

JUSTICIA Y MISERICORDIA. MÍNIMOS ÉTICOS: JURÍDICO Y MORAL

ANDRÉS OLLERO TASSARA
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: 1. **El DERECHO COMO MÍNIMO ÉTICO.** 2. **La MISERICORDIA COMO MÍNIMO ÉTICO DE LA MORAL CRISTIANA.**

Tras agradecer la confianza que en mí se ha depositado al adjudicarme esta intervención¹, debo ante todo resaltar que la asumo en mi condición de jurista. Esto me hará ahondar en el carácter indispensable del *derecho* como mínimo ético, posibilitador de una convivencia propiamente humana, destinada también a facilitar la querencia optimizadora inseparable de la *moral*. O, por citar los términos de la Bula de Convocación del Jubileo Extraordinario de la Misericordia: la justicia sin duda «es el primer paso, necesario e indispensable», sin olvidar que «la Iglesia no obstante necesita ir más lejos para alcanzar una meta más alta y más significativa»². Aludiré, en algunas de las notas al pie, a sugerencias personales que se prestan a mantener el diálogo al que el documento invita.

1. EI DERECHO COMO MÍNIMO ÉTICO

La conceptualización del derecho como *mínimo ético* puede inducir a un doble malentendido. El primero derivaría de su poco afortunada identificación con una *ética mínima*. Así ocurriría si —con una perspectiva más sociológica que jurídica— se entendiera por tal el conjunto de exigencias éticas que de hecho se constatan como compartidas en la sociedad³. Prueba de ello es que, frente a la idea de una moral entendida como aspiración a una *ética máxima*, la dura realidad nos invita a ponemos en guardia frente a la paradójica posibilidad de que presuntos maximalismos morales nos sitúen *éticamente bajo mínimos*. Casos de pedofilia aireados por los medios de comunicación han servido de triste escenario

¹ En el XIII Simposio Internacional de los Docentes Universitarios sobre «Conocimiento y misericordia» celebrado, con ocasión del Jubileo, en Roma el 7-IX.2016.

² FRANCISCO, *Misericordiae Vultus*, 10. En sintonía con un «corazón de Padre que va más allá de nuestro pequeño concepto de justicia para abrirnos a los horizontes ilimitados de su misericordia» -Catequesis del miércoles 3 de febrero de 2016.

³ No pocas propuestas bioéticas vienen orientando hacia la búsqueda de esa ética mínima. Lo he comentado en OLLERO, A., «Bioética, bioderecho, biopolítica...», incluido en *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Thomson-Aranzadi, The Global Law Collection, Cizur Menor, 2006, pp. 15-23.

para calibrar la dificultad de una adecuada armonía entre justicia y caridad. No ha faltado tampoco ocasión solemne de resaltar su importancia a propósito del tratamiento de los conflictos matrimoniales⁴.

En todo caso, confundir el jurídico mínimo ético con el refugio en una ética mínima condenaría con facilidad al derecho a un progresivo permisivismo, que tendría como resultado —en una sociedad globalizada— la querencia a *igualar por abajo* las exigencias jurídicas. Se olvidaría así la caracterización de esas exigencias como indispensables para mantener una convivencia digna del hombre. El mínimo ético configurador de lo jurídico incluye, en consecuencia, aspectos que requieren un esfuerzo ético nada despreciable: baste pensar en la puntual satisfacción de las obligaciones tributarias. A la vez aporta justificación a la lucha contra la existencia de paraísos fiscales reñidos con una justicia global. Por el contrario, la remisión a la ética tácticamente compartida podría incluir usos socialmente consolidados pero no indispensables para la convivencia, o incluso negativos para ella.

Un segundo malentendido es de más difícil superación, porque tendría que ver con la identificación del derecho con el poder y su capacidad coactiva. En las sociedades que se consideran civilizadas, el respeto a los mecanismos propios de un *Estado de Derecho* forma parte indiscutida de lo políticamente correcto; lo que no impide que, cuando de lo jurídico se habla, se tienda automáticamente a pensaren el *derecho del Estado*, como mero instrumento de la voluntad de los que mandan. No en vano en una sesión parlamentaria memorable se reconoció que aunque, después de la Segunda Guerra mundial, la respuesta «sobre los fundamentos de la legislación parecía clara, en el último medio siglo se dio un cambio dramático de la situación. La idea del derecho natural se considera hoy una doctrina católica más bien singular, sobre la que no vale la pena discutir fuera del ámbito católico»⁵.

Sin menospreciar la importancia de la efectiva positivación de las exigencias jurídicas es imprescindible, para no renunciar a una convivencia propiamente humana, considerar *jurídicas* todas las reivindicaciones —positivadas o no— que apuntan a tal objetivo. No parece tarea fácil, cuando el reconocimiento de la inevitable tarea creativa de los jueces se pretende explicar —tanto desde la óptica positivista como por defensores de la herencia escolástica⁶— como una irrupción de elementos *morales* destinados a completar las limitaciones de un derecho reducido a la letra de los textos positivados.

