

PRUDENTIA IURIS N° 93

Revista de la Facultad de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica Argentina
“Santa María de los Buenos Aires”



Junio 2022

Buenos Aires, Argentina.

ISSN: 0326-2774 (impresa)

ISSN: 2524-9525 (en línea)

**Autoridades de la Pontificia Universidad Católica Argentina
“Santa María de los Buenos Aires”**

Rector

Dr. Miguel Ángel Schiavone

Vicerrector de Integración

Pbro. Gustavo Boquín

Vicerrectora de Investigación e Innovación Académica

María Clara Zamora de Najún

Secretario Académico

Gabriel Limodio

Administrador General

Horacio Rodríguez Penelas

FACULTAD DE DERECHO

Dr. Pablo Garat

Decano

Dr. Daniel Herrera

Director de Carrera

Dr. Carlos Muñiz

Secretario Académico

Dr. Fernando Ubiría

Prosecretario Académico

Dr. Jorge Nicolás Lafferriere

Director de Investigación Jurídica Aplicada

Dr. Gustavo Costa Aguilar

Director de Posgrado

Dra. Cristina Marín Henríquez

Directora de la carrera de Martillero/Gestión y Dirección de Bienes

Director de la Revista

Dr. Jorge Nicolás Lafferriere
(Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina,
Buenos Aires, Argentina)

Secretaria de Redacción

Ab. Estefanía Rogora
(Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina,
Buenos Aires, Argentina)

Comité Editorial

Gabriel Limodio
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Daniel Herrera
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Francesco D'Agostino †
(Universidad de Roma Tor Vergata, Roma, Italia)

Carlos I. Massini Correas
(Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina)

Raúl Madrid
(Pontificia Universidad Católica de Chile,
Santiago de Chile, Chile)
Joaquín García Huidobro
(Universidad de Los Andes, Santiago de Chile, Chile)

Rafael Santa María D'Angelo
(Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú)

Andrés Ollero
(Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España)

Consejo Académico

Eduardo Quintana
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Rodolfo Vigo
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Eduardo Ventura
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Félix Adolfo Lamas
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Florencio Hubeñak
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Jorge Guillermo Portela
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Pedro Coviello
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Eugenio Palazzo
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Laura Corso de Estrada
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Fernando Ubiría
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Débora Ranieri de Cechini
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Marcelo U. Salerno
(Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Luis Fernando Barzotto
(Universidad Federal de Porto Alegre,
Porto Alegre, Brasil)

Wambert Gomes Di Lorenzo
(Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul,
Porto Alegre, Brasil)

Claudio Sartea
(Libera Università Maria SS. Assunta, Roma, Italia)

José Chávez Fernández Postigo
(Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú)

Gabriella Gambino
(Universidad de Roma Tor Vergata, Roma, Italia)

Fernando Toller
(Universidad Austral, Pilar, Argentina)

Alfonso Santiago
(Universidad Austral, Pilar, Argentina)

Renato Rabbi Baldi Cabanillas
(Universidad de Buenos Aires,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Héctor Iribarne
(Universidad de Buenos Aires,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Juan Cianciardo
(Universidad Austral, Pilar, Buenos Aires)

Ligia de Jesús
(Ave María Law School, Florida, Estados Unidos)

Iván Garzón Vallejo
(Universidad de La Sabana, Chía, Colombia)

Ángela Vivanco
(Universidad de Santo Tomás de Aquino, Santiago de Chile, Chile)

Francesco Viola
(Universidad de Palermo, Palermo, Italia)

Mauro Ronco
(Universidad de Padova, Padua, Italia)

José Tobías
(Universidad de Buenos Aires,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Hernán Mathieu
(Universidad Católica de La Plata, La Plata, Buenos Aires)

Ilva Myriam Hoyos
(Academia Colombiana de Jurisprudencia, Colombia)

Carlos Barbé Delacroix
(Universidad Católica de Uruguay, Montevideo, Uruguay)

Carlos Martínez de Aguirre
(Universidad de Zaragoza, Zaragoza, España)

Milagros Otero Parga
(Universidad de Santiago de Compostela, La Coruña, España)

Catalina Arias de Ronchietto
(Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina)

PRUDENTIA IURIS

Prudentia Iuris es una publicación semestral de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, que tiene por objeto la elaboración de un pensamiento jurídico coherente con los principios fundamentales de la Justicia y el orden natural, iluminados por la Fe (*Prudentia Iuris*, Nro. 1, agosto 1980, p. 3).

Su cobertura temática comprende: Filosofía del Derecho (Derecho Natural, Teoría del Derecho, Principios e Instituciones Jurídicas); Derecho Público (Constitucional, Administrativo, Penal, Laboral y Previsión Social, Tributario, Político, Internacional); Derecho Privado (Civil y Comercial); Historia del Derecho; Derecho Canónico y Eclesiástico; Derecho Comparado.

Entre nuestros destinatarios se encuentran profesores, investigadores, legisladores, jueces, abogados y estudiantes de las Ciencias Jurídicas, como así también bibliotecas de Universidades, Centros de Investigación y otros organismos. La publicación mantiene intercambio con aproximadamente 350 publicaciones, tanto nacionales como extranjeras.

En las últimas páginas del ejemplar se incluyen las Normas de Publicación para los autores junto con el sistema de evaluación empleado para la selección de las colaboraciones por publicar. Los autores de los artículos publicados, además, cederán sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que incorpore la versión digital de los mismos al Repositorio Institucional de la Universidad Católica Argentina como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica.

Prudentia Iuris se encuentra incluida en la base de datos Scopus, Núcleo Básico, ERIH Plus, Fuente Académica Premier (EBSCO), Catálogo Latindex, Dialnet, CLASE, Google Académico, REBIUN, REDIB y DOAJ. Los contenidos también pueden ser encontrados en Open Journal System (OJS) en el portal de la Pontificia Universidad Católica Argentina (<http://revistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA>) y en la Biblioteca Digital de la Universidad.

Datos de contacto para suscripciones, canjes, envíos de trabajos y correspondencia:

Revista *Prudentia Iuris*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina, Avda. Alicia Moreau de Justo 1400, CP 1107, Buenos Aires, Argentina, prudentia_iuris@uca.edu.ar; <http://www.uca.edu.ar/index.php/site/index/es/uca/facultad-derecho/publicaciones/prudentia-iuris/>.

Prudentia Iuris is a biannual Journal of the School of Law of the Pontifical Catholic University of Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, which is aimed at developing a framework of legal thinking consistent with the basic principles of justice and natural order, illuminated by faith (*Prudentia Iuris*, no. 1, August 1980, p. 3).

The Journal covers the following fields: Philosophy of Law (Natural Law, Legal Theory, Legal Principles and Concepts); Public Law (Constitutional, Administrative, Labor and Employment, Social Security), Private Law (Civil and Business Law); History of Law; Canon Law; Comparative Law.

Its subscribers include professors, researchers, legislators, judges, lawyers and students of legal science as well as university libraries, research centers and other public agencies. The journal maintains exchanges with approximately 350 national and foreign publications.

In the last pages we include the Publication Standards for authors with the evaluation system used for the selection of the articles that are included for publishing (peer-review system). The authors of published articles also transfer their rights to the publisher, in a non-exclusive basis, to incorporate its digital version to the institutional repository of the Pontifical Catholic University of Argentina as well as other relevant databases.

Prudentia Iuris is included in the database Scopus, Núcleo Básico, ERIH Plus, Fuente Académica Premier (EBSCO), Catálogo Latindex, Dialnet, CLASE, Google Scholar, REBIUN, REDIB and DOAJ. All content can also be found in the Digital Library of the University and in the Open Journal System (OJS) of the University (<http://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA>).

For subscriptions, swaps, paper submissions and correspondence:

Revista *Prudentia Iuris*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina, Avda. Alicia Moreau de Justo 1400, CP 1107, Buenos Aires, Argentina, prudentia_iuris@uca.edu.ar, <http://www.uca.edu.ar/index.php/site/index/es/uca/facultad-derecho/publicaciones/prudentia-iuris/>.

ISSN: 0326-2774 (versión impresa)

ISSN: 2524-9525 (versión en línea)

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Buenos Aires, Argentina

SUMARIO

Presentación.....	15
Editorial.....	19

**PARTE I. Cátedra Internacional
Ley Natural y Persona Humana**

HERRERA, Daniel Alejandro En defensa de los principios de Derecho Natural (segunda parte). <i>In defense of the principles of Natural Law (part two)</i>	27
--	----

PARTE II. Artículos de investigación

OCANTOS BERNÁRDEZ, Juana El pacto y la justicia. Reflexiones a partir del mercader de Venecia. <i>The pact and justice. Reflections from the merchant of Venice</i>	47
SCHONFELD, Leonardo Augusto El método en la Filosofía del Derecho y la Dogmática Penal. <i>The method in the Philosophy of Law and Criminal Dogmatic</i>	77
SALAZAR SANTANDER, Arturo Los colegios romanos y los gremios medievales en la historia del Derecho. <i>Roman colleges and medieval guilds in the history of Law</i>	105
VARSÍ RASPIGLIOSI, Enrique y ALONSO GARCÍA LONG, Sergio Falso consenso: el fantasma de la buena fe en el artículo 7(1) de la CISG. <i>False consensus: the ghost of good faith in article 7(1) of the CISG</i>	139

SUMARIO

MAREGA, Alexis Matías Los principios del Derecho Concursal procesal a la luz de la filosofía restaurativa. <i>The principles of bankruptcy law in the light of restoration philosophy</i>	179
WESTERMEYER HERNÁNDEZ, Felipe Derogación y continuidad: dos problemas de teoría jurídica resueltos en la constitución chilena de 1818. <i>Derogation and continuity: two problems of legal theory resolved in the chilean constitution of 1818</i>	205
DE LEZICA, Miguel Juan Ramón ¿Hay delitos de omisión? Un malentendido pendiente. <i>Are there crimes of omission? A pending misunderstanding</i>	231
BOSSINI, Lucila Adriana El sentido del Derecho. La finalidad del mundo jurídico. <i>The sense of Law. The purpose of the legal world</i>	249

PARTE III. Notas y comentarios

Un Proyecto de ley que admite la eutanasia activa, por Eduardo A. Sambrizzi (<i>A bill that admits active euthanasia</i>).	271
--	-----

PARTE IV. Documentos y crónicas

<i>In memoriam. Alberto David Leiva (1947-2022)</i> . Juan Bautista Fos Medina.....	289
---	-----

RECENSIONES

Massini-Correas, Carlos Ignacio, <i>Jurisprudencia analítica y Derecho Natural. Análisis del pensamiento filosófico-jurídico de John Finnis</i> , Buenos Aires - Madrid, Marcial Pons, 2019, 220 pp. (por Luciano D. Laise)	293
---	-----

SUMARIO

Martínez Calvo, Javier, <i>El derecho al olvido digital como remedio frente a la hipermemoria de internet</i> , Thomson-Reuters Aranzadi, España, 2021, 235 pp. (por Mariana Rugoso)	301
Normas de publicación	303

PRESENTACIÓN

El presente año marca para nuestra Facultad el retorno a sus aulas con presencialidad plena de docentes y alumnos. Cumplidos dos años desde el comienzo de la pandemia en Argentina, nuestro campus vuelve a ser lugar de encuentro entre quienes conforman la universidad, ayudando así a realizar de mejor manera el fin de la universidad: la búsqueda y transmisión de la verdad, como señalara Monseñor O. Derisi.

Con alegría y la intención de contribuir a tal fin es que presentamos el nro. 93 de *Prudentia Iuris* que se publica en el sitio web de revistas electrónicas de la Universidad bajo el sistema OJS, en acceso abierto.

El número cuenta con la columna editorial del Decano de la Facultad de Derecho, el Dr. Garat, cuyo texto reflexiona sobre la paz social y cuáles son hoy en día las cuestiones que no permiten alcanzar la auténtica paz social: el subjetivismo moderno, la dialéctica revolucionaria, el nominalismo que las ha engendrado y el pensamiento gnóstico-esotérico que las sostiene. Todas ellas de una gran actualidad en el contexto mundial caracterizado por crecientes conflictos que incluso escalan a conflictos armados.

La sección dedicada a la “Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana” presenta el trabajo del Dr. Daniel Herrera sobre los principios del Derecho Natural, que continúa y completa el tema tratado por el autor en su artículo publicado en el número especial de *Prudentia Iuris* en su 40° aniversario.

En la sección de “Artículos de investigación”, Juana Ocantos reflexiona sobre el problema de la fuente de validez intrínseca del contrato y del pacto en sí mismo y para ello toma como punto de partida el clásico de la literatura, *El mercader de Venecia*. Continuamos con el trabajo de Leonardo Schonfeld, en el que el autor, sin contradecir la debida exigencia de legalidad penal, propone la superación del método silogístico-subsuntivo, tanto respecto de la ley positiva como de los conceptos de la teoría del delito y la consecuente, mediante métodos tales como la tópica y la retórica. Por

su parte, Arturo Salazar realiza un estudio sobre las raíces en la antigua Roma de los gremios medievales para luego desarrollar un estudio global sobre la evolución histórico-jurídica de dichas agrupaciones. Enrique Varsi Raspigliosi y Sergio García Long realizan un estudio sobre un tema fuente de diversas recepciones en las legislaciones del *Civil Law* y *Common Law*, como es la buena fe en los contratos y cómo fue plasmado con ocasión de la redacción del texto de la *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* – CISG. El abogado Alexis Marega contribuye al estudio del derecho concursal argentino describiendo en su trabajo los principios procesales concursales con punto de contacto en los principios procesales generales desde la óptica de la filosofía restaurativa. El presente número cuenta también con el trabajo de Felipe Westermeyer Hernández, que aborda cómo la constitución chilena de 1818 regula las figuras de la derogación y la continuidad jurídica recurriendo al Derecho indiano vigente en la época. El Dr. Miguel de Lezica escribe sobre los delitos de omisión, tema que en palabras del propio autor podría decirse falto de originalidad y aquí es expuesto concretamente en torno a dos cuestiones que siguen vigentes: en primer lugar, para los objetores, la inconstitucionalidad por ausencia de tipicidad estricta, y, en segundo lugar, la cuestión de si el delito es acción sin más. Cierra la sección el artículo de Lucila Bossini, quien investiga la inteligibilidad del Derecho y demás fenómenos jurídicos a partir de la consideración del fin como principio. Confronta, entonces, el pensamiento clásico con el pensamiento moderno que impugna el fin como principio.

En la sección de “Notas y comentarios” se incluye el trabajo de Eduardo Sambrizzi, quien expone los cuestionamientos a uno de los proyectos de ley presentados en la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación que busca admitir la eutanasia a pedido por la persona que sufre una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico o imposibilitante. Como se explica, la eutanasia no aporta una verdadera solución al problema del sufrimiento humano y concretamente el proyecto de ley, entre sus varias falencias, conlleva una mirada sesgada de lo que se denomina como muerte digna y omite considerar la dignidad inherente a todo ser humano y los derechos que de ella derivan, como ser el respeto a la vida de la persona hasta su muerte natural.

En la sección “Documentos y crónicas” Juan Bautista Fos Medina, profesor e investigador de la Facultad de Derecho, recuerda al Profesor Emérito Alberto David Leiva, quien falleció en marzo de este año. Destacado profesor de nuestra Facultad, reconocido por sus grandes aportes al estudio del Derecho indiano y la historia del Derecho argentino en su conjunto, desde *Prudentia Iuris* lo recordamos con profundo aprecio.

El número finaliza con la sección “Recensiones”. Allí Luciano Laise reseña el libro del Dr. Carlos Ignacio Massini-Correas, *Jurisprudencia analítica y*

PRESENTACIÓN

Derecho Natural. Análisis del pensamiento filosófico-jurídico de John Finnis. Por su parte, Mariana Rugoso reseña el libro de Javier Martínez Calvo, *El derecho al olvido digital como remedio frente a la hipermnesia de internet.*

Como Director de la Revista, quiero aprovechar esta presentación para agradecer profundamente la tarea que ha cumplido, desde 2010, la profesora y doctora Débora Ranieri de Cechini como Secretaria de Redacción. Ella ha sido fundamental sostén de *Prudentia Iuris*, con su incansable labor de leer y pulir los trabajos recibidos, su constante búsqueda de la excelencia académica, su estímulo a investigadores para que envíen trabajos y su paciente tarea de corregir y cotejar las versiones finales de cada volumen con las personas responsables de la edición e impresión de la editorial de la Universidad. Gracias a Dios, la profesora Ranieri continuará colaborando con nosotros desde el Consejo Académico. Igualmente, nos alegramos de informar que las profesoras Milagros Otero Parga, catedrática de la Universidad de Santiago de Compostela, y Catalina Arias de Ronchietto, jurista de la Universidad de Mendoza, también prestigiarán ese Consejo. Finalmente, con alegría anunciamos la decisión del Decano de designar a Estefanía Rogora como Secretaria de Redacción, quien hasta ahora era asistente editorial y tenía a su cargo las tareas de seguimiento de muchos de los procedimientos vinculados con la gestión de la revista en el portal OJS. De esta manera, se verifica una continuidad en el equipo editorial.

Queremos concluir esta presentación agradeciendo a todas las personas que hacen posible que nuestra Revista se publique semestralmente: al personal de Biblioteca y de EDUCA y a los empleados administrativos de la Facultad. Finalmente, al Decano de la Facultad y a las autoridades de la Universidad, por el apoyo y la confianza.

Mientras este número de nuestra Revista estaba en etapa de edición recibimos la triste noticia del fallecimiento el 3 de mayo de 2002 de Francesco D'Agostino, miembro del Comité Editorial. En esta presentación quisiéramos expresar nuestro dolor por su partida a la casa del Padre y, al mismo tiempo, nuestra profunda gratitud y admiración por este gran jurista italiano, quien fuera uno de los más lúcidos pensadores católicos en el campo del bioderecho. Al tiempo que pedimos una oración por su memoria, damos gracias a Dios por sus enseñanzas y testimonio de vida, por su tarea como investigador y docente, por su contribución a la formación de tantos discípulos y por sus aportes a los más importantes debates públicos sobre fe y cultura.

DR. JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE
Director

EDITORIAL

La paz de Cristo y el orden social

“La paz os dejo, la paz mía os doy; yo os la doy, no como el mundo la da. No se turbe vuestro corazón ni tema”.
(Juan 14:27)

Si nos aproximamos a cualquiera de las cuestiones hoy en debate, pero particularmente a la que podríamos denominar como la manifiesta insuficiencia del hombre del siglo XXI para, primero, comprender y, luego, intentar alcanzar la auténtica paz social, encontraremos la negación explícita o implícita –pero especialmente práctica– en cuanto a que:

- a) la verdadera paz es la tranquilidad en el orden,
- b) el orden –en tanto que recta disposición de todas las cosas– es fruto de la justicia,
- c) la justicia –en la acepción que aquí interesa– consiste en dar a cada uno lo suyo y
- d) la piedad, parte potencial de la justicia, rige la relación del hombre con Dios Creador (San Ignacio, Principio y Fundamento, EE), respecto de quien no se da la perfecta alteridad propia de la justicia. Lo que lleva a recordar que existen los derechos de Dios sobre el orden creado.

Negación no solamente por todas las ideologías, sino hasta por algunas corrientes de la filosofía política realista que –originadas en la doctrina de Santo Tomás de Aquino– dudan en cuanto a que si el hombre ha sido creado social y político por naturaleza, solamente puede alcanzar su fin *a través* del orden social y político.

En definitiva, adviene una nueva época de la vida del hombre sobre la Tierra que –no tememos afirmar– se apoya de manera especial en el *naturalismo* como la superación de todas las herejías. Naturalismo que quizá, ago-

tadas sus diversas versiones pretéritas, se expresa hoy sin ambages como la antinaturalidad.

Es que, como alguna vez se ha enseñado, quitado lo sobrenatural solo queda lo antinatural. O como advirtiese Fray Domingo de Soto en la Dedicatoria de su Tratado sobre la Justicia y el Derecho, “[...] en vano se procura la felicidad temporal, si no se ordena a la eterna”.

Este desvío moderno que la llamada posmodernidad no ha hecho más que matizar puede ser identificado en sus fuentes de diverso modo. Aquí propondremos cuatro de ellas que pretenden sostener lo que Cristo mismo ha denominado la paz “como el mundo la da” y solamente expresa la deriva en que se encuentra la humanidad.

Estas cuatro fuentes que, creemos, conducen a la insuficiencia e impotencia del hombre moderno para alcanzar la concordia política y la paz social, las identificamos en el subjetivismo moderno, la dialéctica revolucionaria, el nominalismo que las ha engendrado y el pensamiento gnóstico-esotérico que las sostiene.

1. El *subjetivismo moderno*, es decir, el nefasto paso del objeto al sujeto frente a la inteligencia que, entitativamente, se encuentra ordenada naturalmente al ser como esencia. La intelección del ser que es una identificación espiritual entre el sujeto pensante y el objeto o bien conocido— según las definiciones que se adopten— enriquece a aquel y lo obliga a una toma de posición desde su auténtica subjetividad espiritual fundada en el libre albedrío. El subjetivismo moderno es todo lo contrario; se reduce al denominado principio de inmanencia por el cual el entendimiento humano se vuelve la única medida de todo lo real.

Eludir esta identificación intelectual con lo real es una necesidad que puede llevar —y de hecho ocurre— a consecuencias perniciosas para el obrar humano y la paz social.

Porque el hombre moderno exhibe un vicio evidente: no presta atención al objeto del conocimiento y pasa con celeridad a discernir acerca del sujeto que fue o es agente del mismo.

Esta desviación de la atención del objeto al sujeto se produce de dos maneras opuestas: o bien a favor del sujeto para protegerlo o defenderlo de modo absoluto, o bien en contra del mismo para denigrarlo o condenarlo. Pero en cualquier caso el resultado es eludir la enseñanza de lo real e impedir alcanzar una consideración del problema a partir del objeto y su correspondencia con la naturaleza humana. Esto, como veremos, requiere concebir la dialéctica como una confrontación y una praxis de contradicción permanente, antes que como un diálogo.

También aquí debemos subrayar que el subjetivismo moderno constituye un ataque radical a la sociabilidad del hombre. Siempre será una

ilusión pretender que su sociabilidad y politicidad natural se ordenen en la perspectiva del fin temporal, el bien común político, sin que el orden objetivo de lo real sea reconocido como tal.

Se habla de que para alcanzar la paz social debemos comprendernos y entendernos los sujetos. Es el consenso moderno. Pues bien: no hay paz social verdadera. Y es que ella exige, por sentido común, primero entendernos acerca del objeto cabalmente intelegido. Y esto supone una recuperación, precisamente, del *sentido común* que probablemente sea lo único que la inteligencia artificial en desarrollo no pueda imitar.

2. En cuanto a la *dialéctica revolucionaria*, en relación con la posibilidad de alcanzar una auténtica paz social por la realización de un orden justo de libertades concretas como expresión del bien común, no hay mucho que explicitar. Sin embargo, es pertinente quizá subrayar que esta dialéctica –opuesta al diálogo de la dialéctica clásica– caracteriza y explica el desorden y la discordia social.

Se funda particularmente en el subjetivismo señalado. No se trata solamente del individualismo del pensamiento moderno. Es, además, un modo de resolver la relación social basado en la contradicción como praxis para resolver los términos de dicha relación. Es lo opuesto a la concordia política.

De allí que, si no se admite al hombre como ser creado, varón y mujer, social y político por naturaleza, destinado a la trascendencia y de la comunidad política como un todo de orden cuyo fin es el bien común ya definido, solo queda la disociedad en la cual la humanidad está embarcada desde hace siglos.

La ruptura de la inteligencia con el ser, propia del subjetivismo moderno, encuentra en la dialéctica revolucionaria el método para readecuar constantemente el discurso a una nueva postulación que puede sostener todo menos la aceptación de la realidad del ser y sus consecuencias en el orden humano. Antes fue el capital contra el trabajo, hoy el varón contra la mujer. Siempre buscando *revolvere* al hombre contra Dios y, por tanto, contra sí mismo en tanto que ser creado.

3. El *nominalismo*: si se nos pidiese que explicitemos un punto de apoyo de todo lo anterior como característica de la modernidad, este se nos aparece con mucha anterioridad en el nominalismo. Aquí cabe recordar las enseñanzas entre nosotros del profesor Juan Alfredo Casaubon, en su extraordinaria obra, *Palabras, ideas, cosas*.

En su prólogo, nuestro primer Rector Monseñor Octavio Nicolás Derisi afirma: “Frente a la realidad circundante, ¿qué significación tienen los conceptos abstractos y universales? ¿Cómo pueden éstos conceptos aprehender y expresar una realidad existente enteramente cambiante e individual?”

Este problema ha sido siempre la cruz de los filósofos, desde Platón a Santo Tomás, desde Descartes hasta Kant y desde el empirismo de Hume hasta el positivismo lógico de Stuart Mill. Durante dos siglos la Filosofía medieval se desarrolló en torno a esta cuestión. Como dice Ortega, Occidente afiló su inteligencia en este tema. El nominalismo, el realismo exagerado y el realismo moderado son los hitos de este largo camino recorrido en busca de la solución verdadera, esbozada ya por Abelardo y formulada definitivamente por Santo Tomás. (Así) el realismo moderado, de acuerdo con la realidad de los conceptos, sostiene que las ideas universales solo existen en la mente, es decir, que no son reales en el modo como expresan la realidad, pero sí lo son en lo que ellas expresan de la misma. La unidad y pluralidad de esos conceptos, tan difícil de comprender, se da en dos planos diferentes: la unidad en el de los conceptos y la multiplicidad en el de la realidad concreta en que se aplica”.

En la negación de esto último por el nominalismo parece encontrarse la raíz del subjetivismo moderno y la dialéctica revolucionaria como su modo de expresión.

4. Finalmente, otra vez el *gnosticismo*. Viejo intento del hombre rebelado contra Dios para explicar el orden creado con la pretendida autonomía de la ciencia de la época o el esoterismo de los iniciados, para concluir siempre intentando eludir primero y sustituir después al Dios Creador.

Hoy el pensamiento gnóstico-esotérico se revela con enorme despliegue apoyado otra vez por el supuesto progreso científico indefinido. Es el cientificismo que campea en las universidades y centros de estudio. Cientificismo que niega la metafísica tradicional, la ontología realista y la naturaleza de las cosas. Cientificismo que niega la lógica aristotélica tomista e incluso ha superado la pretensión de extender la lógica cartesiana a toda disciplina de estudio, para someterse con tendencia desbordante a la lógica “binaria” y luego “difusa”, que subyace en el nuevo escenario de la Babel tecnológica. Cientificismo, en fin, que ha restringido la certeza de todo conocimiento a aquello que pueda ser medido y cuantificado. De ahí que la pregunta de la ciencia de nuestros días ya no versa sobre ¿qué es algo?, sino más bien sobre ¿cómo es?, o ¿cómo funciona? La intelección de lo real se reduce a una descripción de fenómenos cuya única explicación parece ser un movimiento o acaso ciego.

Aparece así el transhumanismo. Y aquí de nuevo: todo se reduce a aceptar o negar, primero, que hay naturaleza, a admitir por la evidencia filosófica que es creada, cuáles son sus notas esenciales y su recepción en las instituciones y el orden jurídico de la comunidad política. Será, pues, la paz de Cristo o la pretensa del “homo deus”, “como la da el mundo”.

Es que estamos ya en la postulación del “homo deus” como culmen de la pretensión de la creatura que no solo desconoce al Creador sino que pretende sustituirlo. Este transhumanismo resulta ante todo algo viejo: el “non serviam”. No se trata de un antropocentrismo exagerado sino, otra vez, la seducción del “seréis como dioses”.

En uno de los momentos más oscuros de la humanidad, en plena batalla de Stalingrado, el Papa Pío XII, de manera sin duda profética, recordaba en su Radiomensaje de Navidad del 24 de diciembre de 1942:

“5. Toda convivencia social digna de este nombre, así como tiene su origen en la voluntad de paz, así tiende también a la paz; a aquella tranquila convivencia en el orden en la que Santo Tomás, repitiendo la conocida frase de San Agustín (Summa Theologica 2-2 q. 29 a. I ad I; San Agustín, De civitate Dei XIX 13, 1), ve la esencia de la paz. Dos elementos primordiales rigen, pues, la vida social: la convivencia en el orden, la convivencia en la tranquilidad.

I. Convivencia en el orden

6. El orden, base de la vida social de los hombres, es decir, de seres intelectuales y morales, que tienden a realizar un fin conforme a su naturaleza, no es una mera yuxtaposición extrínseca de partes numéricamente distintas; es más bien, y debe ser, la tendencia y la realización cada vez más perfecta de una unidad interior, que no excluye las diferencias, fundadas en la realidad y sancionadas por la voluntad del Creador o por normas sobrenaturales.

7. Una clara inteligencia de los fundamentos genuinos de toda vida social tiene una importancia capital hoy más que nunca, cuando la humanidad, intoxicada por la virulencia de errores y extravíos sociales, atormentada por la fiebre de la discordia de ambiciones, doctrinas e ideales, se debate angustiosamente en el desorden por ella misma creado y se resiente de los efectos de la fuerza destructora de ideas sociales erróneas, que olvidan las normas de Dios o son contrarias a éstas. Y como el desorden no puede ser vencido sino por un orden que no sea meramente forzado y ficticio (lo mismo que la obscuridad, con sus pavorosos y deprimentes efectos, no puede ser disipada sino por la luz, y no por fuegos fatuos), la salvación, la renovación y una progresiva mejora no pueden esperarse y originarse si no es a través del retorno de numerosos e influyentes grupos humanos a la recta ordenación social; retorno que requiere una extraordinaria gracia de Dios y una voluntad inquebrantable, pronta y presta al sacrificio, de las almas buenas y previsoras. Desde estos grupos más influyentes y más dispuestos para com-

EDITORIAL

prender y considerar la atractiva belleza de las justas normas sociales, pasará y entrará después en las multitudes la convicción del origen verdadero, divino y espiritual, de la vida social, allanando de esta suerte el camino al resurgimiento, al incremento y a la consolidación de aquellos principios morales sin los cuales aún las realidades más altas serán como una nueva Babel, cuyos habitantes, aunque convivan juntos, hablan lenguas diversas y contradictorias”.

Estas precisas enseñanzas, expresadas de un modo u otro por todos los sucesores de Pedro hasta el Papa Francisco, han sido ignoradas una y otra vez y las consecuencias están a la vista: el mundo no tiene paz.

Enseñanzas que requieren a quienes hemos sido llamados a una vocación por la justicia y el derecho de una reflexión profunda –y con finalidad práctica– acerca de la naturaleza humana en relación con el fin último que la determina: Dios Creador. Para procurar contribuir así desde el orden jurídico a alcanzar la auténtica paz social, tal como la da Cristo.

PABLO MARÍA GARAT
Decano

PARTE I

**CÁTEDRA INTERNACIONAL
LEY NATURAL
Y PERSONA HUMANA**

EN DEFENSA DE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO NATURAL (SEGUNDA PARTE)

Daniel Alejandro Herrera

Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina

Contacto: daniel_herrera@uca.edu.ar

Recibido: 9 de septiembre de 2021

Aprobado: 1 de octubre de 2022

Para citar este artículo:

Herrera, D. A. (2022). “En defensa de los principios de Derecho Natural (segunda parte)”. *Prudentia Iuris*, N. 93, pp. 27-43

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.93.2022>. pp.27-43

Resumen: Según Aristóteles, *principio* es aquello de lo cual algo procede, tanto en el orden del ser, del conocer y del hacer o el obrar¹. En este sentido, en el orden del conocer, *principio* se refiere al *punto de partida sobre el que se estructura toda una serie de nociones que constituyen una ciencia o conocimiento*. Así como los primeros principios de la razón especulativa (principio de no contradicción, etc.) son *comunes* y constituyen la base de todo el conocimiento posterior, los primeros principios de la razón práctica (ley natural) serían también *comunes* y son la base de todo el conocimiento práctico. También mediante la dialéctica se realizará una defensa de la teoría clásica de la ley natural frente a las objeciones provenientes de parte del pensamiento moderno. Finalmente, se distinguirán las nociones de Derecho Natural y ley natural en el marco de la concepción analógica de ambas.

