. Pettigiani, Considerando 2.

V. EL FUNDAMENTO ESENCIAL DEL CONTENIDO ÉTICO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA: LA RELACIÓN DEL DERECHO Y LA CIENCIA POLÍTICA CON LA ÉTICA EN EL PLANO SAPIENCIAL. LA MATRIZ ANTROPOLÓGICA

En una perspectiva acorde al pensamiento clásico, la ética “es la parte de la filosofía que estudia la moralidad del obrar humano; es decir, considera los actos humanos en cuanto son buenos o malos”.⁴⁶

“El objeto de la Ética, tomado materialmente, son los actos humanos, que es necesario distinguir de los actos del hombre”;⁴⁷ los primeros consisten en las acciones que el hombre libremente puede hacer o no, o hacer de una forma u otra, los segundos son las acciones que no son libres.

El objeto formal es la rectitud moral o moralidad de los actos humanos, entendiendo por tal la búsqueda de la bondad moral, esto es, “la bondad propia de las acciones libres, la rectitud de la voluntad libre del hombre, que depende de su obediencia o desobediencia al orden o [a la] ley natural”.⁴⁸

El ente se actualiza en el bien, al que tiende naturalmente. “La perfección y el bien no significan otra cosa sino la plenitud del ser”.⁴⁹

La ética “conoce los actos libres del hombre considerados en su bondad o malicia o sea su conformidad o no con el dictamen de la razón”; “tiene por finalidad por orden en las acciones voluntarias en cuanto relacionadas entre sí y con respecto al fin de la vida humana que es la felicidad”. “Por eso la ética esencialmente estudia los medios para lograrlo, ya que dado la imperfectibilidad de la naturaleza, se torna necesario la adquisición de hábitos que faciliten el actuar humano tendiente a ese fin o sea las virtudes cardinales, prudencia, justicia, fortaleza y templanza y las virtudes anexas a ellas”.⁵⁰

46. Ángel RODRÍGUEZ LUIÑO, *Ética*, 5ª ed., p.17.

47. Cit., p. 19.

48. Cit., p. 40.

49. Joseph PIEPER, *El descubrimiento de la realidad*, Madrid, Rialp, 1974, p. 74.

50. Eduardo M. QUINTANA, “Derecho y Moral: ¿separación o subalternación?”, cit., p. 965.

En contrario de la concepción clásica, “en algunas corrientes del pensamiento moderno se ha llegado a exaltar la libertad hasta el extremo de considerarla como un absoluto, que sería la fuente de los valores”,⁵¹ y por ello de la ética. La libertad humana posee potestad creadora de los valores, gozando “de una primacía sobre la verdad, hasta el punto que la verdad misma sería considerada una creación de la libertad; la cual reivindicaría tal grado de autonomía moral que prácticamente significaría su soberanía absoluta”.⁵²

En la modernidad, el bien y el mal son determinados por la libertad y no como en la ética clásica, que se definían en relación al ser y a la naturaleza. Afirmación que no importa desterrar el valor de la libertad en el proceso de conocimiento, sino asignarle su rol propio.

Es pertinente insistir a esta altura que en la sistemática jurídica clásica, entendiendo por tal la jus-filosofía aristotélico-tomista, y en el orden de la praxis al sistema romano en sus fuentes –no a la mutación ulterior producida por el pandectismo alemán–, el derecho en su acepción propia de analogado principal, es estrictamente “lo justo”, o, en forma desenvuelta, “lo adecuado o ajustado a otro conforme cierta clase de igualdad”.⁵³

Desde esa perspectiva, tras una noción de justicia general, el derecho se plasma en dos dimensiones particulares, la propia de la justicia distributiva, regida por la idea de igualdad proporcional, y la atinente a la justicia conmutativa, en donde impera la idea de igualdad estricta.⁵⁴

En la primera dimensión, el derecho opera la distribución de “cargas, honores y riquezas” en el ámbito de la comunidad política y es lo que se ha dado en llamar el ámbito del derecho público. La segunda, propia del derecho privado, se ocupa de mantener en las relaciones particulares, en las conmutaciones, la situación de “cierto equilibrio” dado por el reparto.⁵⁵

51. S.S. JUAN PABLO II, Carta Encíclica *Veritatis Splendor*, parágrafo 32.

52. Cit., parágrafo 35.

53. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II.II. q.57, ad.2.

54. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*. Libro V.

55. Constantin DESPOTOPOULOS, “La notion de synallagma chez Aristote”, cit., Tomo XIII, p. 115.

Esta discriminación entre la esfera del derecho privado y del derecho público, con sustento en las clases de justicia involucradas, conmutativa y distributiva, respectivamente, no es tajante. En rigor, capítulos relevantes del derecho privado informan disposiciones ordenadas por la justicia distributiva; tal es el caso de parte del régimen sancionatorio y del esquema de reparación del daño moral, entre otros.

El núcleo del sistema en esta concepción se constituye por la noción de “equilibrio”,⁵⁶ cierto equilibrio,⁵⁷ dado en el reparto y resguardado en los cambios.⁵⁸

En contrario, la sistemática moderna, traslada el eje de la cuestión hacia una acepción impropia de lo que el derecho es propiamente hablando; del analogado principal, “lo justo”, hacia alguno de sus analogados derivados, “la ley”, “la prerrogativa individual”, o ambas de consuno.⁵⁹

La preocupación del jurista moderno estribará, en todo caso, en la tutela de la “voluntad”, sea esta general (“la ley”) o particular (la concepción del “acto jurídico”), con independencia de la relación objetiva.

En suma, el núcleo del sistema deja de ser “lo justo” y es sustituido por “la voluntad”.⁶⁰

Es de toda evidencia que, en lo sustancial, anidan en ambas sistemáticas diversas concepciones de la antropología y de la moral.⁶¹

56. La idea griega del “antipeponthos”, que en rigor predicaba en la etapa de las conmutaciones y que podríamos definir como la “reciprocidad en los cambios”.

57. Carlos Sanz recuerda que “la ciudad antigua, a diferencia de los modernos sistemas capitalistas, sabía que la armonía dependía –en gran medida– del mantenimiento del desequilibrio equitativo de patrimonios que se había trazado en el momento distributivo” (Véase Carlos R. SANZ “Reflexiones jus-filosóficas en torno a la problemática actual del contrato”, cit., p. 954, nota 70).

58. Como enseñara Santo Tomás, el punto de equilibrio en las conmutaciones no es preciso (Véase SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II.II., q.77).

59. En rigor, con sus matices, la visión moderna del derecho incluye en sí diversos analogados derivados.

60. Entre muchos otros: Carlos I. MASSINI, *La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980; Fray Ph. O.P., ANDRE-VINCENT., *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*, Buenos Aires, Gherzi Editor, 1978; Michel VILLEY, *Los fundadores de la escuela moderna del derecho natural*, Buenos Aires, Gherzi Editor, 1978.

61. ons. Guillermo BLANCO, *Curso de Antropología Filosófica*, edición privada; María L. LUKAC DE STIER, *El fundamento antropológico de la filosofía política y moral en Thomas Hobbes*, Buenos Aires, EDUCA, 1999.

Entre derecho y ética existe una vinculación epistemológica jerárquica, técnicamente de subalternación, de la que se derivan consecuencias de máxima relevancia en el plano del abordaje sapiencial del obrar humano y del conjunto de relaciones que se materializan en su consecuencia.