⁴ «La justicia, que la Iglesia busca, a través del proceso contencioso administrativo, puede ser considerada como el inicio, exigencia mínima frente a una expectativa de caridad», BENEDICTO XVI, *Discurso a los miembros del Tribunal Supremo de la Signatura Apostólica el 4 de febrero de 2011*.

⁵ BENEDICTO XVI, *Discurso ante el Bundestag el 22 de septiembre de 2011*. Sobre el particular CARTABIA, M./ SIMONCINI, A. (coordinadores), *La legge del Re Salomone. Pope Benedict XVI public speeches*, (prólogo NAPOLITANO, G.), Rizzoli-BUR, Milano, 2013; en inglés, Cambridge University Press, 2015.

⁶ De ello me he ocupado en OLLERO, A., *Derecho y moral. Una relación desnaturalizada*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012.

No tiene por ello nada de extraño que, al modificarse en España el título preliminar del Código Civil⁷, dando entrada en su texto a figuras como la equidad, el fraude de ley, el abuso del derecho o la buena fe, se las considerase en la Exposición de Motivos de la reforma como «fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico», con un cierto aire de incursiones presuntamente morales en el derecho. Se aludiría así, por ejemplo, a la *equidad* como si se tratase de una instancia metajurídica y no como la búsqueda de la justicia de lo concreto⁸. Aunque en el ámbito continental europeo no ha sido infrecuente que la equidad se entienda como una misericordiosa dulcificación de la previsible rudeza de lo jurídico, en realidad a lo que así se da entrada es a las jurídicas exigencias de un derecho natural inconfesadamente asumido.

Desgraciadamente, dentro de la misma Iglesia Católica no han dejado de experimentarse las notables secuelas del olvido del carácter indispensable de las exigencias de la justicia. La preocupación por el previsible escándalo moral de la publicidad de determinadas conductas —cuando no el recurso a él para encubrir una poco responsable omisión en el ejercicio de la virtud de la fortaleza— ha llevado en más de un caso a sustituir sus obligadas consecuencias jurídicas por estrategias fruto de una sensibilidad moral mal entendida.

El olvido del carácter indispensable del hacer justicia obliga a la vez a superar una visión —nada laical— del derecho, que lo reduce a instrumento coactivo destinado a garantizar exigencias morales de particular voltaje. El no matar, no robar o no mentir son exigencias jurídicas elementales, que no dejaron de ser ante todo tales por el hecho de verse incluidas en el decálogo. La revelación del Sinaí aspiraba precisamente a protegernos ante una posible degeneración del mínimo ético en ética mínima. Que preceptos jurídicos ocuparan en ella espacio tan destacado no los convertía en preceptos morales pendientes de codificación jurídica; por ser expresión de *exigencias jurídicas* indispensables para la convivencia serán ellas más bien las que generen *obligaciones morales*. La torpe acusación de que los católicos, al explicitarlas, pretenden convertir los pecados en delitos ignora la realidad: se trata de delitos tan graves que —por ofender a Dios— se convierten además en pecaminosos.

La relevancia moral de lo que es, ante todo, jurídico se experimenta también en clave negativa. No constituye ningún secreto la capacidad de las normas jurídico-positivas para producir una impronta en las convicciones morales socialmente vigentes; al hacerlo irrumpen no pocas veces en ámbitos que exigen (también jurídicamente) respeto a la libertad y a la intimidad personal y familiar⁹.

⁷ Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil.

⁸ Sobre el particular OLLERO, A., «Equity in Spanish Law?», en *Equity in the Worlds Legal Systems*, (editado por Newman, R.A.), E. Bruylant, Brussels, 1973, pp. 381-393.

⁹ No en vano el artículo 27.3 de la Constitución española proclama, con problemático eco: «Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

No dejan de cumplir función semejante, incluso con mayor eficacia, los medios de comunicación¹⁰.

Ese complicado ajuste entre derecho y moral se pone también de manifiesto ante la mezcla de recelo y vértigo con que suele acogerse el planteamiento jurídico de objeciones de conciencia. Sin duda influye en ello la querencia a emparejar conciencia y moral; como si no existiera la conciencia jurídica... Una exclamación tan frecuente en un ciudadano de a pie como «no hay derecho» no encierra una exhortación moral sino que formula una exigencia jurídica.

Malentender la objeción de conciencia como un conflicto entre derecho y moral la hace morir de éxito, si lo que se pretende establecer es que en tal conflicto ha de prevalecer siempre la moral; puro anarquismo, según el cual cada uno podría desobedecer sin sanción jurídica alguna todas las normas que no rimen con sus postulados morales. Por el contrario, la objeción de conciencia es tan jurídica como para verse reconocida como derecho por el artículo 10.2 de Carta Europea de Derechos Fundamentales, porque refleja un conflicto bien distinto: el que surge entre el concepto de mínimo ético jurídico asumido por la mayoría —reflejado en la legalidad democrática— y otro concepto de mínimo ético jurídico sustentado en minoría. Se discrepa a la hora de precisar hasta dónde puede llegar el derecho y no a la de defender hasta dónde debe llevarnos la moral; la conciencia jurídica en minoría exigirá una excepción, que no hace sino confirmar para los demás la regla.