Palabras clave: Principios, Ley natural, Objeciones, Refutaciones, Derecho Natural.

1 Cf. Aristóteles. *Metafísica*, LV, Cap. I.

In Defense of the Principles of Natural Law (Part Two)

Abstract: According to Aristotle, principle is that from which something comes, both in the order of being, of knowing and of doing or acting. In this sense, in the order of knowing, principle refers to the starting point on which a whole series of notions that constitute a science or knowledge is structured. Just as the first principles of speculative reason (principle of non-contradiction, etc.) are common and constitute the basis of all subsequent knowledge, the first principles of practical reason (natural law) would also be common and are the basis of all practical knowledge. Also through dialectics, a defense of the classical theory of natural law will be made against objections from modern thought. Finally, the notions of natural law and natural law will be distinguished within the framework of the analogical conception of both.

Keywords: *Principles, Natural Law, Objections, Refutations.*

In difesa dei principi: del diritto naturale (seconda parte)

Sommario: Secondo Aristotele, principio è ciò da cui qualcosa deriva, sia nell'ordine dell'essere, del sapere che del fare o dell'agire. In questo senso, nell'ordine del conoscere, principio si riferisce al punto di partenza su cui si struttura tutta una serie di nozioni che costituiscono una scienza o un sapere. Così come i primi principi della ragione speculativa (principio di non contraddizione, ecc.) sono comuni e costituiscono la base di ogni conoscenza successiva, anche i primi principi della ragione pratica (diritto naturale) sarebbero comuni e sono la base di ogni pratica conoscenza. Anche attraverso la dialettica si difenderà la teoria classica del diritto naturale contro le obiezioni del pensiero moderno. Infine, le nozioni di diritto naturale e di diritto naturale verranno distinte nell'ambito della concezione analogica di entrambe.

Parole chiave: Principi, Diritto naturale, Obiezioni, Confutazioni.

Como señalamos en nuestro artículo anterior: “En defensa de los principios de Derecho Natural” (*Prudentia Iuris*, 40 aniversario, 2020, 47), según Aristóteles, *principio* es aquello de lo cual algo procede, tanto en el orden del ser, del conocer y del hacer o el obrar². En este sentido, en el orden del conocer, *principio* se refiere al *punto de partida sobre el que se estructura toda una serie de nociones que constituyen una ciencia o conocimiento*. Conforme a este criterio, en aquel trabajo distinguimos entre los principios a los que se refieren algunas corrientes contemporáneas, especialmente constructivistas y neoconstitucionalistas, que no serían el punto de partida y sostén de una ciencia o conocimiento, sino más bien postulados, y los principios de Derecho Natural, que sí lo son, en el orden del conocimiento práctico. Así como los primeros principios de la razón especulativa (principio de no contradicción, etc.) son *comunes* y constituyen la base de todo el conocimiento posterior, los primeros principios de la razón práctica (ley natural) serían también *comunes* y son la base de todo el conocimiento práctico. A su vez, a estos pueden añadirse aquellos principios *proprios* de las distintas disciplinas (p. ej., del Derecho). Principios de Derecho Natural captados en forma inmediata (por inducción abstractiva) de la realidad, en razón de su evidencia (el predicado se encuentra contenido en el sujeto) por la *razón práctica moral* (*primera ratio*), fundados en la naturaleza humana, en la propia esencia humana como principio de sus operaciones, conocidos por la *Razón especulativa metafísica* (**última ratio**).

1. Intellecto especulativo e intelecto práctico

Atento lo dicho, corresponde considerar la cuestión en el marco de la división del conocimiento en *teórico y práctico*, conforme a la previa distinción del intelecto o razón en *teórica o especulativa y práctica* y, por tanto, la consecuente ubicación de las ciencias como *teóricas* y prácticas. Esta distinción no constituye una separación al modo como la concibió Kant y sus continuadores, sino que conforma una unidad, pues la inteligencia es una única facultad que se ordena a conocer la verdad (teórica) y que por extensión se transforma en práctica al dirigir la acción (verdad práctica)³.

Como vimos en el artículo anterior, tanto el conocimiento teórico como el práctico se apoyan en primeros principios *evidentes* (*per se nota*), *indemostrables e inderivados* que constituyen su sostén noético. No obstante, en las cosas que caen bajo la aprehensión de los hombres hallase cierto

2 Cf. ídem.

3 Cf. Santo Tomás de Aquino. *S. Th.* I, 79 *sed contra*.

orden. Así como el ser es lo primero que se aprehende absolutamente y el primer principio es el de no contradicción, por el cual no se puede afirmar y negar lo mismo, al mismo tiempo, y sobre este, se fundan todos los demás; así, el bien es lo primero que cae bajo la aprehensión de la razón práctica, porque todo agente obra por un fin, que tiene razón de bien. Y por esto el primer principio en la razón práctica es el de no contradicción práctica, que se funda sobre la razón del bien, que es “el bien es lo que todos apetecen”. Luego, el primer principio de la ley natural es que “el bien debe hacerse y procurarse y evitarse el mal”. Y sobre éste se fundan todo los demás preceptos de la ley natural, pues todas aquellas cosas a hacer o a evitar que la razón práctica aprehende que son bienes humanos pertenecen a la ley natural⁴.

En consecuencia, cada uno de estos principios es captado por el intelecto (*nous*), ya sea teórico o práctico, a partir de un contacto inmediato con la realidad, a través de una inducción abstractiva⁵, sin necesidad de ningún discurso o razonamiento a partir de algún principio o premisa anterior. A su vez, a cada núcleo de principios (teóricos y prácticos) corresponde un hábito intelectual: el *habitus principiorum*, para los principios teóricos o especulativos y la *sindéresis*, para los principios prácticos.

2. Los principios de la ley natural

En este sentido, los principios prácticos captados por el hábito de la *sindéresis* como una patencia del bien constituyen el contenido de la ley natural. Dicho de otra manera, son la ley natural. Entre los principios podemos distinguir: i) los primeros principios (*communissima*), cuyos términos son captados por todos inmediatamente; por ejemplo, el bien debe hacerse y el mal evitarse como principio de no contradicción práctico y punto de partida de todo el conocimiento de la praxis humana, y fundado en este, que según el orden de las inclinaciones será el orden de los principios o preceptos, pues todas aquellas cosas a hacer o a evitar que la razón práctica aprehende que son bienes humanos pertenecen a la ley natural⁶; ii) los secundarios derivados de los primeros, si bien no son inmediatamente conocidos, se obtienen con cierta facilidad, como, por ejemplo, los preceptos del Decálogo⁷,

4 Cf. Santo Tomás de Aquino. *S. Th.* I-II, 94, 2.

5 Cf. Aristóteles. *Segundos analíticos*, L II, cap. 19 y Santo Tomás de Aquino. *Comentario a los Segundos Analíticos de Aristóteles*, L II, cap. 19.

6 Cf. Santo Tomás de Aquino. *S. Th.* I-II, 94, 2.

7 Cf. Santo Tomás de Aquino. *S. Th.* I-II, 100, 11.

o la propiedad privada de los bienes⁸; iii) aquellos sólo accesibles para los más sabios, como es el caso de la prohibición de la usura⁹. Como dice García Huidobro: “El criterio para distinguir unos de otros es el grado de dificultad que envuelve su conocimiento”¹⁰. Sin embargo, si bien distinguimos distintos tipos de principios, “diremos que todos esos preceptos de la ley de la naturaleza, en cuanto se refieren a un solo primer precepto, tienen razón de una sola ley natural”¹¹.

Conforme a lo dicho pertenecen a la ley natural, en primer lugar (*en común con todos los seres*), aquellas cosas por las que se conserva la vida humana y se impide lo contrario (la defensa del bien primario de la vida humana y la condena de todo ataque a la vida inocente, ya sea desde la concepción, como en el caso del aborto, ya sea durante todo su desarrollo como en el homicidio, ya sea en el final de la vida con la eutanasia); en segundo lugar (*en común con los animales*), la unión de ambos sexos y la educación de los hijos (cuyo derecho-deber corresponde originariamente a los padres y no al Estado que debe actuar subsidiariamente); en tercer lugar (*específicamente humano*), que el hombre evite la ignorancia, el no dañar a los otros con quien se debe vivir y demás cosas que se refieren a esto. Es por eso un bien esencial o natural al hombre el acceso a la verdad, a conocerla y a exigirla, como también a vivir en sociedad que, como tal, no es objeto de libre elección, sino una exigencia de su propia naturaleza social o política.

Sin perjuicio de ello, como afirma Graneris, dejan de ser naturales y resultan antinaturales las patologías, los vicios, las perversiones, etc., en tanto y en cuanto alejan al hombre de su fin perfectivo, que se encuentra inscripto en su propia naturaleza, identificándose la naturaleza misma con el fin (*entelequia*)¹². En efecto, el hombre, libremente en sus opciones concretas a los bienes particulares, puede apartarse del orden de la razón y dejarse llevar por un apetito desordenado (lo malo no es el apetito o la pasión que en sí mismos son buenos, sino el desorden al subvertirse al orden racional al bien)¹³.

8 Cf. Santo Tomás de Aquino. *S. Th.* II-II, 57, 3.

9 Cf. Santo Tomás de Aquino. *S. Th.* I-II, 100, 11.

10 García Huidobro, J. (1993). *Razón práctica y Derecho Natural*. Valparaíso. Edeval, 48.

11 Cf. Santo Tomás de Aquino. *S. Th.* I-II, 94, 2, 1.

12 Cf. Graneris, G. (1977). *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires. Eudeba, 86.

13 Cf. Santo Tomás de Aquino. *S. Th.* I-II, 91, 6.

3. Objeciones a la ley natural

Frente a esta concepción de la ley natural se han esbozado tres objeciones principales que se opusieron por una parte del pensamiento moderno: i) la *ley o principio de Hume*; ii) la *falacia naturalista* de Moore; iii) la *falta de consenso* sobre su existencia y contenido.

- i) La *ley o principio de Hume*: por la cual no se pueden derivar proposiciones prescriptivas como las que constituyen el contenido de la ley natural, a partir de proposiciones descriptivas como son los juicios sobre cosas o estados de cosas por los que conocemos las realidades naturales¹⁴. Así, para Hume (como también para Poincaré), lo natural es un mero hecho (*factum*), conocido empíricamente y que solamente puedo describir mediante juicios de realidad formulados en indicativo, sin posibilidad de inferir ninguna prescripción para dirigir el obrar moral, por constituir una falacia lógica (la conclusión no puede ser de naturaleza distinta a las premisas de las que parte) en la que según él cae el pensamiento iusnaturalista. En realidad, los destinatarios de esta objeción humeana no son los que cultivan una ética realista clásica (ni Aristóteles, ni Tomás de Aquino), sino más bien los partidarios de un iusnaturalismo racionalista, como por ejemplo Joseph Butler, Ralph Cudworth y particularmente Samuel Clarke, iusnaturalista racionalista seguidor de Grocio¹⁵. En otras palabras, como señala Kelsen, para esta concepción existe un verdadero abismo entre el orden del ser (reducido a lo fenoménico) y del deber ser, entre determinismo natural y libertad cultural, o entre las ciencias de la naturaleza y las ciencias del espíritu, culturales o sociales¹⁶. Esta sería la principal objeción desde el empirismo (Hume, etc.), desde el positivismo (Kelsen, Bobbio, etc.) o desde la escuela analítica (O'Connor, Kenny, etc.).

A esta objeción a la ley natural se le pueden hacer, a su vez, dos objeciones: 1) en el *plano lógico*; 2) en el *plano ontológico*.

- 1) En el *plano lógico*, la teoría clásica de la ley natural, como la de Santo Tomás de Aquino, no caería en la mencionada falacia pues los primeros principios no se obtendrían por inferencia de proposiciones de hechos, como conclusiones de un razonamiento (en ese caso no serían principios primeros), sino que el orden de los

14 Hume, D. *Tratado de la naturaleza humana*, 1, III, cap. I, sec. 1, "in fine".

15 Cf. Finnis, J. (2000). *Ley Natural y Derechos Naturales*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 70 y sigs.

16 Cf. Kelsen, H. (1974). *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires. Eudeba, 16 y sigs.

principios y preceptos es paralelo al orden de las inclinaciones naturales captadas inmediatamente por la razón como buenas, en orden al fin perfectivo del hombre, como vimos. Además, el primer principio práctico (el bien debe hacerse y el mal evitarse) estaría implícito en todo razonamiento práctico (entimema), lo que justificaría que en dichos razonamientos las conclusiones sean prescriptivas o de deber ser¹⁷. Esta es la posición de autores como Georges Kalinowski¹⁸, o John Finnis¹⁹, que aceptando la falacia denunciada por Hume y Poincaré sostienen que el maestro de Aquino no incurre en la misma.

- 2) En el *plano ontológico*, si superamos el reduccionismo fáctico del empirismo humeano que acota el conocimiento de la realidad a lo fenoménico, a lo que se me aparece a la percepción de los sentidos, sin trascender por la inteligencia (mediante inducción y abstracción) a las esencias o los universales (la inteligencia sólo asocia las ideas obtenidas a través de la percepción sensible); si superamos el reduccionismo al solo conocimiento de las causas materiales y eficientes, sin consideración de las causas formales y finales que aportan el logos y el sentido a las cosas. Si, en cambio, reafirmamos la plena dimensión del ser que incluye el bien, en la medida en que el ser, en tanto *perfectum*, es convertible con el bien, que tiene razón de fin y por tanto razón de principio respecto al obrar que se dirige a ese fin, podemos encontrar en el ser el fundamento del deber ser. Ampliando lo dicho, el bien moral, que refiere a la bondad del acto humano, es un medio que se funda en el bien ontológico del ser (en este caso humano), que tiene razón de fin último del obrar del hombre, y por el cual es apetecido. Por tanto, la noción de bien en tanto propiedad trascendental del ente es coextensiva con la del ente²⁰ y por eso son convertibles: *ens et bonum convertuntur*. En suma, todo conocimiento (ya sea teórico o práctico) se funda sobre la noción de ente, *porque lo que primeramente cae bajo la aprehensión es el ente* y, así, mientras la inteligencia o razón teórica contempla el ente bajo la razón de *verum* (verdad), el intelecto o razón práctica lo considera bajo la razón de

17 Cf. Massini Correas, C. I. (1995). *La falacia de la falacia naturalista*. Mendoza. Edium, 67 y sigs.

18 Cf. Kalinowski, G. (1979). *El problema de la verdad en la moral y en el Derecho*. Buenos Aires. Eudeba, 134.

19 Cf. Finnis, J. (2000). *Ley Natural y Derechos Naturales*. Ob. cit., 66 y sigs.

20 Cf. Derisi, O. (1980). *Los fundamentos metafísicos del orden moral*. Buenos Aires. Educa, 23.

bonum (bien). En este sentido debe entenderse la conocida tesis de Pieper: “Todo deber ser se funda en el ser. La realidad es el fundamento de lo ético. El bien es lo conforme con la realidad”²¹.

Como dijimos en el artículo anterior, hay que distinguir entre la patencia de los primeros principios obtenidos por inducción abstractiva de la realidad como punto de partida del proceso que realiza la razón práctica (*primera ratio*), y su justificación racional en la naturaleza humana como principio de operaciones en orden al fin (*telos*) en el plano metafísico que realiza la razón teórica o especulativa (*última ratio*)²².

ii) *La falacia naturalista*: objeción de Moore por la cual se niega la posibilidad epistemológica de definir el bien, por considerarlo un objeto simple que no puedo dividir analíticamente en partes o propiedades para poder conocerlo, como sucede con los objetos complejos. Al respecto, dice Moore que un objeto complejo sería aquel que puede analizarse descomponiéndolo en sus partes (p. ej., el caballo); en cambio, un objeto simple sería el que no puede analizarse en sus partes (p. ej., el color amarillo). Así, mientras que “lo bueno” se refiere a un objeto en el que puedo analizar las distintas propiedades o cualidades que lo hacen bueno, “bien” o simplemente “bueno”, sin referencia a algo que sea sujeto, no puede analizarse, ni definirse. “Creo (escribe Moore) que lo bueno (como sujeto) es definible, pero todavía afirmo que ‘bueno’ (como adjetivo) es en sí mismo indefinible”²³. Con fundamento en esta distinción realiza su argumento: “Que la reducción de todas las proposiciones al tipo de aquellas que afirman que algo existe o que algo que existe tiene cierto atributo [...], es errónea, puede verse fácilmente con referencia al caso particular de las proposiciones éticas [...]. Afirmar una de estas cosas no es lo mismo, obvia y claramente, que afirmar la otra. Entendemos lo que queremos significar preguntando: ¿es esto que existe o existe necesariamente, después de todo, bueno?; y percibimos que estamos haciendo una pregunta que no ha sido respondida”²⁴. En la misma línea de Moore, otros autores sostienen que bueno es algo sobreviniente a las propiedades naturales, ya sea algo prescriptivo (Hare), o emotivo (Ayer y Stevenson)²⁵.

21 Pieper, J. (1974). *El descubrimiento de la realidad*. Madrid. Rialp, 15.

22 Cf. Herrera, D. A. (2020). “En defensa de los principios de Derecho Natural”. *Prudentia Iuris*, 40 aniversario, 47.

23 Moore, G. E. (1968). *Principia Ethica*. Cambridge University Press, 9 y 37.

24 *Ibidem*, 125 y 126.

25 Cf. Massini Correas, C. I. (1995). *La falacia de la falacia naturalista*. Ob. cit., 27 y sigs.

Tampoco caería en esta objeción la teoría de la ley natural de Santo Tomás porque no se pretende definir el *bien* como un concepto categorial analíticamente definible por el género común y la diferencia específica, pues, al tratarse de un trascendental, como sucede con el *ser* con el cual es convertible (*ens et bonum convertuntur*), justamente trasciende todas las categorías y por tanto no es estrictamente objeto de un concepto o una definición, sino más bien de un juicio que afirma su existencia (p. ej., el bien es el mismo ente en tanto perfecto o el bien es lo que todos apetecen) y, por ende, su debitud y exigibilidad (p. ej., el bien debe hacerse), lo que podría considerarse una cuasidefinición. La raíz del problema es que Moore sólo maneja la significación unívoca de los objetos y, por tanto, no reconoce la analogía que es propia para la significación de los trascendentales (*unum, verum, bonum, etc.*) coextensibles con la noción análoga de ser o ente.

- iii) *La falta de consenso*: esta es quizás la objeción más común en los tiempos que corren, pues no todos entienden la ley natural de la misma manera, ni todos admiten su existencia y, por lo tanto, no habría consenso sobre ella y se concluye en el relativismo moral. “El argumento consta normalmente de dos partes explícitas. La primera es una constatación, la segunda parece ser la conclusión que saca el observador a partir de ella. Así, se constata que ‘las diferentes culturas mantienen diversas opiniones en materia ética a lo largo de la historia y en los diversos lugares’, y posteriormente se afirma que ‘la ética es relativa’ [...] da la impresión de que los relativistas están suponiendo –junto con la afirmación de la diversidad– premisas como: ‘en este tipo de materias el único criterio de validación es el consenso’, ‘si no hay consenso no puede haber Derecho Natural’ u otras semejantes”²⁶. En reemplazo de los principios que descubrimos en la naturaleza humana y que formulamos en la ley natural, se proponen distintos modos de consensos procedimentales (Rawls o Habermas) o principios postulados constructivísticamente, como señalamos y refutamos en nuestro artículo anterior²⁷.

Para responder esta objeción corresponde, en primer lugar, señalar la insuficiencia del argumento: “[...] no parece haber razones suficientes para inferir en forma necesaria el relativismo a partir de la diversidad de opinio-

²⁶ García Huidobro, J. (2002). *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*. México. UNAM, 23 y 27.

²⁷ Cf. Herrera, D. A. (2020). *En defensa de los principios de Derecho Natural*. Cit., 47.

nes [...] efectivamente nos llama la atención las diversas concepciones morales de los pueblos, como le sucedió, por ejemplo, a los españoles al ver que los aztecas ofrecían sacrificios humanos. Pero esa diversidad nos sorprende precisamente porque es excepcional. No nos llama la atención, en cambio, el amplio campo en que las diversas culturas convergen. En la generalidad de los pueblos se considera que los padres tienen ciertos deberes respecto a los hijos y que los hijos los tienen con relación a sus progenitores; todos están convencidos de que la valentía debe ser una cualidad del guerrero y la imparcialidad debe presidir las decisiones de un buen juez. No significa esto que no existan comportamientos divergentes, sino sólo que las personas razonables estarán de acuerdo en considerar que esas conductas son reprochables, si bien su acuerdo se referirá sólo a cosas fundamentales”²⁸.

En segundo lugar, corresponde distinguir *entre el conocimiento de la ley natural* (por el hábito de la sindéresis) *y su reconocimiento* (por el juicio de la conciencia). Entre el conocimiento evidente de los primeros principios prácticos que obtenemos por el hábito de la sindéresis y el juicio de la conciencia que es un acto (anterior, concomitante o posterior) que se realiza a efectos de aplicarlos a un caso particular aquí y ahora (conciencia preceptiva), o de juzgarlo (conciencia judicial). Este juicio de conciencia, en sentido estricto o propio, es individual, pero por una analogía puede extenderse a la comunidad toda y así hablar de una *conciencia moral social*, cuando se dan dos notas: la conducta interactiva y la comunidad o convivencia que influye en la realización y significación de la interactividad²⁹.

En sentido lato o impropio se puede hablar de una “conciencia colectiva”, que reconoce o niega (falibilidad de la conciencia) las exigencias objetivas de la ley natural como fundamento del orden social y primera regla de la razón práctica por la cual lo conocemos. En consecuencia, cuando en la actualidad muchas veces se afirma que no se puede fundar el orden social moral, político y jurídico en la ley natural, porque no todos la aceptan, ni hay consenso sobre ella, *se confunde el problema de la existencia y conocimiento de la ley natural, con su reconocimiento a través del juicio de la conciencia de los formadores del consenso*. Juicio de conciencia que a veces puede fallar en cuanto a los preceptos secundarios o en la aplicación de los principios a los casos particulares, debido a la influencia de ideologías o intereses contrarios al bien de hombre, a los malos consejos, a la concupiscencia, o bien a costumbres depravadas y hábitos corrompidos³⁰. *“Reconocer o no reconocer algo depende siempre de la voluntad, que destruye el conocimiento o conduce*

28 García Huidobro, J. (2002). *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*. Ob. cit., 28.

29 Cf. Lamas, F. A. (2013). *El hombre y su conducta*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 208.

30 Cf. Santo Tomás de Aquino. *S. Th.* I-II, 94, 6.

a él. Depende, pues, del talante moral dado de antemano, el cual se deforma o purifica progresivamente”³¹.

Justamente el meollo del relativismo es que el debilitamiento de la razón produce un debilitamiento de la conciencia moral, una conciencia más laxa, pues al no tener referencia necesaria a una verdad objetiva pierde su quicio. En efecto, lo que produce el relativismo es la ruptura definitiva entre los dos ámbitos de la conciencia, el objetivo (la ley natural) y el subjetivo (el juicio de la conciencia), desconociendo al primero y coronando como única instancia de apelación moral al segundo, que, al no estar anclado en la realidad, corona el más “absoluto” relativismo, valga la paradoja de un relativismo “absoluto”.

Por eso, es un grave error (muy común últimamente) hacer depender la existencia y el conocimiento de la ley natural del consenso que exista sobre ella, poniendo, de esta manera, el carro delante de los caballos. En realidad, no es la ley natural la que se funda o depende del consenso, sino que es el consenso el que debe fundarse y depender de la ley natural, pues la ley natural se ordena a fines, mientras que el consenso se refiere a medios en orden a esos fines. Por eso solo puede haber consenso entre seres racionales y libres, que tienen una determinada naturaleza (racional) y, por ende, una determinada ley. Desconocer la ley natural porque no hay consenso sobre ella es confundir su justificación racional en la evidencia *per se nota* de sus principios, con el reconocimiento o la aceptación efectiva de la misma en el juicio de conciencia de todos y cada uno de los hombres, que justamente nos permite distinguir la conciencia recta y verdadera de la conciencia errada (vencible o invenciblemente errada).

4. Mutabilidad e inmutabilidad de la naturaleza humana y la ley natural

Quizás podemos agregar una aparente cuarta objeción (que requiere ser tratada por separado) respecto a la mutabilidad de la naturaleza humana y la ley natural contra la idea generalizada de que ambas son inmutables. Esto se presentaría como un impedimento para que sean principio y fundamento del obrar humano, tanto moral como jurídico. El problema fundamentalmente se origina en la interpretación de dos textos: uno de Aristóteles y otro de Santo Tomás, donde ambos sostienen que “*natura autem hominis est mutabilis*”:

- i) Aristóteles: “Paréceles a algunos que todas las normas son de de-

31 Ratzinger, J. (1995). *Verdad, valores, poder*. Madrid. Ediciones Rialp S.A., 72.

recho legal, dando como razón que lo que es por naturaleza es inmutable y tiene dondequiera la misma fuerza, como el fuego, que quema aquí lo mismo que en Persia, mientras que, por el contrario, vemos cambiar las cosas tenidas por justas. No pasan las cosas así precisamente, aunque sí en cierto sentido. Por más que entre los dioses la mudanza tal vez no exista en absoluto, *entre nosotros todo lo que es por naturaleza está sujeto a cambio*, lo cual no impide que ciertas cosas sean por naturaleza y que algunas otras no sean por naturaleza”³².

- ii) Santo Tomás de Aquino: “Lo que es natural al ser que tiene naturaleza inmutable es necesario que sea tal siempre y en todas partes. *Mas la naturaleza del hombre es mutable*. Y, por esto, lo que es natural al hombre puede fallar a veces. Por ejemplo, tiene igualdad natural el hecho de que se devuelva lo depositado al depositante; y, por consiguiente, si la naturaleza humana fuera siempre recta, ésta debería siempre observarse. Pero, debido a que la voluntad del hombre se pervierte a veces, hay algunos casos en los que lo depositado no debe ser devuelto, a fin de que un hombre con voluntad perversa no lo utilice mal; como, por ejemplo, si un loco o un enemigo del reino exige las armas depositadas”³³.

Esta cuestión originó un célebre debate entre Michel Villey y Georges Kallinowski que sostuvieron en el Centro de Filosofía del Derecho de París, el 14 de junio de 1983³⁴. Allí Kalinowski distingue entre el cambio *per se* y *per accidens*; entre el cambio *ut in pluribus* (habitual) y el cambio *ut in paucioribus* (en la minoría de los casos) y entre los *mutabilia* (las cosas que cambian) y las *razones mutabilia* (las razones de los cambios). Ahora bien, si partimos de que ambos coinciden en que los cambios se producen en las cosas (*mutabilia*) y no en las razones inmutables que rigen los cambios (*razones mutabilia*), que para Villey se encuentran en la ley eterna, mientras que Kalinowski, sin negar esto, sostiene que el hombre participa de esas razones, conociéndolas a través de la *sindéresis* y expresándolas a manera de primeros principios de la razón práctica como ley natural, entonces corresponde analizar las otras distinciones: ¿cambio *per se* o *per accidens*?, ¿*ut in pluribus* o *ut in paucioribus*? Aquí Villey sostiene que cambia *per se* y *ut in pluribus* y Kallinowski, *per accidens* y *ut in paucioribus*.

32 Aristóteles (1981). *Ética nicomáquea*, L.V, 7. México. Porrúa, 66.

33 Santo Tomás de Aquino. *S. Th.* II-II, 57, 2, 1.

34 Cf. Kalinowski, G. y Villey, M. “Dos ponencias sobre la mutabilidad del Derecho Natural en Aristóteles y Tomás de Aquino”. *Prudentia Iuris* N. 15, 93/94.

Respecto al primer interrogante, si sostenemos que la naturaleza del hombre cambia *per se* (en su esencia, tomada como principio de operaciones, conforme al sentido estricto del término naturaleza), tendríamos que concluir que cambia su propia esencia, por la que dejaría de ser hombre, lo que es palmariamente erróneo. Siempre en todo cambio hay un sustrato que permanece y que es el sujeto del cambio y, en consecuencia, cabe concluir que la naturaleza del hombre, según la expresión de Aristóteles y Santo Tomás que estamos analizando, sólo cambia *per accidens*, en sus manifestaciones y concreciones.

La respuesta a la segunda cuestión es una inferencia de la primera, pues si el cambio es *per accidens*, no afecta a la esencia en sí misma que como constitutivo formal se mantiene inmutable, y que entendida como naturaleza se convierte en el principio o punto fijo que rige todos los cambios, sino que alcanza a aspectos accidentales y circunstanciales que no se dan siempre sino en algunos casos excepcionales (*ut in paucioribus*), como surge del ejemplo del depósito que pone Santo Tomás en el texto citado.

Así lo sostiene el propio Santo Tomás de Aquino en el comentario a la Ética a *Nicomáco* de Aristóteles: “Sin embargo, debe observarse que como las razones de las cosas mudables son inmutables, lo que en nosotros es natural como perteneciente a la razón misma de hombre, de ningún modo varía, como que el hombre es animal. Pero las cosas que se siguen de la naturaleza, como las disposiciones, las acciones y los movimientos, varían en algunos casos. De igual manera las cosas que pertenecen a la razón misma de justicia de ningún modo pueden cambiarse, como que no se debe robar, que es un hecho injusto. En cambio, las cosas que se siguen de las naturalmente justas, pueden ser diferentes en unos pocos casos”³⁵.

De la misma manera afirma en la *Suma Teológica*: “El cambio de la ley natural puede concebirse de dos maneras. Primero, porque se le añade algo. Y en tal sentido nada impide que la ley natural cambie, pues de hecho son muchas las disposiciones útiles para la vida humana que se han añadido a la ley natural, tanto por la ley divina como, incluso, por las leyes humanas. En segundo lugar, cambiaría la ley natural por vía de sustracción, es decir, porque algo que antes era de ley natural deja de serlo. En este sentido, la ley natural es completamente inmutable en lo que se refiere a los primeros principios de la misma. Más en lo tocante a los preceptos secundarios, que, según dijimos (a.4), son como conclusiones más determinadas derivadas inmediatamente de los primeros principios, también es inmutable en cuanto mantiene su validez en la mayoría de los casos, pero puede cambiar en algu-

35 Santo Tomás de Aquino. *Comentario a la Ética a Nicómáco*, Lib. V. N° 1029. Ed. Ciaf. Trad. Ana María Mallea, 297.

nos casos particulares y minoritarios por motivos especiales, que impiden la observancia de tales preceptos, según lo ya dicho (a.4)³⁶.

5. El Derecho Natural

Es común incluso entre autores de raíz aristotélico-tomista la expresión que señala al Derecho Natural como parte de la ley natural, distinguiéndose solamente por una cuestión de extensión. Mientras el Derecho Natural abarca una parte de la moral (aquella que se refiere al bien ajeno al que ordena la justicia), la ley natural comprendería toda la moral, incluso aquella parte que pertenece al Derecho Natural por su especificidad propia.

Ahora bien, el mismo Santo Tomás señala que “la ley no es el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho”³⁷, a la que podemos llamar derecho en sentido analógico en virtud de su relación de causalidad respecto de aquel. Esto que se admite pacíficamente en la relación entre ley y Derecho, no se ve con la misma claridad cuando a los términos les agregamos el adjetivo de “natural”; porque si la ley no es el derecho en sentido estricto o propiamente hablando, ¿puedo seguir sosteniendo que el “Derecho” Natural es parte de la “ley” natural y que, por lo tanto, es ley? En otras palabras, “la *lex naturalis*, en Santo Tomás, no es otra cosa que la ética y toda la ética. Entonces, ¿qué es el *ius naturalis*? ¿Coincide con la ley natural o se distingue de ella?, y en el supuesto que se distinga, ¿se trata de una distinción cuantitativa? En suma, ¿es el *ius naturae* distinto cualitativamente de la *lex naturae*, o se trata de un *minus* respecto al plus, una parte respecto al todo, lo que se llama una especie en relación al género?”³⁸.