El derecho “es una ciencia subalternada de la Moral, no en cuanto a los principios –como lo es con la antropología, la metafísica o la teología– sino en cuanto a los fines: el vivir ‘bueno’ del hombre, su bien, aquello que es acorde con la naturaleza”.⁶²

Tomás Casares, de su lado, ha observado que moral y derecho “están especificados por dos modos distintos de bien”. Agrega: “La moral, así entendida, en cuanto disciplina de la conducta individual está especificada por el bien del individuo como tal; mientras que el derecho, en cuanto disciplina de la convivencia está especificado por el bien común o bien de la comunidad como tal”.⁶³

Reflexión sustentada en la línea del pensamiento clásico realista. Santo Tomás de Aquino enseña que “la ley humana no puede prohibir todo lo que es contrario a la virtud [...] basta con que prohíba lo que destruye la convivencia social”.⁶⁴

Todo esto, por cierto, en clave clásica.

El pensamiento jus-filosófico moderno fundirá en última instancia ambas dimensiones, abriendo las puertas del ámbito legislativo y del pretorio a una cosmovisión ajena a la naturaleza de las cosas, en la cual moral y derecho aparecen confundidos.

Por otra parte, es preciso discernir –por sus consecuencias prácticas– que ética y derecho, no son saberes especulativos, sino prácticos.⁶⁵

62. Horacio R. GRANERO, Ponencia al Primer Congreso Católico de Abogados, publicada en *Prudentia Juris*, vol. II, 1980, p.102.

63. Tomás D. CASARES, *La justicia y el derecho*, 3ª. ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, p.108.

64. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II.II., q.77.

65. Jacques MARITAIN, sobre saberes especulativos y saberes prácticos, en *Los grados del saber. Distinguir para unir*, cit., pp. 725 y sigs.

“La Ética es una ciencia práctica, porque no se detiene en la contemplación de la verdad, sino que aplica ese saber a las acciones humanas”.⁶⁶

El estudio de la ética, como lo afirmara Aristóteles, no se materializa para “saber qué es la virtud, sino para aprender a hacernos virtuosos y buenos”.⁶⁷

La “moral –y con ella la ley humana (cuando no es una ley apariencia de ley sino una ley verdadera que realiza la esencia de la ley tan bien definida por Tomás de Aquino)– se presenta como un conocimiento intelectual donde la voluntad y las tendencias sensibles tiene por cierto algo que decir, a veces incluso algo decisivo pero que sin embargo sigue siendo obra de la razón. Que con tal carácter ésta merezca el nombre de razón práctica en la medida en que realiza su función de conocimiento orientado a dirigir la acción humana, en nada modifica la circunstancia de que se trata de la razón y no de la voluntad o de la emoción, aunque ésta fuese el órgano de la estimación y no el sentimiento del placer”.⁶⁸

El derecho, por su lado, tampoco se estructura en función de una mera especulación. La tarea del derecho no es exclusivamente descubrir en la naturaleza de las cosas lo que es justo, sino trasladar esa determinación de lo que es justo en el caso concreto, tendiendo a su solución práctica.⁶⁹

Como reflejo de lo apuntado, el obrar humano, en la línea que se viene trazando, puede ser examinado en perspectiva ética, jurídica o política.

Se quiere decir que un acto humano concreto (fragmento de objeto material, si se admite) puede ser materia de análisis del moralista, del jurista o del politólogo (según, con nueva indulgencia, el fragmento de objeto formal al que se recurra).

En cada dimensión, según los principios y fines que le son propios, y considerando la relación jerárquica de subordinación del derecho y de la política respecto de la ética.

66. SANTO TOMÁS DE AQUINO, “De virtutibus in communi”, q.un, a.6, ad 1, citado por Ángel Rodríguez Luño, cit., p. 19, nota 1.

67. ARISTÓTELES, “Ética a Nicómaco”, Libro II.

68. Georges KALINOWSKI, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1979, p. 175.

69. José MARTÍNEZ DORAL, *La estructura del conocimiento jurídico*, Universidad de Navarra.

Es por ello que Giuseppe Graneris, no sin advertir acerca del escándalo que la afirmación podría provocar, ha hablado de la “amoralidad” del derecho, distinguiéndola de la inadmisible “inmoralidad” del derecho.⁷⁰

La luz viene impuesta por el esquema mismo de subalternación, que ordena en cada plano a los saberes comprometidos y permite una adecuada apreciación del fenómeno. El análisis del jurista, en el momento de la factura del derecho positivo en sus límites⁷¹ o en la concreción de la justicia en la resolución del conflicto, debe inspirarse como objetivo último en la visión de “lo justo”.