Por si fuera poco, el erróneo conflicto entre derecho y moral suele encerrar como trasfondo el curioso convencimiento de que lo jurídico encuentra expresión en el *derecho objetivo*; o sea, en la letra de los textos positivados. La *moral*, por el contrario, sería inevitablemente *subjetiva* y en consecuencia inviable para regular el ámbito público. Más que discutir sobre el relativismo moral, prefiero —como jurista— constatar la inevitable relatividad del derecho; lo que resulta fácil, a poco que se constate la dimensión hermenéutica de todo lo jurídico, cuyo *sentido* solo cabe derivar del texto legal cuando una interpretación —obviamente subjetiva— lleve a captarlo y mueva a argumentar convincentemente su alcance. La existencia en el ordenamiento jurídico español, como en tantos otros, de *votos particulares* en las resoluciones de los órganos judiciales colegiados ahorra toda duda al respecto.

El predominio de un acrítico positivismo legalista lleva a ignorar esa inevitable dimensión judicial y, como consecuencia, jurisprudencial de toda actividad jurídica. El que afirma «no hay derecho» se convierte en juez emitiendo un juicio de valor, así como el juez —al establecer si lo hay o no— aclarando qué debemos admitir que la norma dice; porque solo quien tiene jurisdicción está en condiciones de *decir* el derecho. Esa dimensión inevitablemente subjetiva del fallo judicial no condenará fatalmente a una amenazadora inseguridad jurídica. Se

¹⁰ Como consecuencia, «la fede rimane priva del suo valore orientativo e normativo, lasciando campo aperto ai compromessi con il proprio egoismo e con le pressioni della mentalità corrente, diventata dominante», FRANCISCO, Discurso en la inauguración del año judicial del Tribunal de la Rota Romana el 23 de enero de 2015.

aminorará si el juez se ejercita en la virtud de la justicia, consolidadora de una constante y sostenida voluntad de dar a cada uno lo suyo; que tiene de moral lo relativo al hábito de comportamiento, que quedaría falto de todo contenido sin apoyarse en el jurídico *saber hacer* que permite captar qué es lo suyo de cada uno.

Sin duda resulta más tranquilizador convencerse de que el juez —como pretendía Montesquieu— no es más que la boca que pronuncia las palabras de la ley¹¹. Esto garantizaría una seguridad tan idílica como utópica, destinada a desaparecer como por ensalmo si algún mal día se ve uno sentado ante un juez. Más que apelaciones lastimeras a una seguridad inviable, será la esperanza de que el juez actúe haciendo justicia la que podrá devolverle algo de calma.

En una macro-perspectiva, cumplen sin duda un papel relevante mecanismos como la posible dualidad de instancias, la ya aludida colegialidad de los órganos plurales y, en su caso, la doctrina emanada de los tribunales constitucionales. Si al ámbito europeo o al latinoamericano nos referimos, la cuestión se hará más compleja al entrar también en juego el Tribunal de Estrasburgo —e incluso el de Luxemburgo— en el primer caso y el de San José de Costa.

Rica, en el segundo, dando paso a lo que se ha dado en llamar *diálogo de tribunales*¹². Es fácil que salgan mejor parados los europeos, pese a las ocasionales discrepancias interpretativas en el seno del Tribunal de Estrasburgo; lo que llevó a una condena por unanimidad en la primera instancia puede verse convertido en amparo mayoritario si entra en juego la Gran Sala¹³. Su ocasional y oportuno respeto a un *margen de apreciación* por parte de los Estados, le dotará de una flexibilidad a la que el tribunal de Costa Rica parece menos aficionado.

Sería no obstante ignorar la realidad pensar que con este cuadro ya hemos agotado en elenco de actores. La laboriosa tarea de hacer justicia, plasmando una interpretativa concepción de la misma, no es solo frutó de la actividad de estos órganos constitucionales o incluso, por vía de convenios, supraconstitucionales. No acaba resultando escasa la erosión de las concepciones de justicia consolidadas en un país, como resultado del influjo de los vientos, no menos supraconstitucionales, de lo *políticamente correcto*-, orquestados por organismos internacionales sin capacidad de emitir resoluciones con valor de *ius cogens*, o incluso por manifiestos de organizaciones no gubernamentales que parecen auto-atribuirselo. Valga un testimonio: «no existe ningún fundamento para asimilar o establecer analogías, ni siquiera remotas, entre las uniones homosexuales y el designio de Dios sobre el matrimonio y la familia». «Es inaceptable que las iglesias locales sufran presiones en esta materia y que los organismos internacionales condicionen la ayuda financiera a los países pobres a la

¹¹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, XI,6.

¹² Irónico al respecto OLLERO, A., «Diálogo de tribunales; perdonen las molestias», *Nueva Revista*, 156, Madrid, pp. 123-135.