A mi juicio, esta cuestión sólo puede dilucidarse si la consideramos a la luz del sentido o significado de los términos y de los conceptos, dentro del contexto que resulta el tópico de fondo sobre el fundamento del Derecho. Al respecto, podemos señalar que si utilizamos los términos en sentido estricto o propio no podemos identificar al Derecho Natural con la ley natural o con parte de ella, al tratarse de realidades distintas, una cosa es la ley y otra el Derecho, siendo necesario diferenciar la norma o regla de lo que es determinado por ella. Por lo tanto, si aceptamos esta distinción, el Derecho Natural no se identificaría con la *lex naturalis iustitiae*, siendo más bien lo establecido por ella, su materia u objeto. Y es así que, a diferencia de

36 Santo Tomás de Aquino. *S. Th.* I-II, 94, 5.

37 Santo Tomás de Aquino. *S. Th.* II-II, 57, 1, 2.

38 Olgíati, F. (1977). *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*. Pamplona. Eunsa, 263.

la ley natural, que, como vimos, es una, podemos hablar de varios justos o derechos determinados por la naturaleza, porque el concepto de Derecho Natural en sentido estricto, entendido como *lo justo natural*, se refiere a las cosas justas por determinación de la naturaleza (y no a un conjunto de principios normativos propio de la ley natural), por lo que habría tantos justos naturales como realidades naturalmente justas existan, a las que, sin embargo, podemos aglutinar con la expresión “Derecho Natural”. Y en tal sentido abarcaría tanto las cosas que son justas tomando las mismas en forma absoluta (*Derecho Natural primario*), como aquellas otras que son justas tomando en cuenta sus consecuencias, que es un acto propio de la razón humana (*Derecho Natural secundario o de gentes*)³⁹.

Ahora bien, si consideramos los términos en toda su extensión analógica podemos llamar Derecho Natural a la ley natural o a parte de ella, siendo necesario aclarar que lo hacemos en sentido analógico. Así, la misma cosa justa (*ipsa res iusta*) en tanto objeto terminativo del acto debido en justicia por el deudor, simultáneamente, es el objeto terminativo de la facultad o poder jurídico (Derecho Subjetivo) del acreedor y el objeto o término de la norma jurídica (natural o positiva) que lo determina (como causa formal extrínseca o ejemplar y eficiente), a través de los títulos jurídicos que paralelamente atribuye lo suyo al sujeto del derecho e impone lo debido al sujeto del débito mediante la atribución e imposición de consecuencias jurídicas a los hechos jurídicos (hechos y actos), que son el antecedente o fuente de la relación jurídica. La proporcionalidad de la analogía se daría porque el objeto de la conducta debida es a la conducta debida, como el objeto de la conducta facultativa o potestativa es a la conducta facultativa o potestativa, como el objeto de las conductas establecidas por la ley (tanto debidas como facultativas o potestativas) son a la ley al ser esta la regla y medida de esas conductas y de sus respectivos objetos. Esto justifica la analogía desde la *ipsa res iusta* a la norma (ley) y a la facultad o poder jurídico.

Es así, siempre y cuando este objeto terminativo común realice la razón formal de igualdad, que constituye la medida real (en las cosas) y de razón (en la norma) que conforma la esencia misma de la justicia y de su objeto: el Derecho⁴⁰. En consecuencia, el Derecho o lo justo es simultáneamente *objeto de la justicia* (en tanto es objeto del débito y del crédito, respectivamente, según cuál sea la situación jurídica o posición relativa de cada uno de los sujetos dentro de la relación jurídica) y *objeto de la prudencia* (en tanto es objeto de la ley, que como tal configura un acto de la prudencia)⁴¹. En suma,

39 Cf. Santo Tomás de Aquino. *S. Th.* II-II, 57, 3.

40 Cf. Herrera, D. A. (2001). *La noción de Derecho en Villey y Kalinowski*. Buenos Aires. Educa, 145.

41 Cf. Lamas, F. (1998). “Dialéctica y Derecho”. *Rev. Circa Humana Philosophia* N° III,

lo justo natural como objeto de la justicia es simultáneamente objeto de la ley natural que lo determina con mediación de la naturaleza de las cosas (humanas sociales), por lo que analógicamente puedo llamar Derecho Natural a aquella parte de la ley natural que se refiere a las obligaciones de justicia, en tanto son connotaciones jurídicas o el aspecto jurídico de la ley natural moral.

Esto se inscribe en que el fundamento del Derecho es la naturaleza humana que se manifiesta como un orden de tendencias o inclinaciones al fin (que incluye los bienes o cosas a las que están ordenadas), que se formaliza en el hombre a través de la ley natural moral como un orden de principios y preceptos, siendo su causa principal que instrumentaliza su eficiencia a través de la ley humano-positiva. De esta manera, hay que tener en cuenta no sólo la naturaleza humana en cuanto encontramos en ella ese orden de tendencias que se formaliza en un orden de preceptos, sino también la naturaleza de las cosas o bienes por medio de los cuales se satisfacen esas inclinaciones naturales en orden al fin perfectivo (*entelequia*).

En suma, al tratarse el Derecho de una realidad práctica, operable, su fundamento natural, o sea, el Derecho normativo natural, lo constituye no un código ya hecho o un castillo de fórmulas, sino un núcleo de principios que el hombre conoce y expresa a través de la ley natural en forma paralela al orden de las inclinaciones naturales, y a partir del cual es necesario determinar en cada caso la medida concreta de igualdad (el Derecho o lo justo concreto) que surge ya sea de la misma naturaleza de las cosas (*ex ipsa natura rei - lo justo natural*) o por voluntad humana (*ley positiva - lo justo positivo*). Por eso, hay que distinguir entre la naturaleza del hombre, que es el fundamento de lo justo natural, y la naturaleza de las cosas humanas sociales, de donde extraemos la medida de igualdad (estricta o proporcional) de lo justo concreto. Mientras en la primera, que conocemos y expresamos a través de los principios de la ley natural, encontramos las razones inmutables de los cambios (*razones mutabilia*), en la naturaleza de las cosas que se refiere a la operatividad y concreción de aquella en la realidad, o sea, a las cosas que se siguen de la naturaleza, como las disposiciones, acciones y movimientos (como decía Santo Tomás en el último texto citado), es donde podemos apreciar los cambios (*mutabilia*), por accidente y en algunos casos.

54 y sigs.; Lamas, F. (1991). *La experiencia jurídica*. Buenos Aires. IEFSTA, 310 y sigs. y 515 y sigs.; Herrera, D. A. (2001). *La noción de Derecho en Villey y Kalinowski*. Ob. cit., 48 y 136.

6. A modo de reflexión final

“Al decir que (un) principio es evidente se quiere decir que es indemostrable. A lo más se puede mostrar, pero no demostrar”⁴². Por tanto, hemos *mostrado* la evidencia de los primeros principios de la *ley natural / Derecho Natural* y utilizamos la dialéctica (en una de sus funciones) para defenderlos de sus impugnantes, refutando sus objeciones⁴³. En este punto, hemos mostrado también que la teoría de Santo Tomás sobre la *ley natural / Derecho Natural* es la mejor, no sólo por la autoridad del maestro de Aquino, sino principalmente porque es verdad.

42 García Huidobro, J. (2002). *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*. Ob. cit., 67.

43 Cf. Lamas, F. A. (1998). “Dialéctica y Derecho”. *Rev. Circa Humana Philosophia*, III, Ob. cit., 36.

PARTE II

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

EL PACTO Y LA JUSTICIA. REFLEXIONES A PARTIR DEL MERCADER DE VENECIA

Juana Ocantos Bernárdez

Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina

Contacto: juana.ocantos@gmail.com

Recibido: 30 de julio de 2021

Aprobado: 9 de marzo de 2022

Para citar este artículo:

Ocantos Bernárdez, J. (2022). “El pacto y la justicia. Reflexiones a partir del mercader de Venecia”. *Prudentia Iuris*, N. 93, pp. 47-75

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.93.2022. pp.47-75>

Resumen: Los barcos de Antonio han naufragado y su insolvencia habilita a Shylock a ejecutar el contrato, en donde se pactó que en caso de incumplimiento él sería acreedor de una libra de carne de su deudor. Pareciera que no hay escapatoria a esta cláusula irracional, las partes han convenido libremente que tal sea la garantía y el Dux se ve constreñido a dar cumplimiento a la escritura. Shakespeare pone ante nuestros ojos un conflicto absurdo cuya solución irónica nos lleva a cuestionarnos lo siguiente: ¿equivale lo justo a lo pactado? Y, por tanto, ¿qué es lo que hace justo y constituye la fuente de validez de un contrato?

Palabras clave: Mercader de Venecia, William Shakespeare, Justicia contractual, Filosofía del Derecho, *Pacta sunt servanda*, Reciprocidad en los cambios.

The pact and justice. Reflections from the merchant of Venice

Abstract: Antonio's ships have been wrecked and his insolvency enables Shylock to execute the contract, where it was agreed that in the event of non-compliance, he would be the creditor of a pound of meat from his debtor. It seems that there is no escape from this absurd clause, the parties have freely agreed on that penalty and the Dux is forced to comply with the deed. Shakespeare portrays an absurd conflict whose ironic solution leads the reader to question the following: Is fairness equal to what is agreed? And therefore: what makes a contract fair? What is its source of validity?

Keywords: *Merchant of Venice, William Shakespeare, Contractual Justice, Philosophy of Law, Pacta sunt servanda, Reciprocity in exchanges.*

Il Patto e la Giustizia. Riflessioni del Mercante di Venezia

Sommario: Le navi di Antonio sono naufragate e la sua insolvenza consente a Shylock di eseguire il contratto, dove è stato convenuto che in caso di inadempimento, sarebbe stato creditore di una libbra di carne dal suo debitore. Sembra che a questa assurda clausola non ci sia scampo, su quella sanzione le parti si sono liberamente accordate e il Dux è costretto a rispettare l'atto. Shakespeare ritrae un conflitto assurdo la cui soluzione ironica porta il lettore a mettere in dubbio quanto segue: l'equità è uguale a ciò che è concordato? E quindi: cosa rende equo un contratto? Qual è la sua fonte di validità?

Parole chiave: Mercante di Venezia, William Shakespeare, Giustizia Contrattuale, Filosofia del Diritto, Pacta sunt servanda, Reciprocità negli scambi.

1. Formalidad del problema y justificación del enfoque

Dada la multitud de tratamientos que se han dado al principio *pacta sunt servanda* como rector de la interpretación del negocio jurídico, resulta

insoslayable justificar cualquier nuevo abordaje teórico. Máxime cuando de esa profusa doctrina han surgido correcciones legales que mitigan y dan nueva forma a la naturaleza decimonónica del instituto, desde el Código de Napoleón hasta nuestros días, modificando significativamente el núcleo del sistema normativo del Derecho Privado.

Señalado lo anterior –y sin desconocerlo–, es importante destacar que, aunque la similitud del tema sea manifiesta, la formalidad de este trabajo resulta ajena a lo reseñado y es del ámbito exclusivo de la Filosofía del Derecho. Su objeto se ciñe, únicamente, al problema de la fuente de validez intrínseca del contrato y del pacto en sí mismo. Así, la pretensión teórica es comprobar si es posible una postura diferente a las tres que usualmente se conocen en la filosofía jurídica: la de la *geometria legale*¹, la del iusnaturalismo de los Archivos de la Universidad de París² y la del pactismo original³, o bien, de manera más comedida, si puede echarse alguna luz sobre el particular.

En otro orden, también requiere una defensa el recurso de acudir a una obra perenne de la literatura universal para el tratamiento del asunto, cuando ya ha sido utilizada sobremanera para el análisis de la autonomía de la voluntad y del objeto del contrato.

Sobre este punto, resulta necesario hacer dos aclaraciones: la primera, en cuanto a la instrumentación de la literatura para el análisis jurídico, y la segunda, con relación a la elección de este clásico en particular.

En lo que concierne al primer tema, las posibilidades de interrelación entre Derecho y literatura suelen simplificarse en: “el derecho en la literatura”; “el derecho como literatura” y “el derecho de la literatura”. La primera dio inicio al movimiento “Law and Literature” en la Universidad de Chicago y pretende buscar la humanización del abogado a través del razonamiento moral; la segunda hace alusión a la regulación jurídica del arte literario, y la tercera estudia las producciones jurídicas como creaciones literarias o, dicho de otra forma, intenta imponer los cánones de lenguaje literarios para la creación jurídica⁴.

En nuestro caso, el enfoque es distinto a las tres alternativas. Si bien, en sentido estricto, apuntaría a la búsqueda del problema jurídico en la literatura, la propuesta es diferente a la originada en Martha Nussbaum y a

1 Cf. Godio, L. M. A. (26 de junio de 2017). “La geometria legale y la concepción dialéctica de Francesco Gentile”. *El Derecho*, Año LV, N° 273, Buenos Aires.

2 Cf. Villey, M. (1968). *Formation de la pensée juridique moderne*. París. Montchrestien.

3 Definido, en primer lugar, por Hugo Grocio y Thomas Hobbes, y continuados por los llamados filósofos pactistas, como Locke y Hume, como se verá.

4 Cf. Calvo González, J. (2015). “Teoría literaria del Derecho”, en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 1. México. Ed. UNAM, 695-736.

la de numerosos autores que utilizan uno o varios relatos como apólogo de inicio, ejemplo o alegoría⁵, por cuanto trasciende este punto inicial y pretende la experiencia vicaria del lector del problema jurídico, desde la lectura integral de la obra⁶. De este modo, no se repetirán los consabidos análisis contractuales realizados sobre *El mercader de Venecia*, sino que se dejará que la obra misma ponga en jaque la cuestión filosófica de fondo.

Por lo tanto, sin entrar en las cuestiones tan analizadas que hoy resultan obvias y remanidas, como el análisis del objeto inmoral o las formas de equilibrio entre las prestaciones desde las correcciones legales, en el presente se intentará que el lector, a través de esta obra maestra de la literatura universal, experimente la escalada del problema teórico filosófico en los términos que fueron diseñados por Shakespeare.

Para ello, en primer lugar, se planteará el problema desde el texto, su argumento y personajes, evidenciando con su recorrido que el interés de Shakespeare apuntaba a cuestionar las diferentes manifestaciones del consentimiento como fuente de validez del contrato. Luego, continuaremos analizando el pactismo desde sus pilares filosóficos, para terminar con una nueva visión de la solución aristotélica y romana del asunto.

2. Introducción

Venecia es en el año 1600 una próspera ciudad comercial, en donde los pactos contractuales forman gran parte del corriente jurídico y configuran un medio indispensable para el desarrollo del tráfico mercantil. Estos pactos, a su vez, encuentran respaldo en el derecho, que les otorga vigor para así favorecer y resguardar la economía.

Es este el contexto en el que William Shakespeare representa *El mercader de Venecia*. Se cree que el autor eligió una ciudad gemela a la que residía: Londres, otra rica metrópolis portuaria, cuya actividad principal era también el comercio. Bien conocía entonces el autor de qué forma se

5 Cf., v. gr., Sáenz, M. J. (2021). *Las relaciones entre el Derecho y la literatura. Una lectura del proyecto de Martha Nussbaum*. Madrid. Ed. Marcial Pons y Nussbaum, M. (1995). *Justicia poética. La imaginación literaria y la vida pública*. Santiago de Chile. Ed. Andrés Bello.

6 Una experiencia vicaria que permita padecer (*pathos*) el descenso (ánodos), ascenso (*kathodos*) y transformación (*katharsis*) del protagonista en su vivencia y lucha por la justicia y la asociación del Derecho al ser de las cosas. Este modo de análisis lleva dos años de investigación y estudio en el ámbito de la Universidad Católica Argentina, en el Proyecto IUS de investigación que integro sobre “Derecho y Literatura”, dirigido por Siro De Martini y Félix Adolfo Lamas h.

desenvolvían los negocios en dichas ciudades y, a su vez, qué forma tenían sus leyes respecto de aquellos tratos.

El mercader de Venecia es una comedia dramática, con cinco actos y veinte escenas que se despliegan en Venecia y Belmonte. Al respetar el autor todas las notas de la comedia enumeradas por Aristóteles⁷, podemos afirmar que el argumento de la obra es verosímil, mostrándonos a través de sus actos y escenas cómo eran las prácticas jurídicas de aquella ciudad. En el mismo sentido, serán los diálogos y las acciones de los personajes los que reflejarán qué idea de justicia tenía la sociedad veneciana en ese momento.

El hilo argumental central se basa en que Bassanio pide a su amigo Antonio, un rico armador y mercader de Venecia, dinero para poder viajar a Belmonte, con el fin de conquistar a una bella dama. Al no contar Antonio con la suma requerida, pero con el propósito de ayudar a su amigo, se presenta ante Shylock para pedirle un préstamo, consistente en tres mil ducados por tres meses. Shylock sugiere pactar a modo de broma que la garantía por incumplimiento sea una libra de carne de Antonio y esta cláusula, que fuera primero burlesca, termina formando parte del contrato suscripto.

El conflicto nace en la obra cuando los barcos de Antonio naufragan y su consecuente insolvencia habilita a Shylock a ejecutar la garantía del contrato: obtener la libra de carne del deudor.

No hay argumento ni súplica de clemencia que lo persuadan. Shylock se obstina en su exigencia. Todo pareciera estar condicionado, las partes han convenido libremente que esta sea la garantía y no hay nada que pueda hacer el Dux ante lo que ha sido pactado, pues “suspender la ley sería atentar contra la justicia del Estado, puesto que el comercio y la riqueza de la ciudad dependen de todas las naciones”⁸.

Shakespeare pone ante nuestros ojos un conflicto absurdo cuya solución irónica nos lleva a cuestionarnos lo siguiente: ¿equivale lo justo a lo pactado? Y, por tanto, ¿qué es lo que hace justo y constituye la fuente de validez de un contrato?

7 Aristóteles. (1999). *Poética*. Versión de García Bacca. México. Ed. Mexicanos Unidos, 144.

8 “The Duke cannot deny the course of law: For the commodity that strangers have with us in Venice, if it be denied, will much impeach the justice of the state, since that the trade and profit of the city consisteth of all nations”. Shakespeare, W. (2000). *The Merchant of Venice*. Ware, Hertfordshire. Ed. Wordsworth Classics, 80. Versión en español de Luis Astrana Marín, Madrid. Biblioteca Digital.

3. Conflicto de la obra

Shylock exige al Dux el cumplimiento del contrato, y al hacerlo pide que se le otorgue *justicia*: “Esta libra de carne que le reclamo la he comprado cara, es mía y la tendré. Si me la negáis, anatema contra vuestra ley. Los decretos de Venecia, desde ahora, no tienen fuerza. Espero de vos justicia. ¿Me la haréis? Responded”⁹.

La escritura ha asentado que esa libra de carne le pertenece en caso de que Antonio no le devolviera la suma de dinero prestada y a esto se aferra Shylock: a que el Dux le otorgue lo que cree que *es suyo*.

Por otra parte, es claro cómo los demás personajes demuestran su disconformidad con la cláusula, “Estoy seguro de que el Dux no otorgará jamás la ejecución de ese contrato”¹⁰. Aun cuando Shylock porta la escritura en sus manos y eso lo habilita legalmente a reclamarla, ven que aquel contrato no debería ser cumplido. La penalidad parece ser desproporcionada a lo que implica no haber devuelto el dinero prestado.

Las súplicas de clemencia hacia Shylock, el intento de compensación de la deuda y el desconcierto ante la dureza del acreedor son reflejo del común acuerdo en que la libra no le pertenece al acreedor; y, por lo tanto, el contrato no es justo.

No obstante, así como hay acuerdo en esto, también lo hay en que el pacto tiene valor, independientemente de su contenido. Por un lado, es claro que el contrato no es justo, pero por otro, nadie pone en discusión cómo este pueda ser injusto en su contenido y, al mismo tiempo, perfectamente exigible.

En adición, al presentarse las partes frente al juez para que dirima el conflicto, su poder se muestra muy acotado, es casi nulo respecto de la letra de la escritura. Dice Antonio sobre la posibilidad de que este imposibilite el cumplimiento del pacto: “El Dux no puede impedir a la ley que siga su curso, a causa de las garantías comerciales que los extranjeros encuentran cerca de nosotros en Venecia; suspender la ley sería atentar contra la justicia del Estado, puesto que el comercio y la riqueza de la ciudad dependen de todas las naciones”¹¹.

Podemos ahora entonces delimitar el problema, que se traduce en que la justicia está completamente desligada al pacto. Esto así en tres formas:

9 “The pound of flesh which I demand of him is dearly bought, ‘tis mine, and I will have it: If you deny me – fie upon your law! – There is no force in the decrees of Venice. I stand for judgement. Answer: shall I have it?”. Shakespeare, W. Ob. cit., 88.

10 “I am sure the Duke will never grant this forfeiture to hold”. Shakespeare, W. Ob. cit., 80.

11 Ídem.

- La primera, en que en ningún momento hay discusión entre los personajes acerca de si el contenido del contrato es justo o no.
- La segunda es en la convicción de que el contrato tiene verdadera fuerza y constituye un vínculo válido obligacional entre las partes, independientemente de su contenido.
- Y la tercera y última, el hecho de que ni siquiera el juez puede intervenir para dirimir el conflicto. Su rol parece estar reducido a un mero vigilante del estricto cumplimiento de lo convenido.

Todo lo enunciado evidencia cómo el núcleo del conflicto está en qué es lo que se considera como fuente de validez del contrato. Es decir, qué es aquello que hace que un pacto sea justo o no. Entendemos como validez jurídica al carácter formal del valor del Derecho¹², su contenido y fundamento.

Un análisis de lo expuesto en función de la obra advierte que, en aquel caso, la única fuente de validez admitida es el consentimiento libre de ambas partes que ha dado lugar a la formación de la convención. Es tal la relevancia y el peso que tiene este consentimiento que su fruto, el contrato, debe ser respetado como la ley misma.

La relación entre el contrato y la voluntad del hombre –en cuanto esta última es causa eficiente del primero– es recogida en cierto sentido por el principio *pacta sunt servanda*¹³: los pactos deben ser cumplidos.

Tal como explica Alioto, “el principio expresa la fuerza obligatoria de un contrato vigente; es decir, denota que debe ser cumplido en razón de los fines considerados por las partes que lo formaron para satisfacer ciertas necesidades. Tal principio manifiesta que la inobservancia de las obligaciones contraídas de común acuerdo aparece directamente contraria a la obtención del objeto que llevó a formar el contrato. Y, por eso, no se concibe que las partes elijan conformar ese medio instrumental a la consecución de uno o de varios objetos de apreciación económica con la intención de no cumplirlo.

De allí que el principio *pacta sunt servanda* emerja de la misma realidad contractual y con alcance universal¹⁴.

12 Lamas, F. (1991). *La experiencia jurídica*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 375.

13 “Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta (decreta) principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo”. “Protegeré los acuerdos que se celebren sin fraude y que no sean contrarios a las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos del emperador o edictos, ni tengan la intención de evitar la aplicación de cualquiera de estas disposiciones” (D.2.14.7.7). Martínez De Morentin, M. L. (2014). “Sobre la construcción del principio *pacta sunt servanda rebus sic stantibus*, su aplicación a los contratos y estado actual de la cuestión”. *Revue Internationale des Droit de l'Antiquité*, 61, 329-362.

14 Alioto, D. (2009). *La justicia de los contratos*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 25.

Pero ¿qué pasa cuando este principio es llevado al extremo, tomándolo como única referencia de validez y extrayéndolo de su marco dentro de la justicia contractual?

La respuesta la comienza a esbozar Shakespeare, demostrando nítidamente cómo el hecho de convertir a la voluntad de las partes como única fuente de validez –tanto formal, instrumental como nominal– convierte al contrato en una peligrosa herramienta, susceptible de generar grandes injusticias sin que nada, ni nadie, pueda detenerlo.

Es que esta concepción del *pacta sunt servanda*, ajena a cualquier idea de justicia fuera del querer de los hombres, confiere al pacto muchísima fuerza, lo inviste de completa eficacia, sin importar qué es lo que regula. Lo transforma en un pacto vacío, que inevitablemente deriva en situaciones y soluciones antijurídicas.

Todo esto nos llama a un análisis del principio y a un redescubrimiento de cuáles son los orígenes que lo fundamentan.

4. *Pacta sunt servanda* y su concepción moderna

El quiebre de la Cristiandad y el auge del liberalismo dieron al principio *pacta sunt servanda* un primerísimo lugar en materia de Derecho contractual. Esto se debe a que, en consonancia con las ideas de libertad, libre competencia y progreso individual, se fue forjando la autonomía de la voluntad de las partes como principio del discurso jurídico¹⁵. A su vez, dicho principio fue insertado prácticamente en el campo de los contratos¹⁶ e hizo que la discusión acerca de la validez de las convenciones se diera en torno a su fuerza obligatoria, en vez de su contenido.

Siguiendo a Alioto, con el principio *pacta sunt servanda*: “[...] se quiere indicar que el contrato debe ser cumplido según los términos en que fue formulado, por ser expresión de las voluntades concurrentes y libres de las partes que lo forman, quienes se encuentran en la mejor situación de hacer valer sus preferencias al decidir obligarse de común acuerdo o dejar de hacerlo, conforme a sus deseos e intereses y en las condiciones más ajustadas a las exigencias planteadas por su realidad singular. Propósito que se preten-

15 Rieg, A. (1968). “Le contrats dans les doctrines allemandes du XIX^e siècle”. *Archives de Philosophie Du Droit*, t. XIII; Arnaud, A. J., Les origines doctrinales du code civile français, cap. II: “La règle d’autonomie de la volente”, 188, en Alioto, D. ob. cit., 41.

16 Schutzenberger toma los principios metafísicos del Derecho de Kant y los considera “el fundamento del contrato sobre esa base teórica”, así: “[...] la autonomía individual sanciona las convenciones formadas por el consentimiento libre y reflexivo de las partes contratantes, siendo que su objeto no se encuentra para nada opuesto a la moral”, en Alioto, D. Ob. cit., 42.

de asegurar asignando al acuerdo contractual la misma fuerza obligatoria que tiene la ley general”¹⁷.

La Revolución francesa, amalgama de la libertad como poder máximo e inalienable del hombre, dio lugar a que estas ideas fueran afianzadas en la práctica al extremo. De esta forma, la autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual encontró su concreción de modo sustancial en el Código de Napoleón de 1804. Rezaba el artículo 1134 de dicha legislación: “Las convenciones legalmente celebradas ocupan el lugar de leyes para aquellos que las concertaron”.

Así, el Código de Napoleón y el posterior proceso codificador replicado en la mayoría de los países de Europa sirvieron como base para la mayor parte de la legislación occidental. Como consecuencia, esta fue la estructura jurídica del contrato que ulteriormente integraron los estados en sus leyes y, a su vez, fueron estos los cimientos en donde se asentó y desarrolló el Derecho comercial moderno.

Por eso, no son pocos quienes creen que el principio *pacta sunt servanda* nació en el marco de la Revolución francesa, en donde la autonomía de la voluntad fue exaltada sobremanera y configuró la única fuente de validez para el Derecho.

No obstante, lo cierto es que este principio no tiene origen en el siglo XVIII, sino que se remonta al antiguo Derecho romano, más precisamente al Digesto de Justiniano:

Edicto (D.2.14.7.7):

“Dice el Pretor:

Mantendré los pactos convenidos siempre que no se hubieran hecho ni con dolo malo, ni contra las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, Edictos de los Príncipes, y por lo que no cometa fraude contra cualquiera de ellos”.

Ulpiano (D.2.14.1):

“Es natural la equidad de este Edicto. Porque ¿qué cosa hay tan conforme a la *fides* humana como cumplir los hombres lo que entre sí pactaron?”.

Se ve aquí la idea de que un pacto debe ser cumplido puesto que esto lo manda la buena fe, la fidelidad de obrar conforme a la palabra. La “*fides*” del Derecho era muy importante para los romanos y constituía un “rígido vínculo que nace de un contrato obligatorio válido”¹⁸. En el mismo sentido, Cicerón explicaba en su obra, *De Officiis*, cómo “la fidelidad, entendida en el

17 Ídem.

18 Schulz, F. (1990). *Principios del Derecho romano*. Madrid. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Editorial Civitas S.A., en Alioto, D. Ob. cit., 40.

doble aspecto de la sinceridad de las promesas y de los convenios y de su pura observancia (llamadas en la actual doctrina buena fe creencia, propia de la etapa de formación del negocio y la buena fe lealtad, relativa al período de su ejecución, respectivamente), es el fundamento de la justicia [...] de acuerdo a la moral estoica [...] *fides* deriva de *fit*, de forma tal que sea hecho (*fiat*) lo que se ha dicho”¹⁹.

Aquí vemos cómo este principio era expresión de un mandato de buena fe, en cuanto que los contratos (que no fueran hechos en contra de las leyes) debían ser cumplidos por las partes que les dieron origen.

El *pacta sunt servanda* nacido en los *regulae* romanos siguió forjándose en Europa en las Escuelas de tradición jurídica, y el Derecho canónico del medioevo²⁰ le conferirá un alcance más amplio, no solo respecto de un *numerus clausus* de determinados contratos, como lo hacía el Derecho romano, sino que abarcó toda la justicia contractual.

Además, será la Escolástica, basada en escritos de Cicerón y Séneca, quien admitirá que el principio *pacta sunt servanda* lleva tácitamente implícita la cláusula: *rebus sic stantibus*, que significa “mientras continúen así las cosas”²¹.

Todo esto puesto que se reconoce que la voluntad de las partes es una fuente de Derecho válida, que genera un vínculo jurídico entre los contratantes, siempre que lo convenido en el pacto sea justo.

Entonces, se obrará justamente cuando se cumpla dicho contrato, pero si no es justo lo convenido o si se alteran las condiciones en las que fue acordado, el pacto cederá a que se realice la justicia; a que no se cumpla, o bien, que se ajusten las prestaciones debidas por las partes a los cambios suscitados. Porque, así como el Derecho manda a que la *fides* entre los hombres sea honrada y cumplida, así también manda a que se reestablezca la igualdad frente a las variaciones del caso concreto.

Siguiendo a Martínez de Morentin: “El contrato crea entre las partes un vínculo obligacional de ineludible cumplimiento (con fuerza de ley), y conforme al axioma *pacta sunt servanda*, integrador de la consecución de la seguridad en el tráfico jurídico. Dicho acuerdo de voluntades requiere en los sujetos intervinientes la *fides*; la actitud honrada, leal, recta, justa, sincera

19 Cicerón (2001). *Sobre los deberes*. Madrid. Alianza Editorial, S.A. L. I, c. VI, 23, en Alioto, D. Ob. cit., 40.

20 Martínez de Morentin, M. L. (2014). “Sobre la construcción del principio...”. Ob. cit., 334.

21 Zimmermann, R. (1992). *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-München reimpr., 579 y sigs.; Duvanel, L. (2004). *La justice contractuelle dans la philosophie antique et le droit romain*. Gêneve-Zurich-Bâle, 78, sigs. y 87, sigs., en Martínez de Morentin, M. L. Ob. vit., 334.

e íntegra, apoyada en la confianza del cumplimiento y el valor de la palabra dada, para dar y recibir cada parte lo que le corresponda”²².