Quien obra rectamente y da a cada uno lo suyo actúa justamente y avanza hacia el fin último de su felicidad. Realiza un acto justo, opera una virtud.⁷²

En tal caso, el obrar concreto se aprecia en forma consecuente por la ética y por el derecho y la política.

Mas no es misión del jurista, en el plano de la justicia conmutativa al dirimir el conflicto, corregir las conductas. Aunque sí lo sea, en cierta manera y de

70. Giuseppe GRANERIS, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1977, Capítulo IV, pp. 43-60. En p. 45 aclara con precisión el punto afirmando: “Vemos surgir así un momento de amoralidad en el campo del derecho. A fin de que esta doctrina llanamente tomista no genere escándalo, procuremos asignarle el sentido y los límites con exactitud. Es claro que en el derecho entendido como *res iusta* u *opus iustum* no puede nacer por endogénesis ningún elemento amoral. El interior está totalmente ocupado por la *res iusta*, *res debita*; es decir, está saturado de ética y respira ética en todas direcciones. Si la *res* fuera o resultara ella misma amoral o, peor, inmoral, cesaría *ipso facto* de ser justa y debida, no respondería más al concepto tomista del derecho. Luego la amoralidad debe venir de fuera. Y nace del contacto de la *res iusta* con el sujeto en el momento de la ejecución [...] De estas consideraciones nacen dos postulados relativos a la materia del ordenamiento jurídico. El primero es que ella sea moral, o al menos que no sea inmoral. El segundo es que sea capaz de resistir la falta de moralidad subjetiva, conservando algún valor independientemente del ánimo del agente”.

71. Nos referimos al ámbito del justo legal, aquel en el cual, al no afectarse el justo natural, algo es justo en la medida en que así lo dispone, prudencialmente, el responsable de dictar las normas.

72. Nos enseña S.S. BENDICTO XVI: “[...] la justicia es «inseparable de la caridad», intrínseca a ella. La justicia es la primera vía de la caridad o, como dijo Pablo VI, su «medida mínima», parte integrante de ese amor «con obras y según la verdad» (1 Jn 3,18), al que nos exhorta el apóstol Juan. Por un lado, la caridad exige la justicia, el reconocimiento y el respeto de los legítimos derechos de las personas y los pueblos. Se ocupa de la construcción de la «ciudad del hombre» según el derecho y la justicia. Por otro, la caridad supera la justicia y la completa siguiendo la lógica de la entrega y el perdón” (véase *Encíclica Caritas in Veritate*, 2009).

Así también, vale recordar las palabras del entonces Cardenal Joseph Ratzinger, emitidas un día antes de ser proclamado Obispo de Roma: “Mientras que el relativismo, es decir, dejarse «llevar a la deriva por cualquier viento de doctrina», parece ser la única actitud adecuada en los tiempos actuales. Se va constituyendo una dictadura del relativismo que no reconoce nada como definitivo y que deja como última medida sólo el propio yo y sus antojos” (Véase Homilía en la Misa *Pro Eligendo Pontifice*, 18/04/05). A esta misma “dictadura del relativismo” se refirió el Papa Francisco cuando dijo que “no hay verdadera paz sin verdad. No puede haber verdadera paz si cada uno es la medida de sí mismo, si cada uno puede reclamar siempre y sólo su propio derecho, sin preocuparse al mismo tiempo del bien de los demás, de todos, a partir ya de la naturaleza, que acomuna a todo ser humano en esta tierra” (Véase S.S. FRANCISCO, Audiencia al Cuerpo Diplomático acreditado ante la Sante Sede, 22/03/13).

forma secundaria, en su rol creador de derecho positivo al materializar la justicia distributiva.