¹³ Elocuente ejemplo el del caso Lautsi contra Italia, a propósito de la presencia de crucifijos en las escuelas públicas. De él me ocupé en OLLERO, A., «La Europa desintegrada: Lautsi contra Lautsi», *Nueva Revista*, 134, Madrid, 2011, pp. 74-83.

introducción de leyes que instituyan el “matrimonio” entre personas del mismo sexo»¹⁴.

Sin duda en tal afirmación está presente el reconocimiento de la dimensión social del matrimonio, como institución vinculada al bien común, identificable con la justicia objetiva. De ahí que se haya afirmado que «quien vive en modo contrario al vínculo matrimonial» «se hace *anti-signo* de la indisolubilidad»; «el matrimonio tiene carácter intrínsecamente social; cambiar el matrimonio para algunos casos significa cambiarlo para todos»¹⁵. En consecuencia, «sólo la unión exclusiva e indisoluble entre un varón y una mujer cumple una función social plena, por ser un compromiso estable y por hacer posible la fecundidad»¹⁶.

La constatación de lo que Jellinek caracterizó como *fuera normativa de lo táctico*¹⁷ puede predisponer a actitudes contrarias: la respuesta a un pecado —el adulterio— no sería ya la contrición y el perdón, sino una nueva unión, como si el paso del tiempo enmendara en cierto modo la ofensa de la ruptura¹⁸.

2. LA MISERICORDIA COMO MÍNIMO ÉTICO DE LA MORAL CRISTIANA

Reconocido el indispensable papel cumplido por el jurídico mínimo ético, se plantea el peligro de un posible traslado de la mentalidad jurídica al ámbito —obligadamente maximalista— del logro de los objetivos perseguidos por la moral; sobre todo en un ámbito tan peculiar como el del derecho matrimonial canónico¹⁹. Podría surgir así la figura del riguroso y autosatisfecho cumplidor de la ley y el orden, convertido en agudo juez de toda conducta ajena²⁰; confiado quizá a una

¹⁴ FRANCISCO, Exhortación Apostólica Postsinodal *Amoris Laetitia*, 251; con referencia en la nota 278 a: Relación final 2015, 76; cf. Congregación para la Doctrina de la Fe, Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales (3 junio 2003), 4.

¹⁵ «La economía de los sacramentos es una economía de signos visibles, no de disposiciones interiores o de culpabilidad subjetiva. Una privatización de la economía sacramental no sería ciertamente católica, Cardenal MÜLLER, G., *¿Qué podemos esperar de la familia? Una cultura de esperanza para la familia, a partir de la exh. ap. post-sinodal Amoris Laetitia*, Seminario Metropolitano de Oviedo 4 de mayo de 2016.

¹⁶ FRANCISCO, Exhortación Apostólica Postsinodal *Amoris Laetitia*, 52.

¹⁷ JELLINEK, G. *Allgemeine Staatslehre*, Athenäum, Kronberg, 1976 (reimpresión no modificada de la quinta reimpresión de la tercera edición) p. 338.

¹⁸ Esto significaría transformar «el concubinato adúltero en una unión aceptable bendecida por la Iglesia en nombre de Dios», SPAEMANN, R., «Divorce and Remarriage», *First Things*, agosto 2014.

¹⁹ En Francisco predomina el afán por «non chiudere la salvezza delle persone dentro le strettoie del giuridicismo. La funzione del diritto é orientata alia salus animarum a condizione che, evitando sofismi lontani dalla carne viva delle persone in difficoltà, aiuti a stabilire la verità nel momento consensuale: se cioè fu fedele a Cristo o alia mendace mentalità mundana», Discurso en la inauguración del año judicial del Tribunal de la Rota Romana el 23 de enero de 2015.

²⁰ A Francisco le preocupan ante todo que lleguen a convertirse en «hombres que vivían pegados a la letra de la Ley, pero que prescindían del amor, hombres que tan sólo sabían cerrar las puertas y marcar las fronteras», porque «la adhesión formal a las reglas,

escatología remuneradora, que el humorista Mingote escenificaba en una merienda de orondas señoras que se ponen fácilmente de acuerdo en que, digan lo que digan las progres, al cielo iremos las de siempre...

Las desconcertaría no poco la exégesis del papa Francisco sobre la parábola del hijo pródigo, en la que apunta el foco hacia el hermano cumplidor, totalmente incapacitado para entender la actitud de su padre²¹. Resalta con ello un elemento nada jurídico: la apuesta divina por la misericordia en el trato con los hombres; escandalosa en un tiempo marcado por el individualismo que dificulta todo intento de comportarse como custodios y nunca como dueños²².

Se nos anima así a descubrir que, igual que la justicia es un mínimo ético indispensable, también en el cristiano toda maximalista búsqueda de la perfección moral ha de partir —como mínimo ético— de la convicción de que «la misericordia es un elemento importante, mejor dicho, indispensable, en las relaciones entre los hombres», porque «la sola medida de la justicia no basta». La misericordia aparece como «el primer atributo de Dios. Es el nombre de Dios»²³. Este papel primario e indispensable de la misericordia no plantea conflicto alguno respecto a lo ya expuesto sobre la justicia. «No son dos momentos contrastantes entre sí, sino un solo momento que se desarrolla progresivamente hasta alcanzar su ápice en la plenitud del amor. La justicia es un concepto fundamental para la sociedad civil»²⁴.