De esta forma vemos que el principio *pacta sunt servanda* nació, primeramente, en el Derecho romano, como un comentario de Ulpiano a un edicto del pretor. Constituyó un *regulae*, entendido como “Regla es la que expone brevemente la cosa, tal cual es. El Derecho no se toma de la regla, sino que la regla se hace con arreglo al Derecho que hay. Así pues, por medio de una regla se hace breve narración de las cosas, y como dice Sabino, es como un resumen de la causa, que tan pronto como es viciada en algo pierde su eficacia”²³. Fue desarrollado en base a los casos que surgían en la cotidianidad de aquella época y fue la misma realidad la que siguió forjando el contenido del principio en el transcurso del tiempo.

Todo esto pone en evidencia cómo el nacimiento del principio y su fundamentación tuvieron un enfoque verdaderamente realista, forjado por el propio corriente comercial. Esta misma mirada sobre la realidad hizo que, como ya hemos expuesto, se incluyera la cláusula *rebus sic stantibus*, al crearla un requerimiento de la equidad.

También es evidente cómo la voluntad era considerada causa del contrato y no un fin en sí misma. El contrato se encontraba limitado y enmarcado bajo una justicia objetiva y el deber de cumplir con lo consensuado no era más que la consecuencia del deber de obrar con buena fe.

Sin embargo, serán las teorías nominalistas de Guillermo de Ockham²⁴ en el siglo XIV las que provocarán un giro radical respecto a las teorías clásicas y escolásticas. Si bien es cierto que los sofistas constituyen el primer antecedente de la visión moderna²⁵ y que ya los estoicos identificaban la justicia con el exacto cumplimiento de los contratos asumidos alrededor del siglo IV a.C., la filosofía de Ockham marcará un quiebre definitivo, introduciendo un nuevo paradigma, propio de la modernidad.

Al negar la naturaleza social y política del hombre, Ockham conducirá necesariamente a que todas las instituciones nazcan de la voluntad, del consentimiento entre los hombres. Sin una naturaleza común, se derrumba en un instante todo tipo de fuente de validez para el Derecho.

El voluntarismo y su negación del realismo llevó a que se pierda cualquier noción de justicia objetiva, propiciando que fuera el hombre quien definiera qué es justo o injusto, configurando estructuras y categorías, tanto jurídicas como sociales, basadas únicamente en voluntades inevitablemente

22 Ídem.

23 Fragmento de Paulo en D.50.17.1, en Martínez de Morentin, L. Ob. cit., 330.

24 Montejano, B (h). y Lima, S. (1979). “La crisis del voluntarismo”. *La Ley*, A, 415 y sigs.

25 Amstrong A. H. (1983). *Introducción a la Filosofía Antigua*. Buenos Aires. Ed. Universitaria de Buenos Aires, 47 y sigs.

arbitrarias. Así como en esta corriente la ley eterna fue considerada producto de la voluntad divina, de la misma forma la ley positiva será resultado de la voluntad del hombre.

La absoluta primacía de lo particular sobre lo universal influyó decisivamente en una visión individualista de la realidad. Esto tuvo profundas consecuencias en todos los órdenes sociales; podemos nombrar, a modo de ejemplo: - en la concepción del Estado, entendida no como órgano sino como yuxtaposición de individuos, cuyo único fin común es que se garantice el respeto de los fines individuales; - en la Ciencia, puesto que el conocimiento “nacería” del sujeto, se entendería solo respecto de este y podría únicamente aplicarse a lo particular y sensible; - en la economía, con los postulados liberales de *laissez faire et laissez passer*.

Asimismo, abandonada la idea de que la sociabilidad es una nota de la naturaleza del hombre²⁶, se precisó otra explicación al origen del Estado y, consecuentemente, otra explicación a qué constituye la fuente de validez del Derecho.

En este sentido, Hobbes explicará en su obra, *De Cive*: “Pues quienes miran con mayor detenimiento las causas de que los hombres se junten y disfruten su mutua compañía verán claramente que eso no ocurre porque naturalmente no podría ser de otra manera, sino por accidente [...]. Por lo tanto, no buscamos asociarnos a otros por la asociación misma, sino porque de ella podemos recibir algún honor o beneficio; son estas dos cosas las que deseamos primariamente; aquella la deseamos secundariamente”²⁷.

Postulará dicho autor que el hombre es un *dios para el hombre* y, a su vez, un *lobo para el hombre*, puesto que la misma igualdad es la que genera el estado de guerra en el estado de naturaleza²⁸. La única solución a este estado de conflicto se encontrará en reducir todas las voluntades en una única voluntad, la del Estado o “Leviatán”: “[...] una persona de cuyos actos una gran multitud, por actos mutuos, realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y defensa común”²⁹.

Por su parte, John Locke compartirá la idea de que el Estado nace a fin de que los hombres sean capaces de salvaguardar su libertad del “do-

26 “Así el Estado tiene siempre su origen en la naturaleza, lo mismo que las primeras sociedades; porque la naturaleza de toda cosa es precisamente su fin [...]. De ahí puede concluirse que el Estado es un hecho natural; que el hombre es un ser sociable [...]”. Aristóteles (1998). *La Política*. Madrid. Ed. Alba, 29.

27 Hobbes, T. (2000). *De Cive*. Madrid. Editorial Alianza S.A., 55.

28 Hobbes, T. (2005). *Leviatán o la material forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica, 101.

29 Hobbes, T. *Leviatán...*, 141.

minio absoluto” de otros hombres. En síntesis, el Estado es producto de la concesión recíproca de voluntades entre los hombres para, de esta forma, asegurar los bienes de cada uno³⁰.

Unos años más tarde, y con un cierto parecido, Rousseau afirmará, en *El contrato social*, que el Estado se origina como solución a la imposibilidad de conservación personal dentro del estado de naturaleza. De este modo, enunciará que la respuesta está en “Hallar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y bienes de cada asociado; y por la cual uniéndose cada uno a todos, no obedezca sino a sí mismo, y quede tan libre como antes. Tal es el problema cuya solución desempeña el contrato social”³¹.

El origen pactista del Estado hizo que el foco de investigación se centrara en indagar acerca de la causa fundante de esta institución, o sea, la voluntad libre que forma el convenio. Asimismo, se pretendió llegar a este conocimiento desde y hacia el hombre, definiendo el objeto a través del método y buscando obtener el mismo rigor que en las ciencias duras, tanto en la política como en el Derecho³².

Sobre esto dice Alioto: “El Derecho romano, apreciado como la misma razón estricta, viene en auxilio de ese pensamiento trasladado al campo del Derecho Privado transformado a la luz de ese pensamiento. La particular visión de Gayo y de Sexto Pedio permite adaptar la consideración contractual –desde la perspectiva del acto vinculante– a los requerimientos del método aplicado a la sociedad civil y a las instituciones jurídicas en general. Esta vez, el punto de partida es un individuo libre por naturaleza, que se relaciona por medio de la convención resultante de su voluntad autónoma, entendida como un poder absoluto de autodeterminación”³³.

Además, será Kant quien dé “el paso más decisivo hacia la elevación de la autonomía de la voluntad al rango de principio supremo de la moral, ajeno al Derecho romano [...]”³⁴. Considerará dicho autor que toda acción es moral si no está condicionada por un interés y que las acciones son buenas en sí mismas, por el mero hecho de ser fruto de la voluntad del hombre. “La conjunción dialéctica de las libertades individuales opuestas se logra por la legislación heterónoma. La fuerza de esta ley dispuesta por el gobernante político hace posible la coexistencia de voluntades, sin mengua del poder de

30 Locke, J. (1998). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Buenos Aires. Altaya, 111 y sigs.

31 Rousseau, J. J. (1832). *El contrato social*. Londres. Universidad Complutense de Madrid, 20-21.

32 Batiffol, H. (1972). *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires. EUDEBA, 43.

33 Alioto, D. Ob. cit., 53.

34 Alioto, D. Ob. cit., 54.

realización autónoma [...] Kant expresa que la obligación externa de cumplir la promesa hecha contractualmente (*pacta sunt servanda*) se encuentra en el *ius* [...] El *ius* que se identifica con la *lex*, producto de la voluntad autónoma del hombre individual –el cual es representado por un órgano estatal–, que se traduce en principios de validez universal y de vigencia inmutable, se impone a la relación externa y práctica de una persona con otra (ya que el fuero interno escapa a su alcance) y obliga a conformar la acción de sus exigencias”³⁵.

Por su parte, Savigny adoptará en su obra, *Sistema del Derecho romano actual*, los postulados filosóficos de Kant y considerará al contrato como “la más importante manifestación de la voluntad recíproca destinada a regir las relaciones jurídicas”³⁶, y al Derecho como herramienta para garantizar “el dominio de la voluntad libre [...] que es un poder individual –Derecho Subjetivo– que reina con el consentimiento de todos”³⁷.

Adicionalmente, Rieg afirmará que “la voluntad extrae su poder de ella misma. El contrato obliga simplemente porque es contrato, es decir, acuerdo libre de voluntades”³⁸.

Y como expone con tanta claridad Alioto: “En esa orientación, la regla fundamental del Derecho Privado reside en el principio *pacta sunt servanda*, en virtud del cual debe cumplirse el contrato por resultar del poder de vincularse de cada individuo que dicta su propia legislación y es juez supremo de sus actos”.

De la norma contractual particular nace un Derecho Subjetivo cuyo respeto compromete a la ley general, porque el Derecho convencional y el Derecho del Estado son uno mismo. Y, como dice Rudolf von Ihering, “el primero no puede perecer sin perecer el segundo”^{39,40}.

De este modo, podemos ver cómo el principio fue tergiversado y adoptado según las exigencias del voluntarismo, dándole una nueva significación y un especial contenido, en consonancia con sus postulados filosóficos y jurídicos.

En aras de salvaguardar la “libertad” de cada uno de los hombres y que estos permanezcan en situación de igualdad, concederán los mismos

35 Alioto, D. Ob. cit., 56.

36 Ídem.

37 Savigny, M. F. C. (1878). *Sistema del Derecho romano actual*. Madrid. F. Góngora y Compañía Editores, 222-223, en Alioto, D. Ob. cit., 57.

38 Rieg, A. (1968). “Le contrats dans les doctrines allemandes du XIX° siècle”. *Archives de Philosophie Du Droit*, t. XIII, en Alioto, D. Ob. cit., 57.

39 Ihering, R. V. (1968). *La lucha por el Derecho* (con estudio preliminar de Arnoldo Siperman). Buenos Aires. Centro Editor de América Latina. Enciclopedia del Pensamiento Universal, 47, en Alioto, D. Ob. cit., 57.

40 Alioto, D. Ob. cit., 58.

su libertad al Estado, cuya *ley general* les otorgará su *autonomía de la voluntad*, para formular la propia *ley particular*. Cualquier intromisión a esta autodeterminación significará la coerción del hombre y será considerada contraria a la dignidad humana, entendida únicamente a la luz de estos dos principios fundamentales: libertad e igualdad.

Analizaremos, entonces, cómo lo expuesto anteriormente toma vida en la pluma de Shakespeare en *El mercader de Venecia*.

5. El mercader de Venecia

Se abre el telón y el primer acto inicia en una calle de Venecia, en la que Antonio expresa un estado de tristeza y aflicción, sin saber el porqué de dicho desgano.

Aparece Bassanio en escena para contarle a Antonio sus planes de emprender un viaje hacia Belmonte a fin de conquistar a Porcia, una rica y bella heredera. Le pide dinero para poder hacerlo, pero al no contar su amigo con la suma necesaria en ese momento, deciden presentarse frente a Shylock a fin de solicitarle un préstamo.

Queda así consolidado el primer hilo argumental, que es a su vez es la trama principal de la historia. El tejido de todas las tramas se entrelaza en una perfecta unidad; el préstamo de dinero y la disputa con el prestamista, la conquista de Bassanio amorosa en Belmonte, el romance entre otros dos personajes secundarios: Nerissa y Graciano y, por último, la huida de Jessica y Lorenzo.

Serán objeto de nuestro estudio las tramas principales, las secundarias tienen una estructura propia y constituyen un sustento para las primeras, otorgándoles un soporte de tiempo y espacio.

Volviendo a la obra, se encuentran en una plaza de Venecia Antonio, Shylock y Bassanio, en donde están discutiendo las condiciones del préstamo. Tres mil ducados por tres meses sería la base del contrato a celebrar. Confía el prestamista en la solvencia económica de su deudor, aunque sus bienes fuesen “hipotéticos”, ya que se encontraban en altamar.

Guarda Shylock un gran rencor por los maltratos recibidos por los cristianos y cuenta que el mismo Antonio lo había ridiculizado en varias ocasiones por prestar dinero con interés, práctica que era considerada por los cristianos como usurera.

Discutirán los personajes acerca de las prácticas usureras de Shylock y este mismo le reprochará a Antonio todas las ofensas recibidas, recriminándole por qué razón debía de prestarle dinero después de tales maltratos. Este le responderá: “[...] si quieres prestar ese dinero, préstalo, no como a tus amigos, pues ¿se ha visto alguna vez que la amistad haya exigido de

un amigo sacrificios de un estéril pedazo de metal?”⁴¹. A esto, el prestamista replicará burlescamente que su intención es ganar con este negocio su amistad, ofreciéndole el préstamo sin interés alguno, pero con la condición de que “si no pagáis tal día, en tal lugar, la suma o las sumas convenidas, la penalidad consistirá en una libra exacta de vuestra hermosa, que podrá ser escogida y cortada de no importa qué parte de vuestro cuerpo que me plazca”⁴². Antonio, confiado en recibir tres veces la suma del pagaré un mes antes del cumplimiento del plazo, acepta firmar la escritura. La cláusula que había sido propuesta en tono irónico termina entonces formando parte del pagaré suscripto.

Las partes refrendan el contrato y Bassanio emprende su travesía hacia Belmonte.

Al hacer un análisis de dicho contrato, encontramos presentes todos los elementos que son comunes a la concepción moderna del instituto⁴³, y que constituyen el sustrato de las legislaciones comerciales occidentales. Estos son:

- *el consensualismo*, en cuanto el contrato se forma por el mero consentimiento de las partes;
- *la autonomía de la voluntad*, entendida como aquella potestad que tienen las partes para auto-reglarse libremente, siendo que el cumplimiento de las solemnidades exigidas por la ley vuelve irrevocable el contrato suscripto;
- *la fuerza obligatoria de lo convenido*, ya que una vez que el contrato es libremente consensuado obligará como la ley misma; y, por último,
- *el efecto relativo de los contratos*, consistente en que los obligados al cumplimiento del contrato serán únicamente las partes, y, en última instancia, sus sucesores.

En Belmonte, aguardaba Porcia en compañía de su dama Nerissa a que algún pretendiente resolviera el acertijo para lograr desposarla. La voluntad de su difunto padre había determinado que quien quisiera casarse con ella debía, primero, elegir entre tres cofres: uno de plata, otro de cobre

41 “If thou wilt lend this money, lend it not as to thy friends –for when did friendship take a breed for barren metal of his friend– but lend it rather to thine enemy, who if he break, thou mayst with better face exact the penalty”. Shakespeare, W. Ob. cit., 45.

42 “If you repay me not on such a day, in such a place, such sum or sums as are expressed in the condition, let the forfeit be nominated for an equal pound of your fair flesh, to be cut off and taken in what part of your body pleaseth me”. Ídem.

43 Alterini, A. A. (1997). “Los cuatro pilares de la teoría del contrato en el Derecho moderno”. *Revista del CPACF*, Año 1, N° 2, 6.

y el último de plomo. Solo uno de estos cofres guardaba la fotografía de la dama, siendo el que lo abriera y la encontrara, el candidato habilitado a contraer matrimonio.

Ya hastiada la dama de estar sujeta a dicha condición sin que ninguno de los pretendientes la agradara, ni tampoco pudiera resolver el enigma, llega a su encuentro Bassanio. Este joven veneciano, literato y soldado, le declara su amor y solicita elegir entre los cofres.

Porcia, también enamorada de Bassanio, le ruega a este que reflexione acerca de su elección, de modo que no se equivoque y pierda la única oportunidad de convertirla en su esposa.

Bassanio elige el cofre de plomo y al abrirlo encuentra la fotografía de Porcia. Así, resuelve el enigma y puede desposar a la heredera.

Es en este momento en donde llegan Jessica, Lorenzo y Solanio para entregarle a Bassanio una carta de Antonio por la que toma conocimiento que los barcos de su amigo han naufragado y que el plazo del pagaré ha vencido.

Solanio les advertirá sobre la gravedad de la situación del incumplimiento: “Además, dijérase que aun tuviera el dinero para reembolsar al juicio, este no lo aceptaría. Jamás he visto a una criatura, revestida de forma humana, más ávida y más anhelante de la pérdida de un hombre. Asedia de día y de noche al Dux, y declara que no existe seguridad en Venecia si se le niega justicia. Veinte mercaderes, el Dux mismo y los magníficos notables han tratado de dulcificarle; pero nada puede disuadirle de su odiosa machaconería: incumplimiento de promesa, justicia, pagaré firmado”⁴⁴.

Bassanio, convertido en hombre rico por ser el prometido de la heredera, emprende el regreso a Venecia a fin de revertir el asunto y salvar la vida de su querido amigo.

En una sala de justicia en Venecia, se presentan los personajes frente al Dux para que resuelva la contienda. Antonio manifestará al Dux antes de que comience el proceso: “He sabido que vuestra gracia se había esforzado mucho por lograr que moderase el encarnizamiento de sus persecuciones; pero puesto que se mantiene inexorable y no existe ningún medio legal de substraerme a los ataques de su malignidad, opondré mi paciencia a su furia y armaré mi espíritu de una firmeza tranquila capaz de hacerme sopor-

44 “Besides, it should appear that if he had The present money to discharge the Jew, He would not take it. Never did I know A creature that did bear the shape of man So keen and greedy to confound a man. He plies the Duke at morning and at night, and doth impeach the freedom of the state If they deny him justice. Twenty merchants, The Duke himself, and the magnificoes. Of greatest port have all persuaded with him, but none can drive him from the envious plea Of forfeiture, of justice, and his bond”. Shakespeare, W. Ob. cit., 78.

tar la tiranía y la rabia del suyo”⁴⁵. Nótese la importancia de la “legalidad”, del peso de la ley en el poder de decisión del juez.

En su discurso de apertura, el Dux intentará aplacar la ira de Shylock, y dirá: “Abrid paso y dejadle que venga frente a nos. Shylock, el público piensa, y yo pienso también, que tu intención ha sido simplemente proseguir tu juego cruel hasta el último momento, y que ahora mostrarás una clemencia y una piedad más extraordinarias de lo que supone tu aparente crueldad. De suerte que en lugar de exigir la penalidad convenida, o sea una libra de carne de ese pobre mercader, no solamente renunciarás a esa condición, sino que animado de generosidad y de ternura humana, cederás una mitad del principal, considerando con miseria las pérdidas recientes que han gravitado sobre él con un peso que bastaría para derribar a un mercader real y para inspirar lástima a pechos de bronce y a corazones duros como rocas, a turcos inflexibles y a tártaros ignorantes de los deberes de la dulce benevolencia. Judío, todos esperamos de ti una respuesta generosa”⁴⁶.

Aquí se puede ver, en primer lugar, la impotencia del juez sobre lo pactado, puesto que le ruega a Shylock que reconsidere su petición y muestre *clemencia* frente a su deudor, sin ningún otro argumento de persuasión que este.

En segundo lugar, no menciona el Dux la validez del contenido del contrato ni su posible nulidad, como tampoco la alteración de la situación o la imposibilidad de cumplimiento. Sus manos están atadas a la voluntad de Shylock, que manifiesta de forma insolente: “[...] he jurado por nuestro Sábado Santo obtener la ejecución de la cláusula penal de mi contrato; si me la negáis, que el daño que resulte de ello recaiga sobre la constitución y las libertades de vuestra ciudad”⁴⁷, “[...] yo no puedo dar otra razón y no quiero dar otra razón que esta: tengo contra Antonio un odio profundo, una

45 “I have heard Your Grace hath ta'en great pains to qualify His rigorous course; but since he stands obdurate, and that no lawful means can carry me Out of his envy's reach, I do oppose My patience to his fury, and am armed To suffer with a quietness of spirit The very tyranny and rage of his”. Shakespeare, W. Ob. cit., 86.

46 “Shylock, the world thinks, and I think so too, That thou but leadest this fashion of thy malice To the last hour of act, and then, 'tis thought, Thou 'lt show thy mercy and remorse more strange Than is thy strange apparent cruelty; And where thou now exacts the penalty, Which is a pound of this poor merchant's flesh, Thou wilt not only loose the forfeiture, But, touched with humane gentleness and love, Forgive a moi'ty of the principal, Glancing an eye of pity on his losses That have of late so huddled on his back, Enow to press a royal merchant down And pluck commiseration of his state From brassy bosoms and rough hearts of flint, From stubborn Turks, and Tartars never trained To offices of tender courtesy. We all expect a gentle answer, Jew”. Ídem.

47 “I have possessed your Grace of what I purpose, And by our holy Sabbath have I sworn To have the due and forfeit of my bond. If you deny it, let the danger light Upon your charter and your city's freedom!”. Shakespeare, W. Ibíd.

aversión absoluta, que me impulsan a intentar contra él un proceso ruinoso para mí [...]”⁴⁸.

He aquí la única motivación de Shylock y, a su vez, la voluntad que dio origen al contrato y que, al momento, le confiere validez para poder ser exigido. Pura arbitrariedad e irracionalidad frente al contrato que es ley, cualquier ofrecimiento de una solución sensata es excluido por el mero capricho del prestamista.

Intentan doblar la suma debida pero no hay manera de cambiar su parecer, Shylock se obstina en su pretensión: “Esta libra de carne que le reclamo la he comprado cara, es mía y la tendré. Si me la negáis, anatema contra vuestra ley. Los decretos de Venecia, desde ahora, no tienen fuerza. Espero de vos justicia. ¿Me la haréis? Responded”⁴⁹. Espera justicia, como acatamiento a lo pactado y establecido en el contrato. Reprocha que no otorgarle lo convenido perjudicará la ley y el orden de Venecia, que necesitan de la seguridad del Derecho.

Un momento antes de que el Dux dirimiera sobre la controversia aparece en escena Porcia, disfrazada de un joven doctor de leyes oriundo de Padua, llamado a asistir al tribunal en la interpretación de las leyes de Venecia. Es enviado en reemplazo del doctor Belario (primo de Porcia), que al estar enfermo no puede asistir personalmente al juicio.

Comienza la decisiva intervención Porcia en el tribunal y esta dirá al Shylock: “La demanda que hacéis es de naturaleza extraña, y, sin embargo, de tal manera legal, que la ley veneciana no puede impedirlos proseguirla”⁵⁰. No obstante, luego indicará que “[...] el judío debe mostrarse misericordioso”⁵¹, “La propiedad de la clemencia es que no sea forzada; cae como la dulce lluvia del cielo sobre el llano que está por debajo de ella; es dos veces bendita: bendice al que la concede y al que la recibe. Es lo que hay de más poderoso en lo que es todopoderoso; sienta mejor que la corona al monarca sobre su trono. El cetro puede mostrar bien la fuerza del poder temporal, el atributo de la majestad y del respeto que hace temblar y temer a los reyes. Pero la clemencia está por encima de esa autoridad del cetro; tiene su trono en los corazones de los reyes; es un atributo de Dios mismo, y el poder terrestre se aproxima tanto como es posible al poder de Dios cuando la cle-

48 “So can I give no reason, nor I will not, More than a lodged hate and a certain loathing I bear Antonio, that I follow thus A losing suit against him”. Shakespeare, W. Ob. cit., 87.

49 “The pound of flesh which I demand of him Is dearly bought; ’tis mine and I will have it. If you deny me, fie upon your law: There is no force in the decrees of Venice. I stand for judgment. Answer: shall I have it?”. Shakespeare, W. Ob. cit., 88.

50 “Of a strange nature is the suit you follow, Yet in such rule that the Venetian law Cannot impugn you as you do proceed”. Shakespeare, W. Ob. cit., 91.

51 “Then must the Jew be merciful”. Ídem.

mencia atempera la justicia. Por consiguiente, judío, aunque la justicia sea tu punto de apoyo, considera bien esto: que en estricta justicia ninguno de nosotros encontrará salvación, rogamos para solicitar clemencia, y este mismo ruego, mediante el cual la solicitamos, nos enseña a todos que debemos mostrarnos clementes con nosotros mismos. No he hablado tan largamente más que para instarte a moderar la justicia de tu demanda. Si persistes en ella, este rígido tribunal de Venecia, fiel a la ley, deberá necesariamente pronunciar sentencia contra el mercader aquí presente”⁵².

He aquí un bellissimo pasaje de la obra, en donde Shakespeare describirá la virtud de la misericordia de una forma magnífica y sabia. Si bien confunde clemencia con misericordia, no se equivoca al afirmar que la virtud de misericordia es propia del superior y, a su vez, propia de Dios, en donde dice Santo Tomás que “resplandece sobremanera su misericordia”⁵³. De modo que, al obrar misericordiosamente, nos asemejamos a Él, y se bendice a quien “la concede y a quien la recibe”.

Aún con tal elocuente discurso, Shylock repetirá de nuevo: “¡Que las acciones caigan sobre mi cabeza! Exijo la ley, la ejecución de la cláusula penal y lo convenido en mi documento”⁵⁴, sosteniendo la idea de que la voluntad debe ser lo único tenido en cuenta para resolver el problema. Entiende que no debe justificarse, lo pactado le corresponde y asume las consecuencias, todo en pos de que su voluntad sea satisfecha.

Bassanio intenta pedirle al joven jurisconsulto que haga a modo de excepción “flaquear la ley ante vuestra autoridad; haced un pequeño mal para realizar un gran bien y doblegad la obstinación de este diablo cruel”⁵⁵, a lo que le responderá el doctor: “No puede ser, no hay fuerza en Venecia que

52 “The quality of mercy is not strained. It droppeth as the gentle rain from heaven Upon the place beneath. It is twice blest: It blesseth him that gives and him that takes. ’Tis mightiest in the mightiest; it becomes The thronèd monarch better than his crown. His scepter shows the force of temporal power, The attribute to awe and majesty Wherein doth sit the dread and fear of kings; But mercy is above this sceptered sway. It is enthronèd in the hearts of kings; It is an attribute to God Himself; And earthly power doth then show likest God’s When mercy seasons justice. Therefore, Jew, Though justice be thy plea, consider this: That in the course of justice none of us Should see salvation. We do pray for mercy, And that same prayer doth teach us all to render The deeds of mercy. I have spoke thus much To mitigate the justice of thy plea, Which, if thou follow, this strict court of Venice Must needs give sentence ’gainst the merchant there”. Ídem.

53 *ST*, II, q. 30, a.4.

54 “My deeds upon my head! I crave the law, The penalty and forfeit of my bond”. Shakespeare, *W. The merchant...* Ídem, 45.

55 “Wrest once the law to your authority. To do a great right, do a little wrong, And curb this cruel devil of his will”. Shakespeare, *W. Ob. cit.*, 92.

pueda alterar un decreto establecido; un precedente tal introduciría en el Estado numerosos abusos; eso no puede ser”⁵⁶.

He aquí nuevamente el meollo de la cuestión: por un lado, la obligación de estar a lo convenido para resguardar la seguridad jurídica de Venecia, que asimismo ha creado un sistema en el que no habría modo de alterar los pactos o bien nadie se atrevería a hacerlo porque peligraría la estabilidad de la ley, y, por otro, el hecho de que el cumplimiento del contrato en cuestión sea totalmente injusto y absurdo, cuya consecuencia sea que un hombre perderá su vida a causa de la necedad y malicia de su acreedor, sin que haya forma de impedirlo.

Solicita Bassanio que el juez haga “un pequeño mal” (apartarse de la ley), para “realizar un gran bien” (cumplir con lo que es verdaderamente justo). La legalidad y la justicia se presentan como dos caminos inversos, sin conexión alguna, que demandan distintas cosas y llevan al juez a un conflicto entre bienes que aparecen diametralmente opuestos. La fuerza de la ley y su vigor para la solidez y seguridad del Derecho, o bien, la concreción de lo que es justo en el caso concreto.

Shylock jura por su alma que no habrá discurso que cambie su voluntad y Antonio solicita al tribunal que resuelva para terminar su agonía, se despiden de sus amigos y espera su fatal destino. Porcia comunica a Shylock: “Te pertenece una libra de carne de ese mercader: la ley te la da y el tribunal te la adjudica”⁵⁷. El tribunal obra como un vigilante de la ley, encargado de verificar que se cumpla con lo que ha sido consensuado y se encuentra asentado en la escritura.

Culmina el proceso, la muerte de Antonio es inminente, pero de pronto Porcia exclama: “Detente un instante, hay todavía alguna otra cosa que decir. Este pagaré no te concede una gota de sangre. Las palabras formales son estas: una libra de carne. Toma, pues, lo que te concede el documento; toma tu libra de carne. Pero si al cortarla te ocurre verter una gota de sangre cristiana, tus tierras y tus bienes, según las leyes de Venecia, serán confiscados en beneficio del Estado de Venecia”⁵⁸. Shylock pregunta sorprendido: “¿Es esta la ley?”⁵⁹, Porcia le responde: “Verás tú mismo el texto;

56 “It must not be. There is no power in Venice Can alter a decree established; ’Twill be recorded for a precedent And many an error by the same example Will rush into the state. It cannot be”. Shakespeare, W. Ídem.

57 “A pound of that same merchant’s flesh is thine: The court awards it, and the law doth give it”. Shakespeare, W. Ob. cit., 94.

58 “Tarry a little. There is something else. This bond doth give thee here no jot of blood. The words expressly are “a pound of flesh.” Take then thy bond, take thou thy pound of flesh, But in the cutting it, if thou dost shed One drop of Christian blood, thy lands and goods Are by the laws of Venice confiscate Unto the state of Venice”. Ídem.

59 “Is that the law?” Ídem.

pues, ya que pides justicia, ten por seguro que la obtendrás, más de lo que deseas”⁶⁰.

Acorralado ante esta suma y exacta “justicia”, Shylock abandona su pretensión y acepta un ofrecimiento anterior: tres veces la suma pactada. Bassanio quiere darle el dinero pero es nuevamente interrumpido por Porcia: “*¡Despacio! El judío tendrá toda su justicia. ¡Despacio! Nada de prisas. No tendrás nada más que la ejecución de las cláusulas penales estipuladas. [...] Prepárate, pues, a cortar la carne; no viertas sangre y no cortes ni más ni menos que una libra de carne; si tomas más o menos de una libra precisa, aun cuando no sea más que la cantidad suficiente para aumentar o disminuir el peso de la vigésima parte de un simple escrúpulo; más aún: si el equilibrio de la balanza se descompone con el peso de un cabello, mueres, y todos tus bienes quedan confiscados*”⁶¹.

Shylock se rinde y ruega que le devuelvan solo tres mil ducados. Bassanio también está dispuesto a entregárselos cuando Porcia interrumpe por última vez, impidiéndole obtener su principal y obligándolo a obtener exactamente lo que fue estipulado.

La vida de Antonio es salvada y su deuda cancelada. Shylock, decepcionado con la resolución, quiere retirarse de la sala, pero Porcia le dice: “Aguarda, judío, la ley tiene todavía otra cuenta contigo. Está establecido por las leyes de Venecia que si se prueba que un extranjero, por medios directos o indirectos, ha buscado atentar contra la vida de un ciudadano, una mitad de sus bienes pertenecerá a la persona contra la cual ha conspirado, y la otra mitad al arca reservada del Estado, y que la vida del ofensor dependerá enteramente de la misericordia del Dux, que podrá hacer prevalecer su voluntad contra todo fallo. He aquí, a mi juicio, el caso en que te encuentras, porque es evidente, por tus actos manifiestos, que has conspirado directa y también indirectamente contra la vida misma del demandado, e incurrido, por tanto, en la pena precedentemente enunciada por mí. Arrodíllate, pues, e implora la clemencia del Dux”⁶². El Dux determinará que la pena aplicada

60 “For, as thou urgest justice, be assured Thou shalt have justice more than thou desir’st”. Ídem.