El instrumento idóneo para la correcta apreciación de las relaciones entre la ética y el derecho y sus consecuencias prácticas es el de la subalternación entre ambas. De tal modo, “el punto de partida del saber jurídico son las conclusiones de la ética (fin del hombre y medios para lograrlo) y también de la antropología (sobre la esencia de la naturaleza humana)”⁷³

La confusión acerca de lo que el derecho es propiamente, de la noción de ética y de las relaciones intrínsecas entre ambos saberes, informa un defecto sustancial en el pensamiento moderno, con particulares derivaciones en el ámbito de las organizaciones políticas.

En la adecuada comprensión de dichas cuestiones se hallan mecanismos que pueden aportar a un mejor orden en la *polis*.

Permite comprender, desde otro ángulo, la existencia de normas en los distintos ordenamientos positivos que tienden a la preservación de la moralidad de las relaciones y del respeto a nivel del sistema de los principios éticos.

Como enseñara el profesor Carlos Sanz:⁷⁴

“a) El moralista, desde su ángulo, analizará conductas humanas ordenadas o desviadas del fin último de la vida humana. b) El jurista, desde el suyo, tenderá a observar los buenos o malos repartos, de bienes y cargas, que se realizan en la ciudad y el modo de mantener sustancialmente ese equilibrio, en el momento en que se verifican las conmutaciones, los cambios, entre quienes comercian e intercambian. El ángulo de visión del primero será el pecado –o de la deserción de sí mismo, si se toma el tema en la pura perspectiva natural– y de la ordenación a la beatitud. El ángulo del segundo será el del *ius* y de la *in-iuria* o daño. Y desde allí pasará a considerar todo el resto; de donde se ve que no es irregular que uno y otro aborde objetos materiales comunes, ya que el ángulo ‘sub qua’ es diverso. Resulta legítima la consideración del *iustum* y del *in-iustum* por el moralista, pero

73. Eduardo M. QUINTANA, “Derecho y Moral: ¿separación o subalternación?”, cit., p. 967.

74. Carlos R. SANZ, “Apostillas en torno al tema de la responsabilidad”, en *Sobre esto y aquello*, Buenos Aires, Editorial Teodicea 2009, volumen II, Cosas y Personajes, p. 122.

ratio peccati. Igualmente, el jurista considerará, si es que puede, aspectos que hacen a la interioridad moral, en cuanto se exteriorizan, pero desde su perspectivas específica, que no es el 'foro interno de la conciencia', sino el obtener una mejor composición del entuerto y la aplicación más ajustada de penas medicinales, o tendientes a educar a los hombres en la línea del bien de la ciudad”.

Este esquema de apreciación del contacto de la moral con el derecho y la política a partir del principio de la subalternación de los saberes permite explicar las razones por las cuales los ordenamientos jurídicos positivos incorporan normas con contenido moral o que tienden a la preservación de los principios morales en el nivel de las relaciones sociales, jurídicas y políticas.

Bien se ha dicho que “basta recordar entonces que la Filosofía práctica entiende a la Política como una continuación de la Ética (...). Por el contrario, la Modernidad implica un quiebre de la continuidad entre la libertad interior y la acción social (...). La Moral adquiere una visión subjetiva y la Política analiza primordialmente alzarse con el poder”.⁷⁵

La fuente epistemológica que impone el contenido ético al obrar en la dimensión jurídica y política es en definitiva de naturaleza antropológica.

Es, al fin y al cabo, la esencia humana que se dispone tendencialmente hacia el bien, la que inspira el comportamiento ético y nutre el recaudo de la idoneidad en el obrar individual y social.

75. Gabriel LIMODIO, “La enseñanza del Derecho Civil: una propuesta para el Bicentenario”, en *Estudios de Derecho Civil con motivo del Bicentenario*, dirigido por Julio Conte-Grand, 1ª. ed., Buenos Aires, El Derecho, 2011, p. 31.