La falta de sensibilidad respecto a esa prioridad puede llevar a poner «tantas condiciones a la misericordia que la vaciamos de sentido concreto y de significación real, y esa es la peor manera de licuar el Evangelio»; con todo, «la

a nuestros esquemas mentales, prevalece» «y, si uno es un ministro de Dios, acaba por creerse separado del pueblo, dueño de la doctrina, titular de un poder, sordo a las sorpresas de Dios.»— FRANCISCO, *El Nombre de Dios es misericordia*. Una conversación con Andrea Tornielli, Planeta, Madrid 2016, pp. 81 y 82.

²¹ Ilustrativa al respecto la catequesis de Francisco en la audiencia del miércoles 11 de mayo de 2016. En la línea de lo ya recogido en *Amoris Laetitia*, 305: «un pastor no puede sentirse satisfecho sólo aplicando leyes morales a quienes viven en situaciones “irregulares”, como si fueran rocas que se lanzan sobre la vida de las personas. Es el caso de los corazones cerrados, que suelen esconderse aun detrás de las enseñanzas de la Iglesia para sentarse en la cátedra de Moisés y juzgar, a veces con superioridad y superficialidad, los casos difíciles y las familias heridas».

²² «La misericordia, prima di essere un atteggiamento o una virtù umana, è la scelta definitiva di Dio a favore di ogni essere umano», FRANCISCO, Discurso a los participantes en el curso promovido por la Penitenciaría Apostólica el 4 de marzo de 2016. «A veces nos comportamos como controladores de la gracia y no como facilitadores. Pero la Iglesia no es una aduana, es la casa paterna», FRANCISCO, *Amoris Laetitia*, 310, citando la Exhortación Apostólica *Evangelii gaudium*, 362.

²³ «Esto no significa tener la manga ancha, en el sentido de abrir las puertas de las cárceles a quien se ha manchado con delitos graves. Significa que debemos ayudar a que los que han caído no se queden en el suelo.», FRANCISCO, *El Nombre de Dios es misericordia* (cit. nt. 20), pp. 88, 96 y 90.

²⁴ Bula *Misericordiae Vultus*, 20.

misericordia no excluye la justicia y la verdad», sino que «es la plenitud de la justicia y la manifestación más luminosa de la verdad de Dios»²⁵.

La misericordia habrá de convertirse pues en punto de referencia de toda tarea pastoral, incluida la relativa al matrimonio. Tanto la prematrimonial como la matrimonial «deben ser ante todo una pastoral del vínculo», que prepare al «sí para siempre»; porque «quien no se decide a querer para siempre, es difícil que pueda amar de veras un solo día»²⁶.

No han faltado polémicas sobre el espinoso problema de los divorciados vueltos a casar y su posible recepción de la comunión eucarística. El Papa da por hecho que «no debía esperarse del Sínodo o de esta Exhortación una nueva normativa general de tipo canónico, aplicable a todos los casos». Invita «a un responsable discernimiento personal y pastoral de los casos particulares»; puesto que «el grado de responsabilidad no es igual en todos los casos, las consecuencias o efectos de una norma no necesariamente deben ser siempre las mismas». Se trata de «acompañar a las personas interesadas en el camino del discernimiento de acuerdo a la enseñanza de la Iglesia y las orientaciones del Obispo». Se muestra consciente del riesgo que esta difusión de la responsabilidad encierra y comprende «a quienes prefieren una pastoral más rígida que no dé lugar a confusión alguna». No obstante, apoya su apuesta en la visión de la Iglesia como «una Madre que, al mismo tiempo que expresa claramente su enseñanza objetiva, no renuncia al bien posible, aunque corra el riesgo de mancharse con el barro del camino»²⁷. Al igual que en la jurisprudencia constitucional se huye de un formalismo enervante que impida una tutela judicial efectiva, el Papa parece temer que un formalismo farisaico pueda hacer inviable una tutela moral efectiva.

Descarta pues que se pretenda «desarrollar una fría moral de escritorio», sino que invita a situarse «en el contexto de un discernimiento pastoral cargado de amor misericordioso, que siempre se inclina a comprender, a perdonar, a acompañar, a esperar, y sobre todo a integrar»²⁸. En el marco más distendido de una conversación descenderá a detalles. Cuando afirmó que «la medicina existe, la cura existe, siempre y cuando demos un pequeño paso hacia Dios»; su

²⁵ En consecuencia conviene considerar «inadecuada cualquier concepción teológica que en último término ponga en duda la omnipotencia de Dios y, en especial, su misericordia», FRANCISCO, *Amoris laetitia*, 311, citando en la nota 365 a la Comisión Teológica Internacional, *La esperanza de salvación para los niños que mueren sin bautismo* de 19 de abril de 2007, 2.

²⁶ FRANCISCO, *Amoris Laetitia*, 211 y 319; así como Müller, G., *¿Qué podemos esperar de la familia?* (cit. nt. 15).