61 Soft! The Jew shall have all justice. Soft, no haste! He shall have nothing but the penalty. r Therefore prepare thee to cut off the flesh. Shed thou no blood, nor cut thou less nor more But just a pound of flesh. If thou tak’st more Or less than a just pound, be it but so much As makes it light or heavy in the substance Or the division of the twentieth part Of one poor scruple-nay, if the scale do turn But in the estimation of a hair, Thou diest, and all thy goods are confiscate”. Ídem.

62 “The law hath yet another hold on you. It is enacted in the laws of Venice, If it be proved against an alien That by direct or indirect attempts He seek the life of any citizen, The party ’gainst the which he doth contrive Shall seize one half his goods; the other half Comes to the privy coffer of the state, And the offender’s life lies in the mercy Of the Duke only, ’gainst

será la confiscación de sus bienes, una mitad de ellos le pertenecerá a Antonio y la otra al Estado.

Shylock exclama que prefiere perder su vida antes de que le sean quitados sus bienes y Antonio solicita que la multa se le reduzca a la mitad de sus bienes y que estos sean donados a Lorenzo, con la condición de que se bautice y done al momento de su muerte todo lo que posea a Lorenzo y a su hija Jessica.

Shylock accede a lo exigido, es excusado y el Dux le dice, tal vez con un destello de ironía, “Vete, pero mantén la palabra”⁶³.

Así, Porcia, en una astuta maniobra, revertirá el conflicto aplicando el mismo criterio utilizado por Shylock para la interpretación de la ley, añadiendo todavía más rigurosidad y exactitud: “[...] ya que pides justicia, ten por seguro que la obtendrás, más de lo que desees”⁶⁴.

No solamente resuelve que le corresponde únicamente una retractación por lo estipulado, al no poder asegurar que no derramará ni una sola gota de sangre su deudor, sino que determina que la ley tiene una cuenta con él al haber atentado contra la vida de Antonio y deberá ser penado por ello.

Se ve aquí cómo la falta de un criterio de objetividad y racionalidad, tanto en la formación del contrato como en la interpretación de la ley al momento de decidir sobre el pleito, lleva a que toda la cuestión se resuelva por un juicio arbitrario, que conducirá a una solución indefectiblemente injusta.

“*Ius summum saepe summa est iniuria*”⁶⁵, había expresado Cicerón, respecto de la inconveniencia de una interpretación estricta y literal de la ley, en cuanto extremo rigor en el Derecho deviene en suma injusticia.

Además, un análisis del desenvolvimiento del proceso hace notar ciertas fallas que vician su integridad, como la simpatía evidente de los jueces para con la parte acusada, el apartarse del *thema decidendum*, y la intervención de extraños en los alegatos que dan peso a la sentencia resolutoria.

Luego de que el joven doctor resolviera la contienda que pusiera fin al conflicto, Bassanio le ofrece la suma de tres mil ducados, en recompensa por haber salvado a su amigo. Aquí observamos, también, cómo la resolución fue efectivamente arbitraria, puesto que Bassanio y Antonio se sienten en

all other voice. In which predicament I say thou stand'st, For it appears by manifest proceeding That indirectly, and directly too, Thou hast contrived against the very life Of the defendant, and thou hast incurred The danger formerly by me rehearsed. Down, therefore, and beg mercy of the Duke”. Ídem.

63 “Get thee gone, but do it”. Ídem.

64 “For, as thou urgest justice, be assured Thou shalt have justice more than thou desir'st”. Ídem.

65 Cicerón, M. T. Ob. cit. Libro I, cap. 10.

deuda con él. Da la impresión como que el joven no actuó conforme su deber, sino que se apartó del camino marcado por lo pactado por las partes y la ley de Venecia. En cierto sentido, y conforme a la concepción de justicia sostenida por los personajes –como estricto cumplimiento de los pactos–, la causa no fue resuelta conforme a Derecho.

Volvemos entonces al problema planteado anteriormente, en donde la justicia está completamente desligada a los contratos y a la función judicial. Si bien es claro que todos están conformes con la resolución y creen *bueno* que se haya fallado en favor de salvar la vida de Antonio, sin la interpretación ingeniosa de Porcia, el proceso hubiese tenido otro resultado y esto hubiese sido considerado conforme a justicia. Ya que la justicia equivalía al cumplimiento de lo pactado y la severa interpretación de la ley protegía la inmutabilidad del Derecho.

Así, es claro cómo el individualismo y el voluntarismo han hecho de la ley un Derecho vacío, y su función utilitarista y lucrativa del contrato da lugar a un sistema corrupto en donde la justicia es reducida a la letra de una convención.

Al final de la obra, Bassanio y Porcia, y Graciano y Nerissa se reencontran para finalmente contraer matrimonio. Además, Porcia comunica a Antonio que sus barcos han llegado a buen puerto con ricos cargamentos, devolviéndole su fortuna perdida.

En definitiva, Shakespeare pareciera querer mostrar cómo el orden ha sido reestablecido en la *justicia del Estado*, aunque *la ley veneciana no haya seguido curso*.

6. Validez del contrato. Mirada *iusnaturalista*

Todo lo expuesto anteriormente nos lleva a reevaluar qué es lo que verdaderamente hace justo a un contrato y, por lo tanto, le confiere validez.

El mercader de Venecia es fiel prueba de cómo el modelo del contrato propuesto por el voluntarismo fracasa ampliamente y no satisface las exigencias de la justicia.

Las mismas consecuencias injustas de dicho modelo en la realidad comercial llevaron a que las legislaciones que lo contemplaron fijaran institutos como el abuso del Derecho, la teoría de la imprevisión y la lesión subjetiva en pos de evitar tales resultados. Esto deriva en que el Estado legisle en materia contractual de forma excesiva, tipificando cada uno de los contratos y previendo sus requisitos, a fin de tratar de evitar las menores soluciones injustas posibles. Esto demuestra cómo la modernidad asegura al hombre que es totalmente libre y que goza de una autonomía de la voluntad plena, cuando en la práctica, termina bajo el completo control del Estado.

Así, la fuente de validez en nuestra época se encuentra en el formalismo, puesto que un contrato obligará en la medida que fuera hecho según las formalidades impuestas por la ley, según la legislación de cada estado. Únicamente después de que la ley autorice, revise y unja al contrato como formal –y legal– de manera abstracta, las partes podrán convenir y pactar en base a este referendo previo. Esta es la postura sostenida por Jean Domat⁶⁶, el positivismo⁶⁷, y también por Michel Villey⁶⁸.

Cabe ahora hacer mención de la doctrina contractual iniciada por Aristóteles, que fuera base para el posterior desarrollo del Derecho iusnaturalista.

En el Libro V de la *Ética Nicomáquea*, el Estagirita hará una división entre justicia distributiva y justicia correctiva. La primera hace al reparto de “los honores, de la fortuna y de todas las demás ventajas que pueden alcanzar todos los miembros de la ciudad, porque en la distribución de todas estas cosas puede haber desigualdad, como puede haber igualdad entre un ciudadano y otro”⁶⁹. La segunda, en cambio, es la que “regula las condiciones legales de las relaciones civiles y de los contratos”⁷⁰; distinguiendo entre relaciones voluntarias (como la compraventa, el préstamo y el depósito) y relaciones involuntarias (por ejemplo: el hurto, el falso testamento y el rapto).

Así, explica Aristóteles: “De suerte que lo igual es un término medio entre lo más y lo menos, y la ganancia consiste en más bien y menos mal, y la pérdida en lo contrario. El término medio de éstos era lo igual, que decimos que es lo justo; de modo que la justicia correctiva será el término medio entre la pérdida y la ganancia”⁷¹.

Quien aplicará justicia y, por tanto, “corregirá” la desigualdad entre los términos será el juez, puesto que “[...] ir al juez es ir a la justicia, porque el

66 Con la particular interpretación del Derecho romano formulario, Domat, J. (1861). *Las leyes civiles en su orden natural*. I. T. Barcelona. Librería Esteban Pujal.

67 “Al establecer el orden jurídico al negocio jurídico como un hecho productor de Derecho, autoriza a los individuos sujetos al negocio a regular sus relaciones recíprocas, en el marco de las normas jurídicas generales producidas por vía de legislación o de costumbre, por las normas que son producidas mediante el negocio jurídico. Estas normas convencionalmente producidas, que no estatuyen sanciones, sino una conducta cuya puesta es una condición de la sanción estatuida por las normas jurídicas generales, no son normas jurídicas independientes. Constituyen normas jurídicas sólo en su relación con las normas jurídicas generales que estatuyen sanciones”. Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del Derecho*. México. Univ. Nac. Autónoma de México, 265, en Tale, C. (2003). “Dos de los principios de justicia que rigen los contratos: *pacta sunt servanda* y el principio de equivalencia”. *Revista Jurídica de Mar del Plata*, N° 2, 15.

68 Villey, M. (1981). *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*. Buenos Aires. Guersi-Editor, 27.

69 Aristóteles (1946). *Moral a Nicómaco*. Buenos Aires. Espasa-Calpe Argentina, 159.

70 Ídem.

71 Aristóteles (1970). *Ética Nicomáquea*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 76.

juez quiere ser como una encarnación de la justicia; se busca al juez como término medio, y en algunas partes se llama a los jueces mediadores en la idea de que si se alcanza de ellos lo intermedio se alcanzará justicia [...]”⁷².

Tal como explica Alioto sobre el tema, la justicia correctiva presupone a la distributiva, en tanto: “[...] la reciprocidad proporcional de la justicia correctiva no es posible sin la previa igualdad proporcional de la justicia distributiva, determinada según el mérito de cada uno”⁷³.

De esta forma, la igualdad se ve significada en la reciprocidad proporcional de los cambios, no ya de forma geométrica como en la justicia distributiva, sino de forma *aritmética*. De modo que “lo que produce la retribución proporcionada es la unión [adición] de términos diametralmente opuestos” y “se da algo a una persona particular en razón de otra cosa de ella recibida, como principalmente se manifiesta en la compraventa, en la que se halla primariamente la noción de cambio”. Y continúa Aristóteles: “Sea A un arquitecto, B un zapatero, C una casa y D un par de sandalias. El arquitecto debe recibir del zapatero lo que éste hace y compartir con él su propia obra; si, pues, existe en primer lugar la igualdad proporcional, y después la reciprocidad, se tendrá el resultado dicho. Si no, no habrá igualdad y el acuerdo no será posible”⁷⁴.

Por otra parte, la igualdad entre las contraprestaciones tendrá que ser medida por un instrumento capaz de ponderarlas a ambas: “Pero es preciso que se igualen, y por eso todas las cosas que se intercambian deben ser comparables de alguna manera. Esto viene a hacerlo la moneda”⁷⁵.

La justicia correctiva tendrá como fin reestablecer la igualdad entre las cosas, interviniendo cuando se hallare desigualdad entre ellas, de modo que el resultado del convenio sea el intercambio de bienes. Dicha corrección del desequilibrio reestablece la igualdad aritmética entre las partes, compensando pérdidas y ganancias de ambas partes.

En continuación con la teoría aristotélica, Renard⁷⁶ afirma que los contratos son una de las formas jurídicas del principio de justicia correctiva, en cuanto constituyen una herramienta técnica para traducir la justicia en las relaciones, poniendo en evidencia la primacía de la justicia por encima del contrato. Además, muestra cómo el principio de la reciprocidad en los cambios debe primar sobre el principio contractual, a su vez que las exigencias

72 Ídem.

73 Alioto, D. Ob. cit., 65.

74 Aristóteles (1985). *Ética a Nicómaco*. *Ética Eudemia*. Madrid. Gredos, LV 1133b21, en Alioto, D. Ob. cit., 65.

75 Aristóteles. *Ética Nicomáquea*. Ob. cit., 78.

76 Renard, G. (1974). *Introducción filosófica al estudio del Derecho*. Tomo I: El Derecho, la justicia y la voluntad. Buenos Aires. Ediciones Desclée de Brouwer, 220.

de la realidad moral, social y económica deben primar por sobre su representación técnica. Por lo tanto, en caso de grave conflicto, lo pactado deberá ceder a que se realice la justicia, primando sobre el estricto cumplimiento del contrato.

Además, Legaz y Lacambra sostendrá que, aunque sea el acuerdo de voluntades la forma del contrato, su contenido no es la enajenación de voluntades recíprocas, sino el cómputo recíproco de valores de lo intercambiado, debiendo ser este el objeto en foco en caso de corrección judicial⁷⁷.

Para resumir, en palabras de Alioto: “Al cambiarse bienes de valores homogéneos se realiza la justicia correctiva, la cual implica prestaciones equivalentes conforme a una proporción aritmética: equilibrio que corresponde, en lo inmediato, a la reciprocidad conveniente de los términos del intercambio, que, al ser observado, al mismo tiempo mantiene el orden de los repartos regulado por la justicia distributiva o la reciprocidad de los sujetos en el contexto político. De esa manera, se concluye que lo justo es esencialmente lo mismo que lo recibido en reciprocidad”⁷⁸.

Así, podemos concluir que el criterio de validez en el intercambio de cosas se da en función del principio de reciprocidad en los cambios. En tanto y en cuanto el cambio sea recíproco y dicho cambio resulte en una igualdad para las partes que realicen el negocio, el contrato que servirá de instrumento para dicho cambio será justo. Puesto que, en palabras de Aristóteles, *lo justo es lo igual*⁷⁹.

7. Conclusión

William Shakespeare nos muestra a través del *Mercader de Venecia* cuál es el resultado de que el Derecho contemple como modelo un contrato cuya única fuente de validez es la voluntad de las partes. De este modo, deja una enorme y profundísima lección, puesto que no hay mayor claridad para ver la injusticia que en la cruda realidad.

Asimismo, la vigencia del autor en la actualidad es enorme y su crítica a la sociedad del momento, expresada a través de su obra, aún resuena en nuestros tiempos.

Convertir al Derecho en poder, facultad o libertad y a la justicia en cumplimiento de los mandatos de la voluntad del hombre conlleva consecuencias funestas e indefectiblemente injustas.

⁷⁷ Legaz y Lacambra, L. (1961). *Filosofía del Derecho*. Barcelona. Ed. Bosh, 741 y sigs.

⁷⁸ Alioto, D. Ob. cit., 83.

⁷⁹ Aristóteles. *Moral...* Ob. cit., 153.

La ley se transforma en postulados irracionales y arbitrarios, cuyo único fin es permitir, de forma aparente y falsa, la libertad del hombre. Pues ni siquiera se busca que el hombre sea libre, sino su mera autodeterminación. Así, se debe prescindir del bien común, de la distribución según títulos no contractuales y, en el ámbito contractual, de la reciprocidad de los cambios⁸⁰.

La respuesta a este problema no es simplemente ajustarlo para que encaje en institutos como la teoría de la imprevisión o de la lesión subjetiva; dichos institutos, al intentar solucionar inequidades de aspectos concretos –necesariamente tipificados–, suelen obviar posibles inequidades en casos no previstos legalmente.

Además, la realidad y la práctica ya han demostrado que estos se encuentran sujetos a las variaciones de la jurisprudencia, a la tipicidad de los casos y, lamentablemente, a la desidia judicial.

Una vez probado el fracaso del modelo voluntarista del contrato, es forzoso un retorno a una mirada de cuño realista, descartando las bases mal asentadas por el Código Civil francés.

La cuestión llama entonces a una renovación del instituto del contrato, desarmado de postulados individualistas y voluntaristas, en donde prime la justicia, entendida en la forma *correctiva* de Aristóteles, contemplando la equidad como rectificación de la justicia rigurosamente legal⁸¹.

Y, sobre todo, es necesario volver a reconocer que el Derecho tiene fundamento en la Verdad, en aquella que “os hará libres”⁸².

Referencias bibliográficas

- Alioto, D. (2009). *La justicia de los contratos*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino.
- Alterini, A. A. (1997). “Los cuatro pilares de la teoría del contrato en el Derecho moderno”. *Revista del CPACF*, Año 1, N° 2, 6.
- Amstrong A. H. (1983). *Introducción a la Filosofía Antigua*. Buenos Aires. Ed. Universitaria de Buenos Aires.
- Aristóteles (1946). *Moral a Nicómaco*. Buenos Aires. Espasa-Calpe Argentina.
- Aristóteles (1970). *Ética a Nicómaco*. Madrid. Instituto de E. Políticos.
- Aristóteles (1985). *Ética a Nicómaco*. Ética Eudemia. Madrid. Gredos.
- Aristóteles (1998). *La Política*. Madrid. Ed. Alba.
- Aristóteles (1999). *Poética*. Versión de García Bacca. México. Ed. Mexicanos Unidos.
- Batiffol, H. (1972). *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires. EUDEBA.

80 Lamas, F. A. (1985). *Ensayo sobre el orden social*. Buenos Aires. Instituto de Estudio Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 90.

81 Aristóteles. *Moral...* Ob. cit., 183.

82 *Jn* (18, 31-32).

- Cicerón (2001). *Sobre los deberes*. Madrid. Alianza Editorial, S.A.
- Domat, J. (1861). *Las leyes civiles en su orden natural*. Barcelona. Librería Esteban Pujal.
- Hobbes, T. (2000). *De Cive*. Madrid. Editorial Alianza S.A.
- Hobbes, T. (2005). *Leviatán o la material forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica.
- Ihering, R.V. (1968). *La lucha por el Derecho* (con estudio preliminar de Arnaldo Siperman). Buenos Aires. Centro Editor de América Latina. Enciclopedia del Pensamiento Universal.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría Pura del Derecho*. México. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Lamas, F. A. (1985). *Ensayo sobre el orden social*. Buenos Aires. Instituto de Estudio Filosóficos Santo Tomás de Aquino.
- Lamas, F. (1991). *La experiencia jurídica*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino.
- Legaz y Lacambra, L. (1961). *Filosofía del Derecho*. Barcelona. Ed. Bosh.
- Locke, J. (1998). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Buenos Aires. Altaya.
- Martínez de Morentin, M. L. (2014). "Sobre la construcción del principio *pacta sunt servanda rebus sic stantibus*, su aplicación a los contratos y estado actual de la cuestión". *Revue Internationale des Droit de l'Antiquité*, 61, 329-362.
- Montejano, B. (h). y Lima, S. (1979). "La crisis del voluntarismo". *La Ley*, A, 415.
- Renard, G. (1974). *Introducción filosófica al estudio del Derecho*. Tomo I: El Derecho, la justicia y la voluntad. Buenos Aires. Ediciones Desclée de Brouwer.
- Rieg, A. (1968). "Le contrats dans les doctrines allemandes du XIX° siècle". *Archives de Philosophie Du Droit*, t. XIII.
- Rousseau, J. J. (1832). *El contrato social*. Londres. Universidad Complutense de Madrid.
- Savigny, M. F. C. (1878). *Sistema del Derecho romano actual*. Madrid. F. Góngora y Compañía Editores.
- Schulz, F. (1990). *Principios del Derecho romano*. Madrid. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Editorial Civitas S.A.
- Shakespeare, W. (2000). *The Merchant of Venice*. Ware, Hertfordshire. Ed. Wordsworth Classics.
- Shakespeare, W. (2006). *El mercader de Venecia*. Traducción, prólogo y notas de Luis Astrana Marín. Biblioteca Universal Digital, https://www.uacmwillshakespeare.files.wordpress.com/2011/03/el_mercader_de_venecia-pdf.pdf.
- Tale, C. (2003). "Dos de los principios de justicia que rigen los contratos: *pacta sunt servanda* y el principio de equivalencia". *Revista Jurídica de Mar del Plata*, N° 2, 15.
- Villey, M. (1981). *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*. Buenos Aires. Guersi-Editor.

EL MÉTODO EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y LA DOGMÁTICA PENAL

Leonardo Augusto Schonfeld

Facultad Teresa de Ávila, Universidad Católica Argentina,
Paraná, Entre Ríos

Contacto: leonardoschonfeld@uca.edu.ar

ORCID: 0000-0003-2997-2172

Recibido: 5 de agosto de 2021

Aprobado: 24 de agosto de 2021

Para citar este artículo:

Schonfeld, L. A. (2022). “El método en la Filosofía del Derecho y la Dogmática Penal”. *Prudentia Iuris*, N. 93, pp. 77-104

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.93.2022.pp.77-104>

Resumen: Este trabajo se propone poner de resalto que la Dogmática Penal no ha receptado el estado actual del debate iusfilosófico. Solo se abordará el tema del método jurídico y las consecuencias que, de haber sido receptadas, hubieran tenido para la Dogmática Penal. Se propone la superación del método silogístico-subsuntivo, tanto respecto de la ley positiva como de los conceptos de la teoría del delito y la consecuente apertura a métodos más abiertos de índole aristotélica, tales como la tópica y la retórica. Se demostrará, asimismo, que tal apertura no contradice la exigencia de legalidad penal.

Palabras clave: Método jurídico, Tópica jurídica, Argumentación jurídica, Retórica, Dogmática Penal.

The method in the Philosophy of Law and Criminal Dogmatic

Abstract: This work aims to highlight that criminal dogmatic has not received the current state of the philosophical debate. It will only address the issue of legal method and the consequences that, had they been received, would have had for criminal dogmatic. It is proposed to overcome the syllogistic-subsumptive method, both with respect to positive law and the concepts of crime theory and the consequent assumption of more Aristotelian open methods, such as topical and rhetoric. It will also be shown that such opening does not contradict the requirement of criminal legality.

Keywords: *Legal method, Legal topic, Legal argumentation, Rhetoric, Criminal Dogmatic.*

Il metodo nella Filosofia del Diritto e nella Dogmatica Penale

Sommario: Questo articolo si propone di evidenziare che la dogmatica criminale non ha ricevuto lo stato attuale del dibattito filosofico. Affronterà solo la questione del metodo giuridico e delle conseguenze che, se fossero state recepite, avrebbero avuto per la dogmatica criminale. Si propone il superamento del metodo sillogistico-subordinato, sia rispetto al diritto positivo che ai concetti di teoria del crimine e la conseguente apertura a metodi più aperti di natura aristotelica, quali l'attualità e la retorica. Si dimostrerà inoltre che tale apertura non contraddice il requisito della legalità penale.

Parole chiave: Metodo legale, Argomento giuridico, Argomento giuridico, Retorica, Dogmatica Penale.

1. Introducción

Un somero análisis de las teorías que se han desarrollado en el ámbito del Derecho Penal de los últimos cincuenta años nos arroja que, siendo aquella una rama del Derecho esencialmente ligada a la filosofía antropológica, no ha receptado suficientemente los aportes ni han repercutido

en ella las discusiones que se han dado en el ámbito de la Filosofía del Derecho.

La evolución de la teoría del delito de los últimos cincuenta años se ha caracterizado por una relativa impermeabilidad hacia los aportes que, sobre todo en torno al método jurídico, se han desarrollado en el ámbito iusfilosófico.

No pretende decirse con esto que el discurso jurídico de los penalistas no tenga una determinada posición filosófica, la que de manera más o menos patente es de imposible ausencia en un discurso mediantemente coherente. La posición epistemológica del penalista, su visión sobre el rol del Derecho Penal, el fin de la pena, la concepción antropológica que supone una determinada teoría del delito, etc., son elementos insoslayables, aun cuando solo sean *presupuestos* y no haya una filiación explícita y tematizada. En otros términos, todo discurso, incluso el jurídico penal, tiene un marco de referencia más amplio del que toma los contenidos con los que llenará las categorías con las que desarrolla esa parte del saber.

Ante este panorama, observamos que el desarrollo de la teoría del delito se fue apartando gradualmente de sus fundamentos y discusiones filosóficas primigenias para ir encausándose hacia temas de neto corte político-criminal.

Tal reencauzamiento del discurso de la teoría del delito hacia contenidos más políticos que filosóficos es, con todo, entendible en el contexto histórico en el que se produjo.

En efecto, la Segunda Guerra Mundial dejó muy en claro que el Derecho Penal, si no va calibrando su brújula constantemente, es muy posible que pierda el rumbo y termine siendo un mero discurso justificador de prácticas políticas aberrantes. Aun así, cabe salvar la tarea del jurista distinguiendo *el fin de la obra y el fin del que obra*. En términos escolásticos, podríamos decir que ese *finis operantis*, esa finalidad política con la que se use la herramienta científica, no deslegitima *per se* el desarrollo científico mismo (*finis operis*).

Con todo, puede afirmarse ahora que, sentada la honestidad de la preocupación del penalista para que la teoría del delito no se descarrile a causa del uso político de la misma, reconduciendo constantemente el discurso jurídico penal en términos político criminales, se ha exagerado la tematización del problema del contenido político en desmedro del antropológico, llegando al punto de que las principales teorías del delito en boga –tanto la teoría funcional teleológica como la funcional sistémica– son teorías del delito *normativizadas*, lo que –en el contexto de la Dogmática Penal– no significa otra cosa que *politizadas*.

Por otra parte, esta focalización en el fin político criminal ha determinado que la actual teoría del delito coexiste junto a la idea –contradictoria

con aquella— de que el desarrollo conceptual de una dogmática provista de coherencia interna nos brindará una herramienta que dote de seguridad jurídica y de previsibilidad a las decisiones judiciales. Este fin garantístico de la teoría del delito, ya puesto de relieve por Von Liszt como función propia de la Dogmática Penal frente a la política criminal, permanece como un anhelo de todo cultor de la Dogmática Penal.

Es en este punto en el que, precisamente, puede verse una falta de recepción por parte del Derecho Penal de los avances que la Filosofía del Derecho ha realizado, paradójicamente, en esos mismos cincuenta años, aproximadamente.

2. Estado actual de la discusión iusfilosófica

Los más actuales tratamientos iusfilosóficos en lo referente al método están signados por fuertes intentos de superación del método de la subsunción. En efecto, las obras de Dworkin y Alexy han sido las de mayor predicamento en este punto¹.

Tales posturas podrían ser interpretadas como causa de lo que se ha dado en llamar peyorativamente como activismo judicial o, también, gobierno de los jueces, y que ha despertado no pocas reacciones, la mayoría de ellas desde posturas progresistas y de los partidarios de la democracia deliberativa².

El iuspositivismo normativista³ imperante hasta la mitad del siglo XX, ha perdido gran parte de sus cultores en todo el orbe. A su vez, los promoto-

1 La nómina de autores que han dedicado sus investigaciones a la superación del formalismo jurídico sistematista desde la argumentación jurídica excede ampliamente la de aquellos que aquí podemos referenciar. Para un panorama completo de los aportes realizados en esa dirección, debe verse: Aarnio, A. (2017). *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación Jurídica*. Lima. Ed. Palestra; McCormick, N. (2018). *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho*. Lima. Ed. Palestra. Por el lado de la corriente hermenéutica y compendiando el desarrollo de la metodología del derecho, ver Larenz, K. (1980). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona. Ed. Ariel.

2 Así, Waldron, J. (2018). *Contra el Gobierno de los Jueces*. Buenos Aires. Ed. Siglo XXI. En igual sentido, Gargarella: “[...] a partir de la misma concepción de la democracia que nos lleva a criticar al control judicial tradicional, impugnamos la organización de un sistema político que, en los hechos, parece orientado a socavar la representación popular, expropiando el poder de decisión de la ciudadanía y depositándolo en una élite política a la que la ciudadanía tiene enormes dificultades de acceder”. Gargarella, R. (2011) *La justicia frente al Gobierno: sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*. Ecuador. Ed. Corte Constitucional, 17.

3 Es necesario realizar aquí una aclaración terminológica: normativismo, en Derecho Penal, significa algo muy distinto de lo que significa en la Filosofía del Derecho. En aquél, el término normativismo designa una posición valorativa del concepto que se analice, mientras

res de aquella visión del Derecho y de su método propio que lo siguen predicando han intentado marcar algunas diferencias con aquél positivismo de fines del siglo XIX y primera mitad del XX, al que ellos mismos denominan *paleopositivismo*⁴.

Como sostiene Bobbio, tales diferenciaciones que el iuspositivismo de nuevo cuño resalta se deben a que “una vez producida en la mayor parte de las constituciones modernas la constitucionalización de los Derechos Naturales, el tradicional conflicto entre Derecho Positivo y Derecho Natural, y entre positivismo jurídico y el iusnaturalismo, ha perdido gran parte de su significado”⁵.

Con todo, lo que ha quedado de aquél positivismo jurídico, una vez realizado el test de constitucionalidad de la norma, es el de su aplicación automática por la vía de la subsunción. Es decir, es un formalismo positivista morigerado por criterios sustanciales derivados del constitucionalismo.

Este no es el lugar para desarrollar *in extenso* esa teoría de la aplicación del Derecho, por lo que me limitaré a decir que tal método de aplicación supone la ausencia de valoración al momento de aplicar la norma al caso. El poder de la lógica formal se impone ante cualquier tarea hermenéutica ligada a criterios axiológicos.

Para el caso del Derecho Penal, ese modo de proceder podría ser presentado como el más adecuado para garantizar el principio de legalidad penal. Sin embargo, tal proceder en el juzgamiento de una acción es, dicho por el mismo Ferrajoli, una “utopía”, quedando siempre un margen de poder por fuera del decisorio como acto puramente racional-deductivo. Claro que tal poder es tolerado por el positivismo siempre que sea usado garantísticamente: “El juez no es una máquina automática en la que por arriba se insertan los hechos y por abajo se sacan las sentencias, acaso con la ayuda de algún empujón cuando los hechos no se adaptan perfectamente a ella [...] [pero] el modelo penal garantista, al tener la función de delimitar el poder punitivo del Estado mediante la exclusión de los castigos *extra* o *ultra legem*, no es en absoluto incompatible con la presencia de momentos valorativos cuando éstos, en vez de dirigirse a penalizar al reo más allá de los delitos cometidos, sirven para excluir su responsabilidad [...]”⁶.

Por el mismo lado iuspositivista, sostiene García Amado que la función judicial, aunque implique valoraciones, éstas deben asumirse como tales, esto es, como subjetivas y relativas. Arremete contra el objetivismo ético y

que desde el punto de vista iusfilosófico designa un apego a la norma positiva o una primacía de la ley como fuente del Derecho.

4 Así, Ferrajoli, L. (2006). *Derecho y Razón*. Madrid. Ed. Trotta, 162 y sig.

5 Bobbio, N. (1989). Prólogo a *Derecho y Razón* de Ferrajoli, L. Madrid. Ed. Trotta.

6 Ferrajoli. *Ob. cit.*, 39.

contra la teoría de la ponderación, iniciada por Alexy y Dworkin y sostenida, en el habla hispana, por autores como Manuel Atienza, Rodolfo Vigo, Juan Cianciardo (en su caso, corregida por la tesis de la armonización), entre otros. El problema se plantea precisamente en cuanto al grado de racionalidad y a la necesidad de argumentar cuando se toma una decisión judicial: “[...] cuanto más pesamos, menos tenemos que argumentar; y donde más hemos de argumentar es porque menos objetivo es el pesaje. Ahí se halla una de las grandes tensiones de la actual teoría de la ponderación aplicada en el campo jurídico: si en verdad principios y valores jurídicos pesaran, poco habría que argumentar; y si mucho hay que argumentar es porque quien dice que pondera en realidad no pesa, sino que valora personalmente con mayor o menor razonabilidad”⁷. Esto supone admitir, aún de parte de los positivistas actuales, aquello ya afirmado por Kelsen acerca de la irracionalidad de la toma de decisión: dentro del margen de contenidos, no hay posibilidad de justificar racionalmente la elección que el juez realiza⁸.

Pero tal afirmación acerca de la cuota de emotivismo e irracionalidad de las decisiones se da de bruces con la pretensión inicial del positivismo: “El normativista reclama para sí la justicia impersonal y objetiva frente al personalismo arbitrario de los decisionistas [...] las frecuentemente repetidas antítesis entre *ratio* y *voluntas*, *veritas* y *auctoritas* apoyan la pretensión normativista de un gobierno de la ley contrapuesto a un gobierno personal [...] Si el pensamiento normativista quiere permanecer fiel a sí mismo, ha de referirse una y otra vez solo a normas y validez de las normas”⁹.