²⁷ FRANCISCO, *Amoris Laetitia*, 300 y 308, con cita de la Exhortación apostólica *Evangelii gaudium*, 44.

²⁸ FRANCISCO, *Amoris Laetitia*, 312. Benedicto XVI, en una entrevista difundida por la revista «Huellas» (mayo 2016, pp. 40-43), considera «un signo de los tiempos que la idea de la misericordia de Dios sea cada vez más central y dominante»; recuerda su impulso por el Papa Juan Pablo II, antes de afirmar: «Solo donde hay misericordia acaba la crueldad, acaban el mal y la violencia» y añade: «El Papa Francisco se encuentra completamente en sintonía con esta línea».

interlocutor apunta: «Tras releer el texto, me llamó y me pidió que añadiera: «O cuando tengamos al menos el deseo de darlo». A fin de cuentas, «la Iglesia no está en el mundo para condenar, sino para permitir el encuentro con ese amor visceral que es la misericordia de Dios». El problema surgiría —situándose ahora en la parábola del buen pastor— como consecuencia de la tensión entre «dos lógicas de pensamiento y de fe»²⁹.

La cuestión, generadora de no pocas responsabilidades personales, consistirá en cómo conjugar el rechazo del pecado —multiplicado por la ya señalada dimensión social de todo lo relativo a la institución matrimonial— y la misericordia con el afectado por las secuelas de un fracaso personal. Ciertamente «Dios enseña a distinguir entre el pecado y el pecador: con el pecado no es necesario hacer compromisos, en cambio los pecadores —o sea todos nosotros— somos como los enfermos que necesitan ser curados, y para curarlos es necesario que el médico se les acerque, los visite, los toque. Y naturalmente el enfermo, para ser curado tiene que reconocer que necesita un médico»³⁰.

Adentrándose en aspectos prácticos, el Papa Francisco asume las propuestas sinodales de «hacer más accesibles y ágiles, posiblemente totalmente gratuitos, los procedimientos para el reconocimiento de los casos de nulidad». Alude a que los «dos recientes documentos sobre esta materia han llevado a una simplificación de los procedimientos para una eventual declaración de nulidad matrimonial»³¹. A la vez recuerda la apuesta quizá más audaz reflejada en dichos documentos, al insistir en la descentralización de la decisiva tarea de discernimiento en los casos concretos: «el mismo Obispo en su Iglesia, de la que es constituido pastor y cabeza, es por eso mismo juez entre los fieles que se le han confiado»³². Actitud nada novedosa en quien no ha perdido ocasión de afirmar que «no todas las discusiones doctrinales, morales o pastorales deben ser resueltas con intervenciones magisteriales»³³.

El discernimiento encomendado no deja de revestir complejidad. Arrancando de una cita de san Juan Pablo II, abordará la polémica cuestión de la *gradualidad*. No se trata de «una “gradualidad de la ley”, sino una gradualidad en el ejercicio prudencial de los actos libres en sujetos que no están en condiciones sea de comprender, de valorar o de practicar plenamente las exigencias objetivas

²⁹ «Por un lado, el miedo de perder a los justos, los salvados, las ovejas que están ya dentro del redil, a buen recaudo. Por otro, el deseo de salvar a los pecadores, los perdidos, los que están fuera del recinto. La primera es la lógica de los doctores de la Ley, la segunda es la lógica de Dios, que acoge, abraza»... FRANCISCO, *El Nombre de Dios es misericordia. Una conversación con Andrea Torielli*, (cit. nt. 20), pp. 19, 66 y 78.

³⁰ FRANCISCO, Catequesis del miércoles 20 de abril de 2016.

³¹ El Motu proprio *Mitis Iudex Dominus Iesus* y el titulado *Mitis et Misericors Iesus*, ambos de 15 de agosto de 2015.

³² Por ello, «la aplicación de estos documentos es una gran responsabilidad para los Ordinarios diocesanos, llamados a juzgar ellos mismos algunas causas y a garantizar, en todos los modos, un acceso más fácil de los fieles a la justicia», FRANCISCO, *Amoris Laetitia*, 244.

³³ FRANCISCO, *Amoris Laetitia*, 3.

de la ley»³⁴. Partiendo de un dictamen teológico sobre la ley natural³⁵, apuntará que «a causa de los condicionamientos o factores atenuantes, es posible que, en medio de una situación objetiva de pecado —que no sea subjetivamente culpable o que no lo sea de modo pleno— se pueda vivir en gracia de Dios»³⁶; o lo que es lo mismo: «un juicio negativo sobre una situación objetiva no implica un juicio sobre la imputabilidad o la culpabilidad de la persona involucrada»³⁷.