La *vexata quaestio* acerca de la posibilidad de que el juez resuelva conforme a criterios extra o metalegales ha quedado, en el plano de la doctrina iusfilosófica mayoritaria, zanjada. Sin que lo siguiente implique una adhesión de mi parte, es innegable que este nuevo estado de cosas, que en términos muy amplios y un tanto imprecisos podríamos llamar *neoconstitucionalismo*, ha tomado carta de ciudadanía en el pensamiento de la Teoría general del Derecho. Tanto iuspositivistas como iusnaturalistas o anti-iuspositivistas admiten que el juez no solo puede, sino que incluso –para algunos de ellos– debe apartarse del criterio legal cuando éste sea derrotado por un principio.

Con todo, el problema de la inseguridad jurídica sigue siendo la nota común. Si por seguridad jurídica se entiende la estabilidad de las decisiones judiciales que se deriva de la unicidad del método y la adhesión a un texto

7 García Amado, J. A. (2016), “Qué es ponderar. Sobre implicaciones y riesgos en la ponderación”, en Revista Iberoamericana de Argumentación, N° 13, 1-22.

8 Kelsen, H. (1979). Teoría Pura del Derecho. México. Ed. UNAM, 34 y sig.

9 Schmitt, C. (1996). Sobre los tres modos de pensar la Ciencia Jurídica. Madrid. Ed. Tecnos, 12 y sig.

legal, tal seguridad jurídica no existió nunca: “[...] la seguridad, la certeza, la fijeza, la cientificidad rigurosa, la previsibilidad de funcionamiento y todas las demás cualidades y excelencias ‘positivas’ no eran en realidad excelencias propias de la ‘norma’ legal y del precepto humano, sino solo de la situación normal, relativamente estable en el siglo XIX, de un Estado que tenía su centro de gravedad en la legislación, es decir, de un sistema de legalidad de un Estado legislativo. Se podría ser ‘positivo’ también así, no por la norma, sino solo en la medida en que existiera un Estado construido de un modo particularmente estable, seguro y firme”¹⁰. A esas palabras, me animo a añadir que la fijeza y seguridad también sería posible, o solo sería posible (¿?), en una comunidad en la que los jueces compartieran los criterios de interpretación de la norma, sea esta meramente legal o constitucional.

Porque, en definitiva, como se demostrará en este artículo, ni la legalidad ni la Dogmática Penal brindan la mentada seguridad jurídica y firmeza en las conclusiones.

En síntesis, de lo dicho extraemos las siguientes consecuencias, a saber: primero, que el iuspositivismo legalista está en franco retroceso. Segundo, que tal iuspositivismo nunca logró cumplir acabadamente su promesa de traer seguridad jurídica a la solución de los casos. Tercero, que tanto el iuspositivismo como el iusnaturalismo están siendo reemplazados en la actualidad por un planteo denominado neoconstitucionalismo, dando por sentado que el juez hace algo más que subsumir el caso en la norma, pero quedando pendiente cuáles serán las cuotas tolerables de subjetividad y objetividad del discurso justificador de la toma de decisión (ponderación y argumentación).

Veamos qué hay de ello en el tratamiento actual del método para el Derecho Penal.

3. Estado actual del problema metodológico en Derecho Penal

Las preocupaciones de base en el método del Derecho Penal y su conexión con la filosofía jurídica han cambiado rotundamente desde los comienzos del siglo XX a la actualidad.

En efecto, en lo que podríamos denominar la “etapa embrionaria” de la Dogmática Penal, los temas de discusión se centraban fundamentalmente en la ubicación sistemática de los elementos que configuraban las categorías del delito (ubicación del dolo y la culpa, concepto causal y final de la

10 Ídem, 36.

acción y sus consecuencias para la teoría del delito –sobre todo para la autoría, tentativa y el concurso de delitos–, ubicación intrasistemática de los elementos subjetivos del delito distintos del dolo, ubicación de las distintas eximentes de responsabilidad –estado de necesidad justificante y disculpante–, las distintas opciones en torno a la causalidad, etc.).

Con Welzel se trajo un nuevo tema de discusión de neto corte filosófico. La supuesta incapacidad del legislador y del intérprete de crear los conceptos jurídico-penales, proponiendo una ligazón a datos pre-jurídicos u ontológicos. Refiriendo a lo estrictamente epistemológico, “si los neokantianos elevaron a máxima fundamental el principio según el cual el método, y no el objeto, determina el conocimiento, Welzel invierte el planteamiento: el objeto determina el método”¹¹. Con todo, por más realismo u ontologicismo que se atribuya a la metodología finalista, entendemos que la afirmación de Mir Puig¹² sobre la influencia kantiana en el pensamiento welzeniano tiene sólidos fundamentos. En efecto, si bien la teoría final de la acción es aristotélica, no lo es tanto el modo de proceder con que Welzel encara el resto de la elaboración dogmática: “[...] la dogmática tradicional, singularmente la finalista, se había caracterizado por obtener las diversas teorías en virtud de operaciones lógico-abstractas y prescindiendo en general de sus repercusiones sobre la realidad de la aplicación del Derecho Penal”¹³. Tal método de derivación silogística de las conclusiones de la dogmática, desentendiéndose de si tales conclusiones son satisfactorias desde lo valorativo o en términos de justicia, no puede ser más alejado del método que Aristóteles propone para las disciplinas prácticas, siendo aquél proceder más propio del pensamiento racionalista de raíz cartesiana y kantiana (*more geométrico constructo* a partir de axiomas).

En la actualidad, la mayoría de esas cuestiones están fuera del foco de los científicos del Derecho Penal. No son temas zanjados, como dijimos, sino que se admite, desde ahí, que el entendimiento que de ellos tengamos depende, en gran parte, de una prejudicial filosófica: normativismo y ontologicismo.

El hecho es que las conclusiones de Welzel se terminaron imponiendo, aunque solo sea en cuanto a la configuración definitiva de las categorías del delito (ubicación de un dolo avalorado y la culpa a nivel del tipo, teoría estricta de la culpabilidad, injusto personal).

11 Mir Puig, S. (2003). Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método. 2ª edición. Montevideo-Buenos Aires. Ed. BdeF, 229.

12 Ídem.

13 Silva Sánchez, J. M. (2010). Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. 2ª edición. Montevideo-Buenos Aires. Ed. BdeF, 109.

Pero desde que aparecieran los planteos funcionalistas, la Filosofía del Derecho Penal ha tomado un nuevo rumbo. Si algo caracteriza a la Dogmática Penal posfinalista es su apartamiento del dato ontológico y su suplantación por criterios político-criminales.

Esos criterios político-criminales, ligados a la teoría de la pena, dan lugar a una nueva Filosofía del Derecho Penal. El ontologismo de Welzel se apartó de la escena para ser suplido por Kant, Luhmann y Hegel.

De manera muy esquemática, pretendo destacar algunas consecuencias de este cambio: en primer lugar, el objetivismo científico finalista¹⁴, ligado precisamente a estructuras lógico-objetivas, ha perdido adeptos, quedándonos con una Dogmática Penal de neto corte constructivista (entiendo que este calificativo es aplicable a todo tipo de funcionalismo). Los conceptos jurídico penales son construidos a partir de fines, no de datos empíricos.

En segundo lugar, la elaboración científica del Derecho Penal se ha recluido en su propio recinto, elaborando una teoría ya no solo de espaldas a la realidad óptica, sino incluso al dato legislado: “[...] la propia evolución de la dogmática a lo largo del siglo XX ha ido poniendo de manifiesto que las cosas no son tan claras como aquél esquema [positivista-legalista] pretendía. Al contrario, se ha ido mostrando que la labor dogmática requiere decisiones y tomas de posición del jurista que no tienen cabida en el simplismo de la concepción positivista clásica. Ello ha generado un nuevo estado de opinión. Así, puede señalarse que, en la actualidad, la tesis según la cual el objeto de la dogmática está representado de modo esencial por el Derecho Positivo, se encuentra en trance de decidida superación”¹⁵. Como ejemplo histórico de esta independencia que la construcción dogmática ha tenido respecto de los códigos penales, es hartamente demostrativo lo dicho por Bacigalupo: “Una clara demostración de este fenómeno se encuentra en la propia historia dogmática alemana: el sistema dogmático de V. Liszt, Beling, Mezger y Welzel, con sus diferencias, ha sobrevivido al reemplazo del Código de 1871 por la nueva redacción entrada en vigor el 1º de enero de 1975. Con otras palabras: el mismo código ha sido entendido durante su vigencia con más de un sistema dogmático y el sistema dogmático ha permanecido cuando el código perdió su vigencia y fue reemplazado por otro”¹⁶.

14 Bien podría usarse la expresión “empirismo”, con la que Villey califica al pensamiento aristotélico. Otra interpretación sobre la filiación filosófica de Welzel la sostiene Mir Puig, expresando que “cuando Welzel rechaza la fenomenología es para acudir a una apoyatura esencialmente racionalista, como es, por antonomasia, la filosofía kantiana”. Ob. cit., 237.

15 Silva Sánchez, Aproximación... Ob. cit., 163.

16 Bacigalupo Zapater, E. (2019). “La recepción de la Dogmática Penal alemana en España y Latinoamérica”, en *InDret Penal*, N° 2/2019, recuperado 31 julio, 2021 en <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/01/1458.pdf>.

Una tercera observación sobre el estado actual es que las corrientes críticas del Derecho Penal no parecen haber repercutido de manera importante en la teoría del delito. Por mucho que en la década del setenta (en el resto del mundo) y en la del noventa (en Argentina y Latinoamérica) hubo fuertes pretensiones de influir en el estudio del delito por parte de la criminología crítica de inspiración marxista, ella pudo influir parcialmente y solo en el problema de la política criminal, sin que sus conclusiones hayan afectado al concepto de delito.

Es llamativo, al respecto, que el principal expositor argentino de la Criminología Crítica, Zaffaroni, se mantuvo fiel a una dogmática finalista no-abolicionista. La teoría del delito de Zaffaroni no presenta prácticamente ninguna influencia crítica, a excepción de su concepción de culpabilidad como vulnerabilidad. Como botón de muestra de su dogmática no abolicionista basta ver su propuesta acerca de la posibilidad de admitir una autoría por determinación para los delitos de propia mano¹⁷.

En resumen, si bien no puede decirse que haya una crisis de la Dogmática Penal como tal, nos hallamos en la necesidad de responder a nuevos planteos previos en torno a la misma.

Tales planteos son: 1. el referente al método con el que se debe abordar la teoría del delito (objeto principal de este trabajo); 2. la cuestión aún abierta sobre el rol que le cabe a la dogmática frente la política criminal (esto es, si la dogmática es instrumental a la política criminal, o bien es la barrera de las pretensiones político-criminales)¹⁸; 3. el problema de qué se entiende por política criminal en el caso de que se admita una dogmática funcionalista, cuáles serían sus contenidos y, lo que es más importante aún, de dónde se extraen los criterios de imputación que deben sistematizarse mediante la dogmática.

Sobre la influencia de los avances de la iusfilosofía en el Derecho Penal, debe admitirse que aquella ha sido muy escasa. La doctrina iuspenalista ha desarrollado su disciplina de manera paralela al filósofo del Derecho. Tal afirmación debe, con todo, ser precisada un poco más.

17 Zaffaroni, E. (2006). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. Ediar, 618.

18 Cfr. Silva Sánchez, J. M. (2007). *¿Crisis del sistema dogmático del delito?* Bogotá. Ed. Universidad Externado de Colombia; alertando acerca de la poca gravitación que en definitiva tiene la dogmática como ciencia en las costumbres judiciales: los jueces necesitan fallar conforme a la legislación y no tanto conforme a las conclusiones de la Ciencia Penal. Tal afirmación, que quizás sea verdadera en otro contexto judicial, no es lo que ocurre en el caso argentino. Si hay algo evidente en las sentencias argentinas es su apego a la letra de un código penal hijo de su tiempo, esto es, del positivismo peligrosista que no se ha modificado en lo que hace a las categorías del delito.

En efecto, no puede decirse que no hubo avances filosóficos y metodológicos en la teoría del delito. De hecho, los hubo y fueron muy importantes. Lo que sí puede corroborarse es que la filosofía que influyó en los cambios de la Ciencia Penal no fue la filosofía jurídica sino, sobre todo, la filosofía política. La discusión de los últimos treinta años entre penalistas ha sido, principalmente, una de tipo filosófico-política y no filosófico jurídica.

La influencia de la filosofía política en la Ciencia Penal se ve, sobre todo, en los postulados del funcionalismo sistémico de Jakobs. Su visión, influenciada primero por Luhmann y más tarde (o al menos más expresamente) por Hegel, lo llevó a reformular los fines del Derecho Penal como un mecanismo de reforzamiento del sistema o constitución social. Tales fines fueron determinantes para una nueva dogmática que, si bien en lo estructural mantuvo las categorías del delito, llenó sus contenidos con ideas instrumentales y no principialistas¹⁹. El intervencionismo penal que se critica de la teoría del profesor de Bonn no se debe a su elaboración dogmática sino a la concepción filosófico-política que subyace.

Por su parte, Roxin ha dejado abierta la posibilidad de replantearse el método para el Derecho Penal aunque, según entiendo, no lo ha llevado hasta las consecuencias que tal replanteo parecía prometer y que es, en gran parte, la línea por la que se trabaja en este artículo. Puntualmente, me refiero a la adopción de un método *tópico* para el Derecho Penal, presentado expresamente en su *Derecho Penal. Parte General*²⁰ pero sin dejar de recalcar en la necesidad de un modo de pensar sistemático para el Derecho Penal. Al respecto, ha dicho Silva Sánchez que “en sus orígenes, la preocupación de Roxin es ‘práctica’ y se halla muy relacionada con la crítica al sistema desde las perspectivas de la tónica. Su propuesta es, pues, un intento de salvar el sistema, haciéndolo, a la vez, apto para la resolución de problemas. La solución frente al sistema cerrado, por un lado, y el pensamiento tónico, por otro, se llama ‘sistema abierto’ de orientación teleológica”²¹.

19 Aquí radican fundamentalmente las diferencias entre el funcionalismo sistémico de Jakobs y el teleológico de Roxin: el carácter principialista de la teoría de éste y el puramente instrumental de la de aquél. En palabras del propio Roxin, “dado que [Jakobs] solo limita esa tarea [del Derecho Penal] a la estabilización del sistema, por tanto, a la imputación según exigencias preventivas generales, en su construcción están ausentes elementos esenciales de la política criminal que son centrales en mi concepción: la prevención especial y la garantía de los derechos del acusado no se contemplan en su punto de partida teórico-sistémico. Pero también el método seguido por Jakobs se distancia claramente del mío por la renuncia a la consideración de las circunstancias empíricas”. Roxin, C. (2000). *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia. Ed. Tirant Lo Blanch, 51.

20 Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. 2ª edición. Madrid. Ed. Civitas, 215 y sig.

21 Silva Sánchez. *Aproximación...* Ob. cit., 110.

Este aporte de Roxin ha sido una de las pocas confesiones que se han realizado por parte de los penalistas acerca de las desventajas de un método sistemático para la teoría del delito, confesión que implica, como puede verse, admitir la precedencia del planteo filosófico jurídico frente al exclusivamente iuspenalista.

4. Exigencias metodológicas para el Derecho Penal a la luz de los actuales avances iusfilosóficos

De lo dicho en la primera parte de este trabajo, referido a la actual discusión iusfilosófica, cabe poner de resalto que el objeto del Derecho Penal tiene aristas propias derivadas de su propio objeto (¿naturaleza de la cosa?) que habilita a realizar algunas precisiones.

Si bien es cierto que las teorías de la argumentación en general y la de la ponderación en particular se vienen imponiendo en el pensamiento hispanoparlante, no es menos cierto que tales propuestas se dan, sobre todo, en el plano de la interpretación de los denominados modernamente Derechos fundamentales²². Los ejemplos con los que se ha debatido acerca de la ponderación incluyeron muy pocos problemas penales propiamente dichos, de modo tal que difícilmente pueda demostrarse la viabilidad de su método para esta rama del Derecho. Así, a excepción de la discusión que se dio entre Atienza y García Amado sobre el delito de prevaricato del juez Baltasar Garzón en el caso *Gürtel*²³, siempre que se ha tematizado sobre el método de la ponderación *versus* el de la subsunción, se han trabajado conflictos entre libertad de prensa y derecho al honor, entre autodeterminación y derecho a la vida, etc.

Aquí debemos afirmar sin ambages que el método solo puede derivarse del objeto. A objetos distintos, métodos distintos. Ese punto de partida, dada la naturaleza del objeto del Derecho Penal, reclama un método que elimine, en la mayor medida posible, la subjetividad y la relatividad en la toma de decisión.

Como puede verse, el modo como procede la teoría de la ponderación no satisface tal requerimiento.

Como contribución me parece imperioso realizar una distinción que, aunque parezca solo semántica, creo que va al fondo del asunto del método.

²² Sobre la ponderación en los Derechos fundamentales ver Alexy, R. (2012). *La construcción de los Derechos fundamentales*. Buenos Aires. Ed. Ad Hoc.

²³ Ver Atienza, M. y García Amado, J. A. (2016). *Un debate sobre la ponderación*. Lima-Bogotá. Ed. Palestra.

En tal sentido, debe distinguirse entre subjetivismo, relativismo y problematicidad.

El subjetivismo supone que solo el pensamiento del sujeto que decide es formador, constitutivo, de la decisión. El subjetivismo, sea que se lo funde en Descartes, Kant o Hegel, supone que no hay más realidad que la existente en la mente del sujeto que decide.

El relativismo, que en el fondo supone una especie de subjetivismo (aunque no son lo mismo), implica la negación de una verdad objetiva. Esta es la vía por la que se llega al constructivismo o al consensualismo. A esta opción responden los planteos de Dworkin y Alexy. Ello por mucho que Dworkin insista en la tesis de la única respuesta correcta, pues nunca logró demostrar cómo el *juez hércules* puede llegar a ella y mucho más cuando el mismo Dworkin nos presenta una moralidad (que da contenido a los principios jurídicos) totalmente relativista²⁴. En Alexy se encuentra una confesión de constructivismo procedimental o formalista –aunque no de consensualismo–, por lo que huelga dar más razones de lo que aquí se afirma: “[...] son relativamente correctas todas las concepciones que son defendidas tras la efectiva realización de un discurso, es decir, todas aquellas que son resultado de discursos reales. El resultado de un discurso real puede ser un consenso o un disenso. Incluso en el caso de un disenso es posible calificar las concepciones divergentes como relativamente correctas. Su corrección es relativa a la respectiva medida de cumplimiento de las reglas del discurso, al respectivo momento de tiempo y a los respectivos participantes”²⁵.

Respecto del carácter problemático del conocimiento práctico, será desarrollado con detenimiento a continuación.

5. El carácter aporético o problemático de toda dogmática

La problematicidad²⁶, por su parte, se aparta del subjetivismo en el sentido de que nunca se pretende que el sujeto constituya ni construya la

24 De hecho, Dworkin se ha pronunciado expresamente en favor de la eutanasia y el aborto.

25 Alexy. Ob. cit., 74.

26 Partamos de la definición de problema (aporía) que nos da Viehweg: “[...] puede llamarse problema –esta definición basta– a toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual torna el cariz de la cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución”. Viehweg, Th. (2016). *Tópica y Jurisprudencia*. Madrid. Ed. Civitas, 53.

realidad. Asimismo, se distancia del consensualismo y del constructivismo en la medida en que los problemas o *aporías* pueden ser resueltos de modo racional gracias a ciertos elementos de lógica formal.

Doy por sentado aquí que las aporías nos ponen frente a la necesidad de salir en búsqueda de soluciones que no vienen dadas por el sistema –sea porque el sistema no las contempla o porque su solución no es satisfactoria. Por ello, frente a toda aporía es necesaria una tarea valorativa-argumentativa. Ese es el campo de lo *dialéctico*, dentro del cual se encuentra la *tópica*. En contra de lo que podría pensarse, tal tarea de valorar y argumentar, al estar guiada por la lógica formal, nos previene del subjetivismo y relativismo.

Por su parte, cuando nos encontramos con elementos estructurales reales, sean estos antropológicos o empíricos, la valoración se hace a un lado, no hay aporía, y el uso de la lógica formal se impone. Lo mismo dígame de aquellos elementos que, aunque sean legales, no suponen la necesidad de una interpretación o valoración especial (por ejemplo, cuando la ley define qué debe entenderse por *funcionario público, veneno o estupefacientes*, etc.). Este segundo grupo de objetos conforman el campo de lo *apodíctico*²⁷.

El Derecho Penal supone, hay que admitirlo, algunas estructuras ónticas²⁸. Sería necesario un extenso trabajo para deslindar qué cosas en la teoría del delito son verdaderas aporías y qué cosas no presentan problematicidad alguna. Siguiendo a Aarnio, podríamos decir que aún las tareas más “mecánicas” o, usando terminología de Makkonen, “decisiones isomórficas”, se nos presentan como faenas cuyo resultado es solo plausible: “Los partidarios de un movimiento ecológico se atan ellos mismos con esposas a unas excavadoras a fin de impedir que sean utilizadas en el drenaje de un lago [...] algunos lo calificarán de motín [...] otros de resistencia violenta en contra de un agente oficial en cumplimiento de sus deberes, [...] un tercer observador podrá decir que es un caso de obstrucción a los deberes de un

27 Sobre la distinción aristotélica entre lo apodíctico y lo dialéctico, ver Viehweg (2016). Cap. II.

28 Creo que es posible asumir que hay estructuras lógico-reales sin que ello implique asumir in totum las consecuencias sistemáticas del finalismo. Este trabajo, con la propuesta de un método aporético-valorativo, es una muestra de ello. Lo que sí cabe es realizar una debida distinción acerca de qué cosas son entes objetivos y qué cosas son entes que se “construyen” desde lo valorativo. Del mismo modo, sostiene Silva Sánchez, citando a Schünemann: “Los conceptos deben ser ‘conformes con la realidad’ (wirklichkeitskonform). Sin embargo, ello permite un cierto ‘espacio de juego’; así, mientras que sería posible someter a las sillas a las mismas reglas jurídicas que las mesas, y declararlas ‘mesas en sentido jurídico’, no cabe en modo alguno someter a las sillas a las reglas sobre la capacidad negocial de los hombres, dado que a la silla le falta la capacidad óntica necesaria para ello, es decir, para realizar acciones voluntarias”. Silva Sánchez. Aproximación... Ob. cit., 106.

agente oficial. [...] Una interpretación más liberal podría sostener que los manifestantes realizaban un ‘daño malicioso’. Los propios manifestantes interpretan su comportamiento o bien como autodefensa o bien como una acción en estado de necesidad [...] la tipificación misma del hecho es ya un problema”²⁹.

El hecho central que se pretende destacar en estos párrafos, sin pecar de cinismo, es que se debe admitir que las respuestas que se dan a los casos, muchos de ellos de laboratorio, se construyen a partir de un modo de pensar no *sistemático* sino *tópico*: “Si se prescindiera del frustrado ensayo de Leibniz de conservar la estructura tópica, sometiéndola a control, se hace preciso, con el fin de obtener la cientifización pretendida, sustituir la tópica por el sistema. Es significativo, sin embargo, que esto solo pueda hacerse conservando los resultados ya obtenidos. Se utiliza el trabajo previo, que la tópica ha realizado, poniendo en un orden lógico los conceptos y las proposiciones elaborados por ella y asegurando de esta manera un método deductivo”³⁰. En rigor de verdad, entiendo que la dogmática siempre operó de modo aporético. La dogmática anterior a la aparición de las tesis funcionalistas, por mucho que pretendía abordar la teoría del delito de un modo lógico-sistemático, también ha procedido de modo aporético.

El modo de pensar sistemático-deductivo puede entenderse en dos sentidos: como un modo de pensar que, por vía simplemente subsuntivo-deductiva, pretende extraer las soluciones a partir de axiomas dados por la propia teoría del delito, lo que podríamos llamar *sistematicismo conceptual*; o bien, puede entenderse como la solución que surge de la mera subsunción del caso en la norma, que llamaríamos *sistematicismo legalista*. Ninguno de los modos sistemáticos señalados puede explicar acabadamente cómo procede el científico y, mucho menos aún, el operador del Derecho Penal.

En lo referente a la tópica, sostiene Viehweg, con referencia al pensamiento de Vico, que para el italiano: “El método antiguo (tópica) tiene, en cambio, el siguiente aspecto: el punto de partida lo forma el *sensus communis* (sentido común, *common sense*), que manipula con lo verosímil (*verisimilia*), intercambia puntos de vista de acuerdo con los cánones de la tópica retórica y trabaja principalmente con un tejido de silogismos”³¹. En otros términos, el modelo tópico deviene el abordaje que, aunque problemático, se mantiene en los cauces de la razonabilidad a partir del uso de la lógica formal.

29 Aarnio. Ob. cit., 26.

30 Viehweg. Ob. cit., 135.

31 Viehweg. Ob. cit., 28.

Pues bien, tomaré un par de ejemplos en los que se demostrará que, cuando la doctrina se ha encontrado con que las soluciones provenientes del sistema (bien sea el conceptual de la teoría del delito, o bien el de la legislación) no han sido racionalmente satisfactorias, se ha recurrido a un *modo de pensar aporético*, tópico, para dar al caso la respuesta que se considera *razonable*, aun cuando esto implique traicionar a alguno de aquellos *sistemas*.

6. Algunos ejemplos sobre el carácter aporético de la Dogmática Penal

Uno de los mejores lugares para demostrar el carácter aporético de la construcción de la teoría del delito es el de la ubicación de las categorías del delito y el tratamiento de sus problemas.

Intentaré demostrar con algunos ejemplos cómo las soluciones y argumentos son muchas veces traducibles (esto es, que más allá de la ubicación sistemática, las respuestas de diversos sistemas conceptuales o legales llegan a la misma conclusión). Con ello se pondrá de resalto que lo fundamental en la elaboración de la Ciencia Penal y en la resolución de los casos no es la *derivabilidad* de las soluciones a partir de *corsets* conceptuales o legales, sino la fuerza del argumento que sostiene aquellas soluciones y que es perfectamente posible que una misma respuesta pueda ser fundada con argumentos distintos, así como que hay argumentos racionales para más de una respuesta.

Tal como indica Mahiques, “es posible la coexistencia de diversos sistemas conceptuales, tales como lenguajes que connoten un mismo objeto y que permitan ser traducidos el uno en el otro sin generar deformaciones”³².

Dejo sentado de antemano que los ejemplos solo se ponen al efecto de mostrar la tesis de este trabajo, esto es, el carácter problemático del saber jurídico penal y que ya no solo un caso concreto puede tener más de una respuesta razonable, sino que hasta la elaboración científica misma tiene dicha característica.

Tomemos como ejemplo la categoría de la culpabilidad. Partiendo de la base de que la culpabilidad es un juicio de reproche que supone la capacidad de culpabilidad, su ubicación como furgón de cola del análisis del delito se justificaría, en líneas generales y según la opinión abrumadoramente mayoritaria, del siguiente modo: solo cabe preguntarse sobre el reproche de culpabilidad acerca de acciones que ya sabemos que son típicas y que no

32 Mahiques, C. (2008), *La Ciencia del Derecho Penal como problema abierto*. Buenos Aires. Educa, 25.

tienen permiso del ordenamiento jurídico para, recién ahí, preguntarnos sobre la capacidad del sujeto para motivarse en la norma. Toda culpabilidad supondría como *prius* lógico, que el sujeto haya realizado injusto penal.

Pero también es perfectamente razonable e igualmente lógico ponerla en primer término y razonar del siguiente modo: solo son relevantes penalmente aquellas acciones realizadas por sujetos capaces de culpabilidad, por lo que analíticamente es un sinsentido abordar el estudio acerca de la tipicidad o antijuricidad de un hecho realizado por un sujeto carente de capacidades de motivación normativa. Luego, la culpabilidad –al menos en cuanto a la imputabilidad– debe ser analizada previamente a cualquier otra categoría de la teoría del delito. Sería un verdadero dislate debatir sobre la presencia, por ejemplo, de un estado de necesidad justificante respecto de la acción de un sujeto que ya de antemano sabemos que es inimputable.

Un ejemplo similar lo encontramos en la obra de Creus: “[...] el despliegue de las ideas sobre la teoría del delito tiene que comenzar por el tema de la antijuricidad [...] Este punto de partida se impone porque el cometido del Derecho Penal se constriñe a penalizar conductas que ya son antijurídicas, vale decir, conductas que expresa o implícitamente ya están prohibidas por el ordenamiento jurídico general; el tipo siempre se limita a seleccionar (para punir) algunas de esas conductas, no puede seleccionar una conducta cualquiera que se torne antijurídica porque el tipo penal la describe [...] la antijuricidad, consecuentemente lo antijurídico y, por ende, lo que no lo es por estar (pese al tipo) autorizado (o justificado) es un dato prepenal, que merecería un tratamiento previo al propio de la teoría jurídica del delito”³³.

Esta posición, evidentemente, parte de la idea comúnmente aceptada de que no existe una antijuricidad penal propiamente dicha y no es otra cosa que una aplicación coherente y lógica del principio de fragmentariedad. Vale decir, desde el punto de vista estrictamente lógico-formal, que la antijuricidad es un presupuesto de la tipicidad, por aplicación, a contrario sensu, del argumento *a maiori ad minus*, en este caso, *lo más supone lo menos*: “[...] la ilicitud penal, por ser más gravosa (tipicidad), supone de antemano una ilicitud menos gravosa (antijuricidad)”. Solo se podrían tipificar (ilicitud penal) las conductas que ya presentan una ilicitud menor (contrariedad al ordenamiento general).

La teoría de la imputación objetiva es otro lugar desde el que podemos mostrar el carácter aporético del saber jurídico penal. Tal como se ha señalado, la idea de una imputación objetiva del resultado no ha sido una

33 Creus, C. (2003). Introducción a la nueva Doctrina Penal. Buenos Aires-Santa Fe. Ed. Rubinzal-Culzoni, 56-57.

innovación funcionalista³⁴. Toda teoría del delito tiene elementos que sirven para trabajar el aspecto objetivo de la imputación a los efectos de limitar la causalidad.

Ya el causalismo tenía sus propios criterios limitadores de la causalidad. De hecho, la teoría originalmente fue creada en los años treinta por Honig.

Pero más allá de ello, hay argumentos por los que se llega a la misma conclusión que a través de la teoría de la imputación objetiva: así, la teoría de la adecuación social en Welzel tiene la misma función (aunque no igual alcance) que la teoría de la imputación objetiva, en tanto pretenden ambas ser limitadoras de la causalidad.

Del mismo modo, el ejemplo del sobrino que envía a su tío rico a un viaje con un “dolo” homicida en la esperanza de que éste muera en un accidente, puede resolverse sin necesidad de la teoría de la imputación objetiva, aplicando un tópico diferente³⁵. Mientras la teoría de la imputación objetiva lo resuelve aplicando la idea del riesgo jurídicamente permitido, podría llegarse a la misma conclusión partiendo de la exigencia antropológica de que todo dolo supone la posibilidad de dominio del curso causal y que desear o esperar no es lo mismo que querer. La idea de dominabilidad del curso causal, esto es, la posibilidad de preordenación de los medios encaminados a la consecución del resultado, permite solucionar casos análogos a los que proponen los partidarios de la teoría de la imputación objetiva.

En otro orden de ideas, la teoría de la imputación objetiva, si tomamos como una de sus aplicaciones la idea de *rol*, tampoco aporta nada que no pueda ser resuelto desde otros argumentos, por ejemplo, sosteniendo que quien actúa siguiendo un rol estereotipado no realiza un injusto por aplicación de la causa genérica de justificación que impide considerar delictiva a las acciones que se realicen “en legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo”. Aquí vemos cómo la teoría de la imputación objetiva no es otra cosa que una causa de justificación, pero analizada al nivel del tipo objetivo.

A similares resultados se llega también a través de la teoría de los elementos negativos del tipo o de la tipicidad conglobante, propuesta por Zaffaroni³⁶.

34 La preexistencia de criterios limitadores de la causalidad anteriores a la aparición de la Teoría de la Imputación Objetiva es reconocida por el propio Jakobs: “Mucho antes de que se desarrollara esta doctrina estaba claro que no toda causación evitable (o bien originada en un acto voluntario o final) de un resultado potencialmente típico constituía al mismo tiempo una conducta típica (ya se ha hablado de la adecuación social en Welzel)”. Jakobs, G. (2008). *El Derecho Penal como disciplina científica*. Pamplona. Ed. Civitas, 85.

35 Sobre las posibles respuestas al caso del “tío rico” ver Hirsch, H. (1998). *Derecho Penal. Obras completas*. T. I. Buenos Aires-Santa Fe. Ed. Rubinzal-Culzoni, 37.

36 Zaffaroni. *Ob. cit.*, 369.

Por lo demás, es reconocido por los propios partidarios de la teoría de la imputación objetiva que los criterios que sirven de base para la solución de casos mediante su implementación son precisamente de carácter problemáticos. En tal sentido, todo funcionalista afirma que, por ejemplo, el instituto del *riesgo jurídicamente desaprobado dentro de los fines de protección de la norma* supone, ya desde el comienzo, un dato nada apodíctico, como lo es el determinar cuál es ese fin y alcance de protección de la norma para determinar si el riesgo es o no permitido. Vale decir, la propia teoría de la imputación objetiva supone, para su aplicación, elementos no sistemáticos ni lógico-deductivos.

7. Posible aplicación de la tópica al Derecho Penal

En estos párrafos haré una serie de distinciones y clasificaciones para lograr una mejor tarea analítica e intentaré exponer de manera clara y esquemática los puntos de partida para un abordaje aporético de la Ciencia Penal.

En primer término, debe delimitarse el campo de lo apodíctico y lo dialéctico. Sobre aquellas cuestiones apodícticas el abordaje no es tópico propiamente dicho, ya que no son materia sobre la que quepa el disenso o puntos de vistas distintos. Por el contrario, el campo de lo dialéctico es precisamente, como vimos, aquél en el que entra a jugar la tópica.

Así las cosas, cabe distinguir lo que es real y constatable empíricamente (ámbito de lo apodíctico) de aquello que supone un cierto punto de vista valorativo u opinable (dialéctico y aporético).

Las realidades constatables tienen que ver con *elementos descriptivos del ilícito*, algunos de ellos *empíricos* y otros puramente *lógicos*³⁷. Estos elementos descriptivos o reales pueden ser *objetivos* o *subjetivos*. Estos tipos de elementos reales no presentan problematicidad en sí mismos. La tarea del operador jurídico será solo la constatación (sobre la que luego volveremos) de su existencia. Así, son elementos reales y objetivos los conceptos como la causalidad, la existencia de una agresión ilegítima para el caso de la legítima defensa, el peligro inminente para el estado de necesidad disculpante, etc. Por su parte, son *elementos reales subjetivos* aquellos como el dolo, la capacidad de culpabilidad, la comprensión de la criminalidad, los elementos

³⁷ Nos referimos a la constatación que se puede realizar por vía silogística y que presenta, siempre que se parta de premisas apodícticas, conclusiones necesariamente apodícticas y sobre las cuales no es posible proceder dialécticamente.

subjetivos distintos del dolo –la malicia, el ánimo de lucro, el aprovechamiento–, entre otros.

Así, una de las principales de esas estructuras reales es el fenómeno de culpabilidad en el sentido lato u antropológico, esto es, la relación de dominio o señorío que el sujeto posee con su acto. Tal relación del agente con su acto es, evidentemente, inescrutable, pero real, objetiva. El dolo, asimismo, no puede ser otra cosa que una estructura real porque es una realidad antropológica. Se equivoca la doctrina cuando sostiene que la culpabilidad es un juicio de reproche que, como tal, es exterior al sujeto. La culpabilidad es siempre una relación del sujeto con su acto, de modo tal que, acreditada positivamente tal relación, deviene el posterior juicio de reproche. Pero en todo caso, la culpabilidad es algo distinto del juicio de reproche, pues éste supone aquella.

Afirmar la existencia de elementos objetivo-reales, sean empíricos o lógicos, nos lleva a la necesidad de dar respuesta a la eventual acusación de incurrir en la denominada “falacia de Hume”. Sobre ello me remito a mi trabajo en el que se responde a la cuestión afirmando que es perfectamente posible fundamentar proposiciones normativas (del deber ser) en consideraciones antropológicas (del ser) sin caer en falacia alguna³⁸.

Por otro lado, debo aclarar que ese dato objetivo no debe entenderse con lo hacía Rickert y la escuela neokantiana sudoccidental alemana. Para el citado autor, por aplicación de la gnoseología kantiana, la realidad captada poseía no solo una dimensión empírica sino una dimensión de sentido; pero tal dimensión de sentido sería un dato *a priori*. Nosotros, en cambio, afirmamos que el ente ya se encuentra completo en la realidad empírica. Mientras para el neokantismo la realidad se constituye con el aporte de las categorías *a priori* y el dato empírico *a posteriori*, parto de la base de que el sujeto cognoscente descubre tanto la materia como la forma *a posteriori*, en la cosa misma.

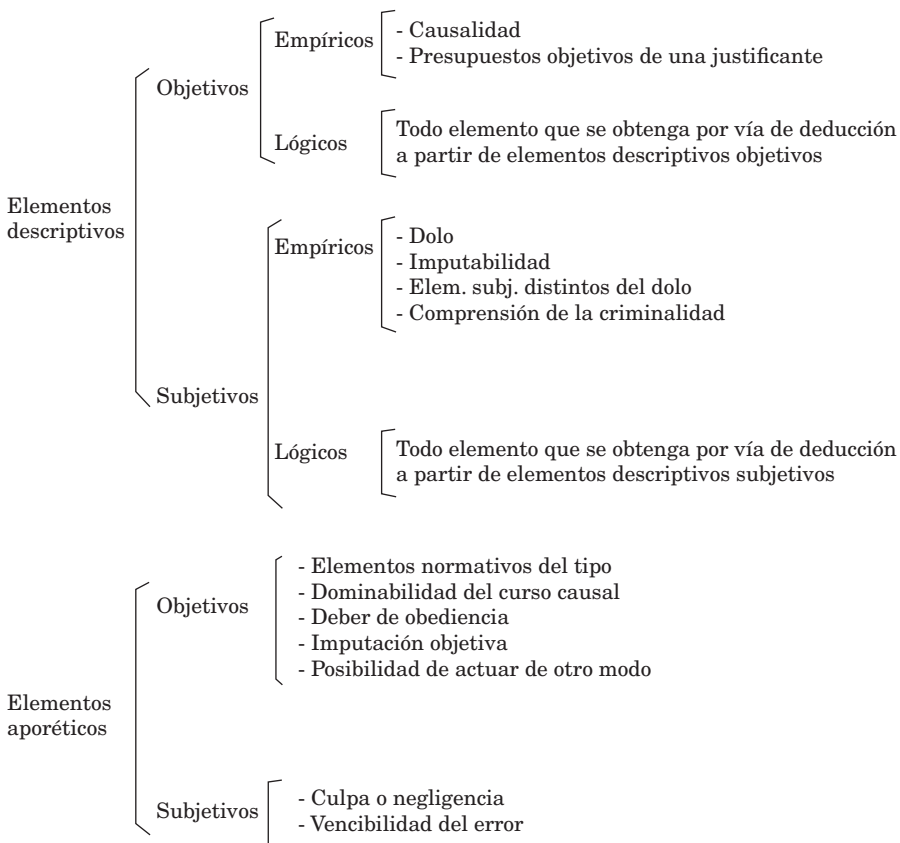
En lo referente a los elementos que están en el campo de lo dialéctico (aporéticos), son aquellos sobre los que puede haber más de un punto de vista y *requieren cierta valoración*. Estos elementos también son clasificables en objetivos y subjetivos, según refieran a aspectos externos al agente, o bien, a aspectos relacionados con aquello que de subjetivo tiene el ilícito. Así, por ejemplo, encontramos como *elementos aporéticos subjetivos* aquellos referidos a la vencibilidad del error, etc., y como *elementos aporéticos objetivos* a aquellos tales como el deber de obediencia como causa de justificación,

38 Schonfeld, L. (2020). “Ley Natural. La lógica y la antropología como su fundamento”, en Revista da Faculdade de Direito da FMP. Porto Alegre, v. 15, n. 1, 178-190, disponible en <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/186>

los denominados elementos normativos del tipo, la ponderación de los bienes en juego para el estado de necesidad justificante, imputación objetiva del resultado, posibilidad de actuar de otro modo, dominabilidad del curso causal, etc.

La enumeración pretende ser solo ilustrativa y la muestro al mero efecto de que se comprenda el método que se propone para la Ciencia Penal. Ello así pues, como sostiene Larenz, “la ordenación de tales catálogos [de tópicos] es discrecional, por ejemplo, alfabéticamente; el número posible de *topoi* es prácticamente ilimitado. Es indiferente que aparezcan como conceptos o como proposiciones”³⁹.

Así las cosas, tendríamos la siguiente clasificación:



39 Larenz. Ob. cit., 153.

El repertorio de tópicos, que como señala Larenz, es posible llevarlo al infinito, puede ordenarse en base criterios. Como ordena la lógica, para que una clasificación sea válida basta con que se mantenga el criterio de división y no se omita ninguna especie dentro de ese género.

Así las cosas, podemos clasificar los tópicos del siguiente modo:

Tópicos de la Teoría general del Derecho: aquí encontramos como tópicos a los principios del Derecho universalmente admitidos, tales como el principio de que nadie tiene el deber de sufrir la injusticia (principio de autoconservación); el principio de que nadie está obligado a lo imposible; que nadie puede alegar su propia torpeza, que nadie puede beneficiarse de su propio acto ilícito, etc.

Tópicos constitucionales: se encontrarían aquí todos los argumentos que gravitan en la esfera del Derecho constitucional, tales como el de legalidad, debido proceso, culpabilidad, razonabilidad, humanidad, *pro homine*, *in dubio pro reo*, última ratio, etc.

Tópicos del Derecho Penal: son tópicos específicamente penales aquellos que encontramos en la ley penal positiva y la Ciencia del Derecho Penal. En este orden encontramos tópicos como el de accesoriedad de la participación, de fragmentariedad, el principio de confianza, el riesgo permitido (la teoría de la imputación objetiva en general puede ser considerada un tópico), el que asume que los delitos de mera actividad no admiten tentativa, etc.

Estos tópicos específicos del ámbito penal pueden ser objeto de subclasificaciones, ordenándolos bien sea en objetivos y subjetivos, como se propuso más arriba, o bien puede perfectamente ordenárselos en base a la categoría del delito en el que gravitan: tópicos atinentes al tipo, tópicos referidos a la antijuricidad, tópicos referidos a la culpabilidad y tópicos referidos a la culpabilidad; o bien solo en tópicos atinentes al injusto y tópicos atinentes a la culpabilidad.

La clasificación de los tópicos, cualquiera sea el criterio que se tome para la división lógica, es estrictamente necesaria por varios motivos: por un lado, clasificarlos facilita el recurso mental a ellos, permite encontrarlos con facilidad, agiliza el análisis del caso y evita omitir alguno de ellos. Por otro lado, clasificar los tópicos permite contrastarlos desde el punto de vista lógico para cuando aparecen nuevos tópicos, de tal modo que los existentes y universalmente admitidos sirven como filtro de compatibilidad de los nuevos tópicos que pretendan sumarse. Como puede verse, aquí encontramos la tarea propiamente científica ya que los tópicos deben responder a un criterio lógico que permita su inclusión en alguna de las categorías de la clasificación y exige que la metodología tópica no se asimile a una mera yuxtaposición de argumentos contradictorios.

8. Tópica *versus* principio de legalidad

La objeción más palmaria que podría invocarse contra lo que aquí se sostiene, sería que la adopción de un método tópico para el Derecho Penal se da de bruces contra la exigencia de estricta legalidad.

Tal objeción puede responderse desde dos perspectivas, una fáctica y otra normativa. Desde la perspectiva de los hechos, debemos decir que el apego a la estricta legalidad nunca erradicó la necesidad de fijar los contenidos de los conceptos que maneja la teoría del delito. Basta abrir cualquier manual de la parte especial para observar la necesidad de delimitar el alcance de los términos empleados por el legislador (por ejemplo, los conceptos de arma, de funcionario público, mujer honesta, etc.).

Aún en la parte general la doctrina ha elaborado conceptos que, o bien carecen de fundamento legal, o bien los modifican. Así, el concepto de dolo, en todos los lugares en los que el legislador parece referirse a ese elemento subjetivo, lo hace siempre con palabras tales como “fin” (art. 42, CP), “quiso” (art. 47, CP, *a contrario sensu*, como límite a la participación), todo ello sin contar con las numerosas interpretaciones y adecuaciones que la doctrina y jurisprudencia han realizado sobre los institutos contenidos en el artículo 34, CP, donde expresamente la ley dice que “no serán punibles”, entre otros casos, los que obraren “bajo amenaza de sufrir un mal inminente y grave”; pese a lo cual la doctrina ha propuesto que –al ponerlo a nivel de culpabilidad como estado de necesidad disculpante– podría pensarse igual según haya sido la gravedad de la afectación del estado de necesidad, dado que la culpabilidad es *graduable* sobre la afirmación previa de un injusto doloso.

Sobre tal actitud de armar una ciencia de espaldas a la realidad y a la legislación se ha dicho que “incluso aquellos que proclaman la necesidad del saber criminológico, cuando escriben de teoría del delito, de parte general e incluso de tipos penales concretos, omiten completamente cualquier referencia al saber criminológico (salvo excepciones). No se sabe cómo administrarlo: cuando se critica el Derecho vigente, o cuando se habla [...] de criminología se dice que ésta (y las Ciencias Sociales) son necesarias, pero no se hace lo mismo cuando se entra *in medias res* en el Derecho Penal para comentarlo o sistematizarlo”⁴⁰.

En cuanto a la respuesta desde un punto de vista normativo a la eventual crítica, debe considerarse que el método que aquí se propone se adecua de mejor modo a las exigencias de un Estado de Derecho Constitucional. En

40 Donini, M. (2004). “La relación entre Derecho Penal y Política: Método Democrático y Método Científico”, en *Revista Penal*, ISSN 1138-9168, N° 13, 68-84. Recuperado 8 julio, 2021 en <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12532/Relaci%C3%B3n.pdf?sequence=2>

el caso argentino⁴¹, y conforme lo ha resaltado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el preclaro fallo *Casal*, qué es el Derecho válido y vigente lo establece el juez, no el legislador. Ese dato, sin implicar la adopción de una tradición jurídica anglosajona, nos conmina a reformular el alcance del principio de legalidad. Si por legalidad se entiende la facultad del legislador para determinar el alcance de los conceptos empleados por la ley, más aún cuando tales definiciones legislativas vayan en contra de la experiencia y el dato científico, tal concepto de legalidad devendría inconstitucional. Pero no solo es contraria al modelo constitucional argentino, sino que además es contraria a la realidad como operan juristas y jueces. Tal como se advirtió más arriba, una concepción positivista y normativista del principio de legalidad no fue sino, en boca de Ferrajoli, una utopía. Ni los exégetas franceses pudieron sustraerse a la necesidad de que el juez fije los contenidos y la interpretación que cabe darle a la norma en el caso concreto. Al respecto, es llamativa la observación de Radbruch: “La prohibición de la retroactividad del Derecho Penal no puede regir en la medida en que el Derecho Penal sea derecho de juez ‘judge made law’: un nuevo precedente encuentra necesariamente aplicación a un hecho a pesar de que al cometerse el nuevo criterio jurídico todavía no existía. Esto rige no solamente para el Derecho inglés, sino para todo Derecho de jueces, incluso el alemán”⁴².

Toda crítica legalista-positivista contra lo que aquí se sostiene se cae en el mismo instante en que se puede demostrar que en los hechos, en el plano del proceder habitual de juristas, científicos y jueces, el dato legal nunca fue un límite para la interpretación y la elaboración de los conceptos penales que, en definitiva, serán los que fundamenten la aplicación de la pena. Dicho en términos más claros, como toda ley *debe interpretarse* y siempre cabría una interpretación *pro reo*, toda aplicación de la pena supondría una interpretación *in malam partem*.

Así, pues, descartado el mito de una construcción científico-dogmática a partir del dato legal y asumiendo el rol que le cabe a los jueces en un modelo de Estado de Derecho Constitucional, resulta que el criterio de razonabilidad de las decisiones es el fundamento de la calificación de una solución como *justa*. Tal principio –también constitucional– de razonabilidad tiene, sino más peso constitucional que el de legalidad, al menos una mayor reali-

41 Sobre las consecuencias de la distinción entre Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional ver Schonfeld, L. (2019). “Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional en el Sistema Argentino. Implicancias para la Teoría General del Derecho”, en *Ars Boni et Aequi*, Vol. 15, N° 2, Santiago-Chile, disponible en <http://www.arsboni.ubo.cl/index.php/arsbonietaequi/article/view/361/334>; DOI: <http://dx.doi.org/10.23854/07192568.2019152Schonfeld114>

42 Radbruch, G. (2018). *El espíritu del Derecho inglés*. Santiago-Chile. Ed. Olejnik, 60.

dad práctica. La razonabilidad de las decisiones como criterio positivamente calificante de ellas tiene como una de sus mayores exigencias el seguimiento de las reglas de la lógica en la argumentación.

En definitiva, es necesario realizar una aclaración central respecto de lo que aquí se propone: *toda argumentación desde los tópicos encuentra su límite y seguridad en el sentido común y en el seguimiento de las reglas de la lógica.*

Así, por ejemplo, si se pretende poner como tópico a la teoría del dolo, tal como la propone Jakobs, debería rechazarse desde el punto de vista estrictamente lógico, procediendo del siguiente modo: toda la psicología y la antropología nos enseña que querer y conocer responden a potencias distintas, el querer a la voluntad y el conocer al intelecto. Y si el conocer es fundamento del querer, querer es más que conocer (es el fundamento más lo fundado). Por ello, se incurre en una falacia presuponiendo que si se da lo menos (conocer) también se da lo más (querer). La falacia, dicho de modo más simple, viola las reglas de la lógica en lo atinente a la relación entre las proposiciones, toda vez que las proposiciones del tipo *todo el que quiere, conoce* (proposición universal afirmativa), deben ser convertidas *por accidente*, esto es a una proposición particular afirmativa: *algunos que conocen, quieren*⁴³. El error de Jakobs, como puede verse, consiste en que procede a la conversión simple: *todo el que quiere, conoce*, lo convierte falazmente en *todo el que conoce, quiere*.

Por lo demás, entiendo que los modelos interpretativos funcionalistas tampoco han traído la seguridad jurídica necesaria, dada su constante referencia a criterios no ya lógicos –como los que aquí se proponen–, sino puramente político criminales⁴⁴. En efecto, “si el Parlamento no tiene en cuenta a la criminología o a las Ciencias Sociales para construir los tipos penales, si éstos no tienen una adecuada matriz teleológica, ¿por qué, o con qué límites se les debería dar un margen en sede interpretativa o ejecutiva? ¿O tendríamos que pensar en nuevas finalidades que el intérprete (doctrina, jurisprudencia) aplicaría *ab extra* a normas nacidas ciegas? Este déficit explica el éxito permanente de posturas idealistas (aunque estén enmascaradas de teleologismo, funcionalismo o valoraciones pseudo político-criminales), que no miden las consecuencias de las decisiones criminalizadoras: basta que las incriminaciones y las condenas satisfagan el consenso social que da es-

43 Sobre las reglas de la conversión de las proposiciones o juicios puede verse Balmes, J. (1943). *Curso de Filosofía Elemental*. T. II. Barcelona. Ed. Araluce, 72; también, Vernaux, R. (1989). *Curso de Filosofía Tomista. Introducción General y Lógica*. Barcelona. Ed. Herder, 117.

44 Sobre el riesgo del populismo punitivo no puede dejar de verse Silva Sánchez, J. M. (2011). *La expansión del Derecho Penal*. Montevideo-Buenos Aires. Ed. BdeF.

tabilidad al sentimiento de seguridad colectiva, reintegrando idealmente el orden jurídico violado y la fidelidad al ordenamiento”⁴⁵.

9. Conclusión

Cabe concluir que los aportes que la Filosofía del Derecho ha coleccionado en los últimos años pueden dar una sólida base para la reelaboración del método en el Derecho Penal, asumiendo éste un carácter retórico y tópico, sin que de ello quepa temer arbitrariedad. Muy por el contrario. Arbitrariedad es sinónimo de falta de razonabilidad. La arbitrariedad y con ella la inseguridad jurídica se instalan desde el mismo momento en que el intérprete y operador jurídico se apartan de las reglas de la lógica que rigen toda la tarea argumental. Por su parte, la adopción de criterios sistemáticos deductivos, ya sea partiendo de la legislación o bien de construcciones científicas, no solo ha resultado frustrada e incapaz de limitar el poder punitivo a sus cauces normales y razonables. Por el contrario, como señala Silva Sánchez, “constatado lo anterior, en la medida en que la dogmática no solo tiene pretensiones cognitivas, sino también pretensiones prácticas, parece claro, de entrada, que no puede optar por sistemas cerrados axiomáticos, ni tampoco por enfoques conceptualistas. La interrelación estructural de unas reglas con otras sobre la base de criterios de coherencia interna no debe, pues, reconducirse necesariamente a modelos deductivos”⁴⁶.

La adopción de un método tópico para el estudio del Derecho Penal trae consigo innumerables beneficios, el mayor de los cuales es garantizar que las decisiones se tomarán previa confrontación de argumentos de los cuales solo saldrá victorioso aquél que más rigurosamente siga las reglas del razonamiento correcto.

Tal método echa por tierra la arbitrariedad del juez y hace que sus decisiones sean controlables y revisables desde criterios perfectamente objetivos.

Tal como sostiene Ollero, “¿En qué medida influirán sus propios planteamientos personales? ¿Existen resortes capaces de controlar la dimensión creativa de la tarea de los miembros de ese Poder que es ahora cualquier cosa menos ‘nulo’? Para que la situación no llegue a resultar inquietante sería preciso que se diera algún grado de confluencia entre tres posibles fuentes de confianza: la existencia de elementos éticos objetivos

45 Donini. Ob. cit., 68.

46 Silva Sánchez, *Crisis...* Ob. cit., 29.

cuyo conocimiento, aun siendo problemático, resultara no obstante factible a través de un esfuerzo intersubjetivo; la eficacia de los mecanismos procesales para dar cauce a dicho esfuerzo, así como para dejar abierta alguna instancia rectificadora de posibles errores; la nitidez de la llamada independencia ‘objetiva’ de ese gremio judicial, capaz de transmitir una apariencia de imparcialidad que consolide la credibilidad social de sus resoluciones”⁴⁷.

10. Bibliografía

- Alexy, R. (2012). *La construcción de los Derechos fundamentales*. Buenos Aires. Ed. Ad Hoc.
- Aarnio, A. (2017). *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Lima. Ed. Palestra.
- Atienza, M. y García Amado, J. (2016). *Un debate sobre la ponderación*. Lima-Bogotá. Ed. Palestra.
- Bacigalupo Zapater, E. (2019). “La recepción de la Dogmática Penal alemana en España y Latinoamérica”, en *InDret Penal*, N° 2/2019, recuperado de <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/01/1458.pdf>
- Balmes, J. (1943). *Curso de Filosofía Elemental*. T. II. Barcelona. Ed. Araluce.
- Bobbio, N. (1989). Prólogo a *Derecho y Razón* de Ferrajoli, Luigi. Madrid. Ed. Trotta.
- Creus, C. (2003). *Introducción a la nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires-Santa Fe. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Donini, M. (2004). “La relación entre Derecho Penal y Política: Método Democrático y Método Científico”, en *Revista Penal*, ISSN 1138-9168, N° 13, 67-84, recuperado 8 julio, 2021 en <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12532/Relaci%C3%B3n.pdf?sequence=2>
- Ferrajoli, L. (2006). *Derecho y Razón*. Madrid. Ed. Trotta.
- García Amado, J. A. (2016). “Qué es ponderar. Sobre implicaciones y riesgos en la ponderación”, en *Revista Iberoamericana de Argumentación*, N° 13.
- Gargarella, R. (2011). *La justicia frente al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*. Ed. Corte Constitucional.
- Hirsch, H. J. (1998). *Derecho Penal. Obras completas*. Tomo I. Buenos Aires-Santa Fe. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Jakobs, G. (2008). *El Derecho Penal como Disciplina Científica*. Pamplona. Ed. Civitas.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría Pura del Derecho*. México. Ed. UNAM.

47 Ollero, A. (2002). “El papel de la personalidad del juez en la determinación del Derecho. Derecho, historicidad y lenguaje en Arthur Kaufmann”, en *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, recuperado 8 julio, 2021 en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/documentos-magistrados/OlleroTassara/Colaboraciones/164-KAUF.pdf>

- Larenz, K. (1980). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona. Ed. Ariel.
- MacCormick, N. (2018). *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho*. Lima. Ed. Pa-lestra.
- Mahiques, C. (2008). *La Ciencia del Derecho Penal como problema abierto*. Buenos Aires. Educa.
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*. 2ª edición. Montevideo-Buenos Aires. Ed. BdeF.
- Ollero, A. (2002). “El papel de la personalidad del juez en la determinación del De-recho. Derecho, historicidad y lenguaje en Arthur Kaufmann”, en *Persona y De-recho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, recuperado 8 julio, 2021 en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/documentos-magistrados/OlleroTassara/Colaboraciones/164-KAUF.pdf>
- Radbruch, G. (2018), *El espíritu del Derecho inglés*. Santiago-Chile. Ed. Olejnik.
- Schmitt, C. (1996). *Sobre los tres modos de pensar la Ciencia Jurídica*. Madrid. Ed. Tecnos.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. 2ª ed. Madrid. Ed. Civitas.
- Roxin, C. (2000). *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia. Ed. Tirant Lo Blanch.
- Schonfeld, L. (2019). “Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional en el Sistema Argentino. Implicancias para la Teoría General del Derecho”, en *Ars Boni et Aequi*, Vol. 15, N° 2, Santiago-Chile, disponible en <http://www.arsboni.ubo.cl/index.php/arsbonietaequi/article/view/361/334>; DOI: <http://dx.doi.org/10.23854/07192568.2019152Schonfeld114>.
- Schonfeld, L. (2020). “Ley Natural. La Lógica y la Antropología como su Fundamen-to”, en *Revista da Faculdade de Direito da FMP*. Porto Alegre, v. 15, n. 1, 178-190, disponible en <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/186>
- Silva Sánchez, J. M. (2010). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. 2ª edición. Montevideo-Buenos Aires. Ed. BdeF.
- Silva Sánchez, J. M. (2007). *¿Crisis del Sistema Dogmático del Delito?* Bogotá. Ed. Universidad Externado de Colombia.
- Silva Sánchez, J. M. (2011). *La expansión del Derecho Penal*. Montevideo-Buenos Aires. Ed. BdeF.
- Vernaux, R. (1989). *Curso de Filosofía Tomista. Introducción General y Lógica*. Bar-celona. Ed. Herder.
- Viehweg, Th. (2016). *Tópica y Jurisprudencia*. Madrid. Ed. Civitas.
- Waldron, J. (2018). *Contra el Gobierno de los Jueces*. Buenos Aires. Ed. Siglo XXI.
- Zaffaroni, E. R. (2006). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. Ediar.

LOS COLEGIOS ROMANOS Y LOS GREMIOS MEDIEVALES EN LA HISTORIA DEL DERECHO

Arturo Salazar Santander

Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile

Contacto: aasalazar@uc.cl

Recibido: 6 de agosto de 2021

Aprobado: 1° de octubre de 2021

Para citar este artículo:

Salazar Santander, A. (2022). “Los colegios romanos y los gremios medievales en la historia del Derecho”. *Prudentia Iuris*, N. 93, pp. 105-137

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.93.2022.pp.105-137>

Resumen: Los orígenes, historia y el desenvolvimiento de instituciones jurídicas tan importantes en el Derecho y sociedad medievales, como los gremios y corporaciones, han estado durante mucho tiempo oscurecidos o incluso mal vistos, producto de la mentalidad heredada de la Ilustración. Este trabajo pretende estudiar los antecedentes de los gremios medievales partiendo de un análisis del fenómeno corporativo en la antigua Roma, para luego entrar de lleno en el estudio y la evolución histórica-jurídica de dichos cuerpos de oficios en la Edad Media, desde sus orígenes hasta su decadencia posterior al siglo XVI. El análisis será global y no entrará en las peculiaridades propias de cada país, tomando los principales aspectos históricos y jurídicos necesarios para una comprensión unitaria del fenómeno asociativo en su historia.

Palabras clave: Gremios, Corporaciones, Oficios, Colegios, Guildas.

Roman colleges and medieval guilds in the history of Law

Abstract: The origins, history and development of such important legal institutions in medieval law and society, such as guilds and corporations, have long been obscured or even frowned upon, a product of the mentality inherited from the Enlightenment. This work aims to study the antecedents of medieval guilds starting from an analysis of the corporate phenomenon in ancient Rome, to then enter fully into the study and historical-legal evolution of these bodies of trades in the Middle Ages, from their origins to their decay after the 16th century. The analysis will be global and will not go into the peculiarities of each country, taking the main historical and legal aspects necessary for a unitary understanding of the associative phenomenon in its history.

Keywords: *Guilds, Corporations, Office, Colleges.*

I Collegi Romani e le Corporazioni Medievali nella Storia del Diritto

Sommario: Le origini, la storia e lo sviluppo di istituzioni legali così importanti nel diritto e nella società medievali, come le corporazioni, sono state a lungo oscurate o addirittura disapprovate, un prodotto della mentalità ereditata dall'Illuminismo. Questo lavoro si propone di studiare gli antecedenti delle corporazioni medievali partendo da un'analisi del fenomeno corporativo nell'antica Roma, per poi entrare a pieno titolo nello studio e nell'evoluzione storico-giuridica di questi corpi di mestiere nel Medioevo, dalle origini al loro decadimento dopo il XVI secolo. L'analisi sarà globale e non approfondirà le peculiarità di ciascun paese, cogliendo i principali aspetti storici e giuridici necessari per una comprensione unitaria del fenomeno associativo nella sua storia.

Parole chiave: Gilde, Corporazioni, Ufficio, Scuole.

I. Introducción

1. Los gremios en el mundo antiguo

Los gremios fueron una de las instituciones jurídicas de mayor trascendencia durante la Baja Edad Media y parte de la era Moderna, pero de la que se conoce relativamente poco pese a su importancia. Han sido estudiados especialmente desde la óptica del Derecho del Trabajo, y, en general, se estudian de modo local y altamente especializado¹, pero escasea una visión de conjunto de la historia y el problema de los gremios medievales, sin entrar en las particularidades locales y regionales. Este trabajo pretende contribuir a llenar ese vacío en la literatura. En general “[...] se estudian poco las experiencias económicas precedentes, que si bien no mostraron el grado de expansión de la economía contemporánea, destacaron por su integración y seguridad social, por la defensa y garantía del débil y el bienestar compartido. Piетtre les llama modelos de economía subordinada porque sujetan la economía a un marco de reglas jurídicas de raigambre moral, social y religiosa, reconocidas por los agentes económicos como superiores a la lógica utilitaria”². Quizás aún subsiste el prejuicio contra los gremios heredado de la Ilustración liberal.