A la vez no deja de afirmar con nitidez criterios que no cabrá marginar. «Nunca se piense que se pretenden disminuir las exigencias del Evangelio»; el «discernimiento no podrá jamás prescindir de las exigencias de verdad y de caridad del Evangelio propuesto por la Iglesia», por lo que es preciso «evitar el grave riesgo de mensajes equivocados, como la idea de que algún sacerdote puede conceder rápidamente excepciones»³⁸. «La tibieza, cualquier forma de relativismo, o un excesivo respeto a la hora de proponerlo, serían una falta de fidelidad al Evangelio y también una falta de amor de la Iglesia hacia los mismos jóvenes. Comprender las situaciones excepcionales nunca implica ocultar la luz del ideal más pleno ni proponer menos que lo que Jesús ofrece al ser humano». En consecuencia, «si alguien ostenta un pecado objetivo como si fuese parte del ideal cristiano, o quiere imponer algo diferente a lo que enseña la Iglesia, no puede pretender dar catequesis o predicar»³⁹.

En resumen, al Papa Francisco le preocupa que, por falta de un deliberado esfuerzo integrador, se produzca en la práctica una *excomuni3n* moral de fieles que se encuentran en situaciones dolorosas, proyectando sobre ellos —al margen del derecho— una no tipificada condena⁴⁰. «Los pastores, que proponen a los fieles el ideal pleno del Evangelio y la doctrina de la Iglesia, deben ayudarles también a asumir la lógica de la compasi3n con los frágiles y a evitar persecuciones o juicios demasiado duros o impacientes»⁴¹.

Las situaciones concretas pueden provocar inevitablemente una cierta tensi3n prudencial entre la comprensi3n de sus circunstancias⁴² y la indiscutida

³⁴ FRANCISCO, *Amoris Laetitia*, 295.

³⁵ «La ley natural no debería ser presentada como un conjunto ya constituido de reglas que se imponen a priori al sujeto moral, sino que es más bien una fuente de inspiraci3n objetiva para su proceso, eminentemente personal, de toma de decisi3n», Comisi3n Teol3gica Internacional *En busca de una 3tica universal: nueva mirada sobre la ley natural*, 59 (2009).

³⁶ FRANCISCO, *Amoris Laetitia*, 305.

³⁷ FRANCISCO, *Amoris Laetitia*, 302, con cita de una Declaraci3n del Pontificio Consejo sobre los textos legislativos.

³⁸ Francisco, *Amoris Laetitia*, 301, 300 y 305.

³⁹ Francisco, *Amoris Laetitia*, 307 y 297.

⁴⁰ «Para la comunidad cristiana, hacerse cargo de ellos no implica un debilitamiento de su fe y de su testimonio acerca de la indisolubilidad matrimonial, es más, en ese cuidado expresa precisamente su caridad», Francisco, *Amoris Laetitia*, 243.

⁴¹ FRANCISCO, *Amoris Laetitia*, 308.

⁴² Referencias concretas a algunas de esas circunstancias en *Amoris Laetitia*, 298, con un expresivo colof3n: «no existen recetas sencillas».

continuidad de la doctrina de la Iglesia⁴³. Ante esta tesitura no faltará una cita a Santo Tomás de Aquino: «En el ámbito de la acción, la verdad o la rectitud práctica no son lo mismo en todas las aplicaciones particulares, sino solamente en los principios generales»; «cuanto más se desciende a lo particular, tanto más aumenta la indeterminación»⁴⁴.

Dentro de la querencia maximalista que todo empeño de satisfacer exigencias morales acordes con la dignidad humana lleva consigo, la misericordia cumpliría pues el papel de mínimo ético *sine qua non* y piedra de contraste de cualquier otra aspiración. Especialmente es ello claro para el cristiano, instruido desde su iniciación en recabar el perdón de sus ofensas, proponiendo con audacia como medida el mismo perdón que personalmente practica respecto a las del prójimo. «La misericordia de Dios no es una idea abstracta, sino una realidad concreta con la cual El revela su amor, que es como el de un padre o una madre que se conmueven en lo más profundo de sus entrañas por el propio hijo. Vale decir que se trata realmente de un amor “visceral”. Proviene desde lo más íntimo como un sentimiento profundo, natural, hecho de ternura y compasión, de indulgencia y de perdón»⁴⁵.

En efecto, si algo caracteriza a las referencias del Papa Francisco al problema son sus frecuentes alusiones a la *ternura* como elemento central. «Hoy la revolución es la de la ternura porque de aquí deriva la justicia y todo el resto», afirma. «La revolución de la ternura es aquella que hoy tenemos que cultivar como fruto de este año de la misericordia: la ternura de Dios hacia cada uno de nosotros»⁴⁶.



Las exigencias jurídicas, no degradadas a mera voluntad del poderoso, constituyen el mínimo ético sin el cual no cabría una convivencia realmente

⁴³ «Si *Amoris Laetitia* hubiera querido cancelar una disciplina tan arraigada y de tanto peso, lo habría expresado con claridad, ofreciendo razones para ello. No hay, sin embargo, ninguna afirmación en este sentido en la exhortación apostólica post-sinodal, ni el Papa pone en duda en ningún momento los argumentos presentados por sus predecesores, que

no se basan en la culpabilidad subjetiva de estos hermanos nuestros, sino en su modo visible, objetivo de vida, contrario a las palabras de Cristo», Cardenal MÜLLER, G., *¿Qué podemos esperar de la familia?* (cit. nt. 15).

⁴⁴ *Amoris Laetitia*, 304. Sobre el particular algo aporté con motivo del Congreso Internacional «Tomás de Aquino en su VII centenario», Roma-Napoli 1974: *Hermenéutica jurídica y ontología en Tomás de Aquino*, Edizioni Dominicane Italiane, Napoli, 1978, vol. 8, pp. 319-327.

⁴⁵ Bula *Misericordiae Vultus*, 6.

⁴⁶ En la revista «Credere», la publicación oficial del Año Santo Extraordinario 3.XII.2015. Baste también, como ejemplo, remitirse a los epígrafes 10, 21 y 24 de la Bula antes citada, a los puntos 28, 59, 60, 134, 143, 164 y 310 de 1a Exhortación Apostólica *Amoris Laetitia*, o a su Catequesis del 11 de mayo de 2016.

humana; la historia de la inacabada lucha en favor de los derechos humanos así lo pone de relieve.

Solo una poco afortunada teoría jurídica llevaría a la conclusión de que el derecho es un conjunto de normas formalmente positivadas, ignorando la ineliminable dimensión hermenéutica que lleva consigo la captación de su sentido. Lo que llamamos derecho objetivo es fruto de un proceso de *positivación* en el que, además del legislador, interviene una notable variedad de operadores jurídicos. Al realizar su tarea, estos habrán de llevar a cabo una *ponderación* entre exigencias jurídicas necesitadas con frecuencia de ajustamiento.

Las exigencias de la justicia —sean las emanadas del respeto a los menores o las derivadas de la institución matrimonial— generan obligaciones morales que no pueden subordinarse a benévolas concesiones sin grave deterioro del bien común.

A su vez la misericordia, que no puede malentenderse como contrapuesta a la justicia, se erige en el ámbito moral en mínimo ético indispensable. Si el derecho es ininteligible sin su dimensión judicial, también la moral se ve en peligro cuando se trastoca su proyección sobre las conciencias.

El imperativo cristiano «no juzguéis y no seréis juzgados» (Lucas 6, 37) es un ingrediente elemental de la misericordia. Confundir la defensa de los principios morales con actitudes inquisitoriales que lleven a una marginación de nuestros iguales, sin las garantías de la justicia, atentaría gravemente contra la caridad.

Es obvia por lo demás en la tarea pastoral la grave responsabilidad que recaería sobre los operadores morales si dieran paso a una contraposición de misericordia y justicia. Sería una culpable ingenuidad imaginar que las normas y principios morales objetivos no sufrirían deterioro si se los ignora a la hora de llevar a la práctica el inevitable discernimiento de las exigencias de justicia en las circunstancias concretas de cada caso.

ACTA

UNIVERSITATIS LUCIAN BLAGA



SUMAR:

Abrevieri

I. STUDII

Andrés OLLERO TASSARA, *Justicia y misericordia. Mínimos éticos: Jurídico y moral*

António DOS SANTOS JUSTO, *A indignidade sucessória no direito romano – reflexos no direito português*

Władysław Piotr WLAŻŁAK, Ewa LENIART, *Historical Evolution of the Definition of a Crime against the State in the European States' Law and its Influence on the Regulation of these Crimes from the Polish Perspective*

Nadia ANIȚEI, *Legea aplicabilă efectelor patrimoniale ale căsătoriei*

Gina ORGA-DUMITRIU, *Europeanizarea dreptului internațional privat. Interpretarea autonomă a noțiunii de «materie contractuală» - un test al coerenței*

Ianfred SILBERSTEIN, *Rolul Băncii Naționale a României ca autoritate competentă în etapa de pregătire a redresării instituțiilor de credit*

Călina JUGASTRU, *„Internet of Things” și protecția datelor cu caracter personal*

Emanuel TĂVALĂ, *Între consacrare și secularizare. Statutul juridic al asistenței religioase din spațiul public românesc*

Ioan Ilieș NEAMȚ, *Modalitatea de determinare a componenței clasei în acțiunile colective. Opt in, opt out sau mandatory?*

Lacrima Bianca LUNTRARU, *Răspunderea civilă a arhitectului pentru malpraxis*

Florina BOBEȘ, *Aspecte privind evaziunea fiscală din perspectivă legislativă și doctrinară*

II. JURISPRUDENȚĂ COMENTATĂ ȘI ADNOTATĂ

Laura-Maria CRĂCIUNEAN-TATU, *Comitetul ONU pentru Drepturile Economice, Sociale și Culturale;*

Comunicarea individuală nr. 5/2015 - dreptul la o locuință adecvată; Evacuarea chiriașului ca urmare a procedurilor judiciare inițiate de către locator. Măsuri pentru deplina realizare a drepturilor prevăzute de Pactul internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale

III. RECENZII

M. Langford, B. Porter, R. Brown, J. Rossi (eds.), *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: a Commentary*, Pretoria University Law Press, PULP, 2016, 396 pagini (Laura-Maria CRĂCIUNEAN-TATU)