Se ha especulado respecto a los orígenes de los gremios y corporaciones de oficios, acudiendo a diversas teorías. Se ha hablado de que en la antigua India incluso existían asociaciones y corporaciones de agricultores, pastores, artesanos y barqueros, llamadas *sreni*, gobernadas por un consejo³. Asimismo-

1 A modo de ejemplo pueden consultarse las siguientes referencias. Se caracterizan por una profunda especialización y alto nivel de detalle, que impide una visión de conjunto y panorámica. Hernández García, R.; González Arce, J. D. (2015). “Gremios y corporaciones laborales. Debates historiográficos y estado de la cuestión”, en *Áreas. Revista Internacional de Ciencias Sociales*. N° 34, 7-18; Navarro Espinach, G. (2015). “Corporaciones de oficios y desarrollo económico en la Corona de Aragón, 1350-1550”, en *Áreas. Revista Internacional de Ciencias Sociales*. N° 34, 21-31; Nieto Sánchez, J. A.; Zofio Llorente, J. C. (2015). “Los gremios de Madrid durante la Edad Moderna: una revisión”, en *Áreas. Revista Internacional de Ciencias Sociales*. N° 34, 47-61; González Arce, J. D.; Hernández García, R. (2015). “Querellas corporativas en el comercio con Europa desde el Cantábrico oriental durante la primera mitad del siglo XVI según un pleito de 1547”, en *Áreas. Revista Internacional de Ciencias Sociales*. N° 34, 33-45; González Arce, J. D. (1994). “Los gremios medievales de Murcia: organización y estructura del artesanado urbano en el modo de producción feudal”. Tesis Doctoral. Universidad de Murcia, en <http://hdl.handle.net/10201/32475>; Llompart Moragues, G. (1992). “Los gremios medievales de Mallorca y la cultura”, en *Estudis balearics*. N° 42, 111-122; Falcón Pérez, M. I. (1994). “Las cofradías de oficio en Aragón durante la Edad Media”, en *Medievalismo*. N° 4.

2 Alvear Téllez, J. (2017). “El mercado moderno: variaciones sobre un problema económico”, en *Verbo*. N° 553-554, 284-285.

3 Feroci, V. (1942). *Instituciones de Derecho Sindical y Corporativo*. Madrid. Reus, 5.

mo, se ha afirmado que el antiguo Israel conoció organismos corporativos desde el reinado de Salomón; que en el antiguo Egipto existían corporaciones de guerreros, agricultores, artesanos, traficantes, pilotos y porqueros, basándose en una alusión de Heródoto⁴. Pero en opinión del laboralista español Guillermo Cabanellas, poco valor se puede atribuir a dichas teorías, porque diferían grandemente en sus aspectos sociales, políticos, económicos y culturales del sistema corporativo instaurado en la Europa medieval, y el origen de dichas corporaciones de oficios aparece velado de mitos y leyendas, perdiéndose en la historia el origen exacto de esas instituciones⁵. Se pueden encontrar elementos corporativos también en la antigua Grecia. Así, una ley de Solón de Atenas, citada por Gayo en el *Digesto*⁶, permitía a los distintos colegios, *etairias* o *etairas* de Atenas, formar libremente sus reglamentos, siempre que no fueren contrarios a las leyes del Estado. Según Cabanellas, es la primera vez que se reconoce en un texto legal la categoría corporativa profesional⁷.

2. Los colegios romanos

En Roma, los colegios de artesanos fueron fundados por el Rey Numa, según Plutarco, quien hizo una distribución del pueblo por artes y oficios, en ocho gremios, más un noveno destinado a formas futuras de trabajo. Se ha discutido sobre la autenticidad histórica del relato de Plutarco; lo indiscutido es que la formalización efectiva de los colegios romanos data del reinado de Servio Tulio⁸. El origen de las asociaciones gremiales romanas está en los denominados *sodalitates* y *collegias*. Ya la Ley de las Doce Tablas reconocía la existencia de los colegios gremiales, facultados para gobernarse y regirse libremente. Pero es en la Constitución dictada por Servio Tulio donde aparecen organizados como tales los colegios de artesanos en Roma⁹, al formar el *censo*, por el cual se dividían los romanos en seis clases y ciento noventa y tres centurias, figurando algunas profesiones y oficios, como los carpinteros (*tignarii*), herreros (*aerarii*), joyeros (*aurifices*, etc.)¹⁰.

4 Zancada, P. (1940). *Derecho Corporativo Español*. Madrid. Juan Ortiz, 19.

5 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina, 23.

6 Lib. 47. Tit. XXII, Ley 4: *De collegiis et corporibus*.

7 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 24.

8 Alzate Avendaño, G. (1937). "Los Collegia Romanos", en *Revista Universidad Pontificia Bolivariana*. Vol. 1. N° 2, 158-159.

9 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 24.

10 Segarra, E. (1911). *Los gremios*. Barcelona. Imprenta F. Altés y Alabart, 18.

Estos colegios, con el tiempo, prosperarán y adquirirán cada vez más importancia, pero hacia el año 64 a. C., un senado consulto prohibió los colegios considerados perjudiciales para el Estado, salvo los de utilidad pública. No obstante, la prohibición fue revertida y continuará creciendo la importancia de los colegios¹¹. En el año 49 a. C., la *Lex Julia* nuevamente suprime, reorganiza y reglamenta la actividad de los colegios romanos¹². Dicha ley disolvió las asociaciones de diversa índole, excepto los antiguos cuerpos de oficios defendidos por la costumbre y las leyes y aquellos gremios ajenos a las actividades consideradas facciosas, como los *collegia tenuiorum* y los *collegia opificium*, congregaciones funerarias y mutualidades las primeras y asociaciones profesionales las segundas¹³. Según Rumeau de Armas, existían por ese entonces, en Roma: a) *collegia compitalitia*, que eran cofradías religiosas; b) *sodalitates sacrare*, que también actuaban como cofradías religiosas; c) *collegia artificum vel opicium*, que eran colegios profesionales a los cuales la *Lex Julia* hacía alusión¹⁴.

Entre los argumentos para suprimir los *collegias* y *sodalitates*, se ha esgrimido que en los últimos tiempos de la República, se convirtieron en sociedades electorales, en las cuales los favores, influencias y compromisos constituían vínculos de unión entre sus socios, actuando contra el interés de la República, corrompiendo a los funcionarios y promoviendo la compra de sufragios¹⁵. La *Lex Julia* admitió como excepción a los colegios militares y el de los profesionales y artesanos denominado *tenuiores*, pero limitando sus reuniones a una sola mensual, y prohibiendo la afiliación a más de un colegio. Algunas *sodalitates* subsistieron clandestinamente y Claudio las reestableció en el año 59 a. C., pero César las suprimió finalmente, confirmando dicha supresión el emperador Octavio Augusto¹⁶. La actitud de los Emperadores romanos fue variable respecto de estos cuerpos. Trajano prohibió formar cuerpos de obreros pero al mismo tiempo fundó en Roma el colegio de los panaderos, que se transformó en uno de los más importantes de Roma. Antonino Pío y Valentiniano les honraron con numerosos privilegios, el emperador Severo los extendió a Italia y aún a las provincias. Constantino les dio el carácter de *neccesarium corpus*, y los promovió¹⁷.

11 Napolitano, G. (1941). *Economía Corporativa*. Barcelona. Bosch Casa Editorial, 178.

12 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 25.

13 Alzate Avendaño, G. (1937). "Los Collegia Romanos". Ob. cit., 168-169.

14 Rumeau de Armas, A. (1944). *Historia de la Previsión Social*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, 11.

15 Alzate Avendaño, G. (1937). "Los Collegia Romanos". Ob. cit., 167-168.

16 Segarra, E. (1911). *Los gremios*. Ob. cit., 19-20.

17 Segarra, E. (1911). *Los gremios*. *Ibíd.*, 21.

Los colegios romanos desempeñaron un papel muy importante y llegaron a constituir verdadera fuerza por el número, organización, atribuciones y privilegios que alcanzaron. No está claro si en estos colegios tenían cabida los asalariados al lado de los artesanos libres, se ha planteado que en sus comienzos se componían solo de trabajadores libres, pero que se incorporaron libertos y esclavos con el tiempo¹⁸. Algunos colegios tenían prerrogativas de orden político incluso, mientras que otros cumplían meras funciones profesionales¹⁹. La comunidad de culto religioso entre los socios de los *collegias* indujo a una mutualidad de socorros y asistencia, que aumentaron ostensiblemente al propagarse las ideas cristianas²⁰.

En un principio, la capacidad jurídica de los colegios era un tema irregular; el *collegium* no tenía *animus* y, por tanto, no podía adquirir, ni intervenir como persona en los contratos, pero con posterioridad, mediante los recursos del Derecho pretoriano, se les permite a las corporaciones adquirir bienes por medio de los esclavos, pues su peculio era de la corporación y poseían a nombre de la corporación y le servían de instrumento para la usucapión y los interdictos posesorios. Tampoco podían recibir herencias o legados, porque se les consideraba personas inciertas, pero tras una lenta evolución se les concedieron los derechos de la personalidad civil. Para ejercitar las acciones contra sus deudores, los esclavos necesitaban que un procurador obrara en su nombre, quien fue reemplazado por los *actores* que los decuriones designaran para representar a la corporación. En el último estado de la jurisprudencia, los colegios tuvieron todos los derechos reales, excepto el uso. En cuanto a los derechos personales, interviene el esclavo en el nacimiento de la relación jurídica, obligando a la *universitas* en sus compromisos. En tanto, las *sodalitates* tenían el derecho de poseer bienes comunes, tenían su caja, su lista de socios y actuaban a través del síndico. Se reunían en las *scholae* o *curiae*, donde celebraban sus actos o sesiones²¹.

Los romanos no se plantearon de modo teórico el problema de la personalidad moral, sino que de modo empírico proveyeron de sistema a la gestión administrativa de una *universitas*, o un conjunto de bienes sin propietario individual fijo, dándoles un *corpus*, un titular imaginario mediante una ficción jurídica. Posteriormente, surge la corporación como persona moral distinta de los socios, con capacidad para estipular y obligarse. El

18 Antkoletz, D. (1941). *Tratado de legislación del trabajo y previsión social: con referencias especiales al Derecho argentino y de las demás repúblicas americanas*. Tomo I. Buenos Aires. G. Kraft Ltda., 26.

19 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 25.

20 Segarra, E. (1911). *Los gremios*. Ob. cit., 23.

21 Segarra, E. (1911). *Los gremios*. Ibíd., 23-24; Alzate Avendaño, G. (1937). "Los Collegia Romanos". Ob. cit., 172.

Estado les concede esa condición jurídica. El “*ius coeundi*”, autorización de asociarse, implicaba de pleno derecho la personería para la fundación. La Ley I, Título 4, Libro III del *Digesto* prescribía que a las corporaciones permitidas les es propio tener bienes comunes, arca y apoderado, igual que al Estado. Las *universitates* de Derecho Público eran administradas por sus funcionarios respectivos, en tanto que las de Derecho Privado actuaban mediante esclavos y luego por un síndico libre²².

Los colegios romanos sólo podían existir si contaban con autorización; una vez concedida no necesitaba renovarse, pero podía ser revocada en cualquier momento. Por otro lado, un colegio no desaparecía por el simple acuerdo de sus miembros, se precisaba que su supresión fuera sancionada por la autoridad. Para la formación de los colegios, se necesitaban los estatutos libremente discutidos por sus miembros y aceptados por la autoridad, salvo que fueran contrarios al orden público²³. A tal grado llegó la intervención del Estado en la época Imperial, que en el *Digesto* se recopiló una sanción de pena de muerte para sus promotores, si no contaban con autorización del Estado, la cual habría caído en desuso con el tiempo²⁴. Por otra parte, los estatutos están siempre sujetos a revisión imperial para comprobar la licitud del cuerpo y su eventual apartamiento hacia fines ilícitos²⁵.

Existían colegios formados por hombres libres, por libertos y por esclavos, así como colegios femeninos. En un principio, fue ilimitado el número de miembros por colegio, pero más adelante, por necesidades de orden público, se restringió notablemente la admisión de nuevos socios²⁶. Los colegios estaban formados por quienes solicitaban libremente adherirse al oficio, por los hijos de otro artesano que había ejercido la misma profesión, sus yernos y los sucesores en sus bienes, así como quienes fueron condenados penalmente por el pretor a inscribirse en el oficio. Por cada diez individuos, existía un jefe de grupo llamado *decurión*. Los colegios eran regidos y el patrimonio común administrado por los curadores, procuradores, síndicos y cuestores, sin perjuicio de las deliberaciones y acuerdos de sus socios. Los jueces del oficio conocían de los delitos profesionales. Los patronos se llamaban *duunviros*, *quinquenales* y, a veces, maestros; eran una especie de jefe honorario elegido entre los ciudadanos influyentes, encargado de proteger la corporación²⁷.

22 Alzate Avendaño, G. (1937). “Los Collegia Romanos”. *Ibíd.*, 173.

23 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 26.

24 Alzate Avendaño, G. (1937). “Los Collegia Romanos”. *Ibíd.*, 172.

25 Alzate Avendaño, G. (1937). “Los Collegia Romanos”. *Ibíd.*, 172.

26 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 26.

27 Segarra, E. (1911). *Los gremios*. Ob. cit., 21-22.

Los colegios tenían autoridades, magistrados de las corporaciones, elegidos por sus miembros, como los decuriones, cuestores, curadores y síndicos. Existían jueces con competencia para juzgar los delitos profesionales. Los jefes propios de los colegios se llamaban *duunviro*s, quinquenales o magistrados, electivos con períodos fijos. La jerarquía corporativa romana tenía tres grados: en primer lugar, los miembros rasos del colegio; en segundo lugar, los diversos funcionarios elegidos, encargados de los intereses sociales (cuestores, curadores y síndicos), y en tercer lugar, los diversos magistrados y dignatarios del colegio, quienes presidían las deliberaciones. Sin perjuicio de los patronos o jefes honorarios, elegidos entre los ciudadanos más ilustres²⁸.

Al igual que los futuros gremios medievales, los colegios romanos aunaban el trabajo en común, la religión, la artesanía y el sentimiento de comunidad. Los colegios tenían fuertes vínculos religiosos y se colocaban bajo el amparo de una divinidad, un emperador difunto, un héroe mitológico, etc.²⁹. En la casa común o *schola* se reunían las asambleas, además allí se conservaba el arca o caja de la comunidad. Allí también se celebran las comidas y fiestas, los sacrificios a los dioses, y se reúnen en ciertos días, bajo un sentimiento de piedad solidaria³⁰. Pero a diferencia de los gremios medievales, no regularon detalladamente el trabajo, debido a que existía un alto número de esclavos. Por excepción, se reguló el salario de los propios colegiados (*collegiati*), que posteriormente el emperador Diocleciano completa y modifica la legislación establecida por sus predecesores, fijando la escala de precios y salarios a la cual debían atenerse productores y mercaderes³¹.

Los colegios romanos tenían ciertas prácticas de hermandades o socorros mutuos pero eran algo excepcional, la función de mutualidad que los emparenta con los gremios medievales sólo viene a aparecer con rasgos claros con el cristianismo y su espíritu de caridad evangélica y preferencia por los pobres y menesterosos. De todos modos, los colegios intervenían para garantizar a sus miembros funerales honorables y, para ese, fin existía una cotización mensual obligatoria³².

En la época imperial, los colegios existentes se dividían en públicos y privados. Los colegios públicos abarcaban todas las profesiones y oficios necesarios para la subsistencia del pueblo y, por tanto, la seguridad del Estado. Dentro de los colegios públicos, existían los boteros (*navicularii*), pa-

28 Martin Saint-Leon, E. (1947). *Historia de las Corporaciones de Oficios*. Buenos Aires. Editorial Partenón, 33; Alzate Avendaño, G. (1937). “Los Collegia Romanos”. Ob. cit., 173.

29 Alzate Avendaño, G. (1937). “Los Collegia Romanos”. *Ibíd.*, 174.

30 Martin Saint-Leon, E. (1947). *Historia de las Corporaciones de Oficios*. Ob. cit., 48.

31 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 26.

32 Alzate Avendaño, G. (1937). “Los Collegia Romanos”. Ob. cit., 175.

naderos (*pistores*), salchicheros (*suarii*), entre otros. Otros colegios, como los carpinteros (*tignarii*), herreros (*aerarii*), trompeteros y cornetas (*tibicines* y *cornicines*), formaban, cada uno, una centuria, que se dividía en dos categorías, de *juniores* y *seniores*. Otros cinco colegios de artesanos constituían centurias especiales, las cuales, pese a tener organización profesional reconocida y vida corporativa autónoma, no formaban cuerpos políticos³³. Durante la época del Imperio florece la industria, además de los talleres artesanos, pequeños y medianos, de tal modo que se ha hablado incluso de una industria capitalista en el Bajo Imperio. Pero la economía doméstica no había desaparecido y los talleres modestos eran numerosos en las ciudades. Además, existían talleres municipales o del Estado, especialmente en materia de obras públicas o máquinas de guerras y armas; siempre agrupadas de modo corporativo, en colegios y asociaciones. Waltzing advierte sobre la fuerza que el sistema corporativo romano toma durante los primeros siglos de la era cristiana, con tantas profesiones y oficios como luego han de hallarse en el medioevo³⁴.

Existían amplios privilegios para los miembros de los colegios públicos, además del salario a que tenían derecho. Estaban exceptuados de las funciones públicas, de los gravámenes municipales, podían excusarse de toda tutela; incluso estaban exceptuados del tormento en caso de acusación penal. Y a partir del emperador Valentiniano, fueron eximidos del servicio militar. A su vez, estaban sometidos a una verdadera obligación de permanecer perpetuamente en el oficio, y nada podía sustraerlos de dicha carga. Los herederos estaban obligados a continuar la profesión³⁵.

En cambio, los colegios privados estaban constituidos por todos quienes ejercían alguno de los siguientes oficios y artes: los banqueros y prestamistas (*argentarii*), quienes eran titulares de numerosos privilegios; una categoría denominada *dentrophori*, quienes hacían trabajos en madera; los *lapidarii* y *marmorii*, que trabajaban la piedra y el mármol; los *centonarii* o fabricantes de mantas; los *negotiatores vini*, comerciantes de vinos; los *medici* o médicos y profesores. Otras profesiones integrantes de colegios eran los alfareros o *negotiatores arti cretarae*, los *negotiatores artis vestiariae* o sastres, los estercoleros o *cannofori*, aguadores o *aquarii*, etc.³⁶.

Los emperadores, cuyo poder cada vez era más centralizado y absoluto, empezaron a intervenir en las corporaciones romanas, y las usaron para que les sirvieran de auxiliares y para aumentar la tributación. El poder imperial intervino incesantemente en los colegios, imponiéndoles reglamentaciones

33 Martin Saint-Leon, E. (1947). *Historia de las Corporaciones de Oficios*. Ob. cit., 41.

34 Alzate Avendaño, G. (1937). "Los Collegia Romanos". Ob. cit., 170-171.

35 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 27.

36 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. *Ibíd.*, 28.

minuciosas, limitando severamente la libertad de los colegios romanos³⁷. Mientras más se acentuaba la decadencia final del Imperio, la intervención estatal en los colegios aumentaba y el Estado los adscribía a una función determinada y fija, convirtiéndolos en organismos suyos, repletos de gravámenes, y como parte de la maquinaria administrativa. El régimen corporativo romano antes espontáneo se volvió obligatorio con Alejandro Severo³⁸. Como resultado, y producto, también, de la grave crisis económica sufrida por el Bajo Imperio en la época de su decadencia, se hizo muy penosa la situación del artesanado, el cual cayó en la miseria; los colegios languidecieron y se fueron extinguiendo, consecuencia, además, de las invasiones bárbaras³⁹.

II. Las guildas y cofradías: antecedentes de los gremios

No solo en la Antigua Roma se desarrollaron ampliamente los colegios y organizaciones de tipo corporativo, sino que también en el antiguo mundo germánico y anglosajón existieron instituciones análogas. Eran las *guildas*. Según Cabanellas, las guildas se remontan a la antigua costumbre germánica del convite, que consistía en tratar sobre la mesa, en un festín, los negocios graves e importantes, la paz y la guerra. Cada invitado quedaba obligado, en el campo de batalla o en las asambleas germánicas, a defender con su espada o proteger con su prestigio a aquel con quien había compartido la mesa. Las guildas eran una especie de familia agregada, formada por la conjunción de la sangre y unidas por el juramento de ayudarse y socorrerse entre sus miembros. A diferencia de los colegios romanos, tenían mucho más marcado su carácter de mutualidad y beneficencia, y no eran cuerpos puramente industriales o artesanales⁴⁰. En cambio, según Segarra, antes del siglo VII, que fue cuando el cristianismo se propagó por los pueblos del norte de Europa, las guildas como instituciones corporativas no existían aún, solo existían las antiguas asociaciones y costumbres germánicas, proto-guildas, parecidas a las *sagas* escandinavas. Las guildas como corporaciones son hijas del espíritu cristiano de asociación, que hacía surgir comunidades y cofradías⁴¹. Según Brentano, siguiendo en esto a Hartwig y Wilda, concluye que de los antiguos convites germánicos no se sigue la existencia de guildas como asociaciones⁴².

37 Segarra, E. (1911). *Los gremios*. Ob. cit., 26.

38 Alzate Avendaño, G. (1937). “Los Collegia Romanos”. Ob. cit., 177-178.

39 Alzate Avendaño, G. (1937). “Los Collegia Romanos”. *Ibíd.*, 180.

40 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 29.

41 Segarra, E. (1911). *Los gremios*. Ob. cit., 28.

42 Brentano, L. J. (1870). *Essay on the history and development of the guilds and the origin of trade-unions*. Londres. Trubner and Co, Ludgate Hill, 4-5.

Etimológicamente, la palabra *guilda* procede del gótico *gildan*, sinónimo de *gelten*, valor en alemán. Otra teoría postula su origen en la palabra anglosajona *gyltan*, cuyo equivalente en alto alemán es *gelt* o *kelt*. Convertido en anglosajón más moderno en *gegylta* significaría sociedad religiosa⁴³. *Gild* también derivaría del verbo en antiguo anglosajón *gildan*, que significa “pagar”, de donde viene el sustantivo *gegilda*, el miembro de una guilda. Gilda también tiene un sentido de “ídolo” y “sacrificio”⁴⁴.

Se ha planteado por autores como Wilda, que las guildas como organizaciones religiosas y profesionales surgieron por influencia de las ideas cristianas de caridad y fraternidad, sin perjuicio de tener antecedentes en las reuniones y banquetes paganos, pero las guildas propiamente tales surgen desde la caridad cristiana y las comunidades monásticas. Otros autores, como Hartwig, postulan que es la misma corporación romana cuyo modelo fue importado por los propagadores de la fe cristiana en el norte de Europa. Brentano, en su *Ensayo sobre el origen y desenvolvimiento de las guildas*, coordina estas dos teorías, dando realce al elemento de las tradiciones paganas subsistentes⁴⁵. Añade, además, la importancia de la familia extendida germana para el origen de las guildas⁴⁶. Y destaca cómo la influencia monástica fue un elemento decisivo para las guildas en el Sur de Europa, mientras que, al propagarse el cristianismo en el Norte de Europa, se produjo una síntesis de las uniones religiosas cristianas con las sociedades sacrificiales paganas. Pero con posterioridad, las autoridades lucharon contra los aspectos paganos de dichos convites germánicos, aunque fomentaban el impulso de asociación⁴⁷. Otros autores intentan trazar los orígenes de las guildas y gremios medievales en los colegios romanos pero esa teoría ha caído en descrédito, sin perjuicio de que pudieron haber subsistido remanentes de los colegios romanos que luego serán la base de los gremios y guildas, sobre todo en el Sur de Europa.

El nombre genérico de *gilda* o *guilda* designa instituciones diversas, con contenido religioso y social, del que derivó más tarde uno político, mercantil, artesanal, etcétera⁴⁸. Sin duda, las ideas cristianas de caridad y fra-

43 Martin Saint-Leon, E. (1947). *Historia de las Corporaciones de Oficios*. Ob. cit., 56.

44 Burton, E.; Marique, P. (1910). “Guilds”, en *The Catholic Encyclopedia (New Advent)*. New York, en <https://www.newadvent.org/cathen/07066c.htm>

45 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 30; Brentano, L. J. (1870). *Essay on the history and development of the guilds and the origin of trade-unions*. Ob. cit., 8.

46 Brentano, L. J. (1870). *Essay on the history and development of the guilds and the origin of trade-unions*. *Ibíd.*, 4-6.

47 Brentano, L. J. (1870). *Essay on the history and development of the guilds and the origin of trade-unions*. *Ibíd.*, 9.

48 Napolitano, G. (1941). *Economía Corporativa*. Ob. cit., 237.

ternidad influyeron en las guildas, como organizaciones de agrupamiento profesional y comercial, marcadas por un interés religioso⁴⁹. En primer lugar, eran asociaciones de carácter religioso, constituidas para la defensa y asistencia mutua de sus miembros, y sin perder dicho carácter religioso, se transformaron en núcleos que agrupan a mercaderes y artesanos, ya hacia el siglo X. Con posterioridad al surgimiento de las guildas de mercaderes y artesanos, subsistieron aún dichas guildas religiosas y de defensa. Según Saint-Leon, destacan entre sus rasgos esenciales “la fusión de intereses, la comunidad de los esfuerzos y la estrecha alianza del trabajo con el trabajo”⁵⁰. Se habla por primera vez de una guilda comercial hacia 1087, en una carta concedida a los burgueses de Burfort. En Inglaterra, aparecen durante los siglos XI y XII los *carafgilds* o asociaciones de artesanos pobres, sujetas a las guildas de comerciantes ricos, con quienes lucharon hasta adquirir su plena independencia económica en el siglo XIV⁵¹.

Las antiguas guildas se dividen en tres categorías: a) religiosas o sociales; b) de artesanos; c) de mercaderes. Las guildas religiosas y sociales eran asociaciones de defensa mutua o agrupaciones de creyentes; las guildas de mercaderes aseguraban a sus miembros la protección de sus personas y bienes. Ni las guildas religiosas, ni sociales ni de mercaderes tenían carácter profesional pero sí lo tenían las de artesanos⁵². En general, las guildas, en una primera etapa, tenían como objetivo preservar la paz, la justicia y las libertades; contaban con un fuerte componente de observancia religiosa y de asistencia mutua. Antes de los siglos XI-XII su carácter profesional no era tan marcado⁵³. En la época carolingia, las guildas se agrupaban en torno a los obispos y tenían como objetivo, además, la protección contra incendios, asaltos y naufragios⁵⁴.

Las guildas tenían sus estatutos propios y su organización interna era democrática, puesto que todos los miembros participaban en las asambleas, en la elección de las autoridades y la administración de los fondos. El trabajo era reglamentado por los estatutos y ordenanzas de las guildas, se regulaba la forma de ejecutar las labores y los materiales que debían emplearse. Era común la prohibición de mezclar materias primas de buena calidad con las de inferior calidad, se prohibía vender como nuevos objetos ya utilizados,

49 Martin Saint-Leon, E. (1947). *Historia de las Corporaciones de Oficios*. Ob. cit., 57-58.

50 Martin Saint-Leon, E. (1947). *Historia de las Corporaciones de Oficios*. *Ibíd.*, 60 y 66.

51 Segarra, E. (1911). *Los gremios*. Ob. cit., 28-29.

52 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 30.

53 Burton, E.; Marique, P. (1910). “Guilds”, en *The Catholic Encyclopedia (New Advent)*. Ob. cit.

54 Calderón Bouchet, R. (1981). *Apogeo de la ciudad cristiana*. Buenos Aires. Ediciones Diction, 261.

o con el fin de hacer respetar la jornada de trabajo, se prohibía trabajar después del toque de queda o antes del amanecer. En cuanto a la jerarquía, ya contenían la triple división propia de la organización medieval corporativa madura de los siglos XIII-XIV, y existían aprendices (*discipuli*), compañeros (*famuli*) y maestros (*magistri*).

En las guildas existía, más que un estricto carácter gremial, un claro principio de solidaridad, camaradería y lealtad mutua, teniendo como fines la honra de la memoria de los fallecidos, la asistencia a los enfermos y a los pobres, educar a los hijos y pagar la dote si llegaba el caso. De modo secundario, la práctica de un aprendizaje para quienes ingresaban a la guilda. La entrada a las guildas estaba subordinada a ciertas condiciones, que eran, en primer lugar, ser ciudadano de la ciudad, y solo de modo excepcional se admitía en ciertos estatutos la entrada al extranjero; en segundo lugar, tener una buena conducta y costumbres regulares; en tercer lugar, pagar los derechos de entrada, y, en cuarto lugar, realizar un aprendizaje que se fijaba de ordinario en siete años y se registraba en un contrato escrito.

Las nuevas guildas de mercaderes y artesanos se fueron expandiendo con el tiempo y las comerciales formaron ligas, como la Liga Hanseática o la Liga de Londres, que agrupaban guildas de varias ciudades europeas. Se regían por un consejo integrado por delegados de cada ciudad y no tenían un estricto carácter profesional como los gremios y corporaciones de oficios propiamente tales⁵⁵.

Feroci destaca que en las guildas de artesanos y comerciantes existía una estrecha fusión de los intereses. Los jefes estaban asistidos por un consejo que vigilaba los negocios y la buena calidad de los productos, administraba el fondo común y ejercitaba la justicia en las cuestiones concernientes al oficio⁵⁶.

Las guildas serían el origen de los gremios en los países germánicos y sajones, pero en España y en el mundo latino es muy discutible que estas asociaciones sean el origen de los gremios y corporaciones de oficios medievales; en el caso español, más próximo parentesco tienen las llamadas cofradías gremiales con las guildas que con los gremios y corporaciones de oficios propiamente tales. Solo las guildas de artesanos podrían ser consideradas una organización de carácter laboral, toda vez que, en general, reunían un carácter más bien confesional o comercial que laboral⁵⁷.

En el caso de España (y en parte también en Italia y Francia), la situación es más compleja porque además de los restos de los colegios romanos,

55 Martin Saint-Leon, E. (1947). *Historia de las Corporaciones de Oficios*. Ob. cit., 64-67.

56 Feroci, V. (1942). *Instituciones de Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 14.

57 Rumeau de Armas, A. (1944). *Historia de la Previsión Social*. Ob. cit., 42.

y dado que no existieron guildas, debemos considerar otro factor como antecedente de los gremios: las cofradías. En efecto, en España, las cofradías y hermandades precedieron a los gremios e incluso en algunos lugares como Aragón, prevaleció la terminología de cofradías en lugar de gremios, por prevalecer igualmente el sentido religioso, el que, bajo la advocación de un santo patrono, agrupaba a los feligreses de una misma parroquia y miembros del mismo oficio⁵⁸. Martin Saint-Leon define a la cofradía como “una sociedad compuesta de artesanos que ejercían el mismo oficio y que tenía por objetivos: a) la unión de todos sus miembros en un mismo sentimiento de piedad, para rezar a Dios y pedirle el bien moral y material de los vivos y la bienaventuranza eterna de los muertos; b) la fundación de instituciones de caridad destinadas a socorrer a los ancianos, a los enfermos y a los lisiados de la corporación”⁵⁹.

La cofradía se adelanta temporalmente a los gremios y corporaciones, coincide con éstos en algunos casos e incluso sobrevive cuando ya la organización gremial ha desaparecido⁶⁰. Además, las cofradías se desarrollaron por el trabajo creador de las nacientes catedrales, quienes, impulsados por la fe religiosa, formaron luego asociaciones que fueron el germen de los gremios y corporaciones de oficios. Guardan semejanza con las guildas, por el predominio del fin religioso y la devoción a un santo o una imagen venerada, pero su diferencia yace en que el vínculo del oficio prevalece en la cofradía, en tanto que el de sangre o de amistad prevalece en la guilda. La cofradía aparece como una agrupación de hombres de un mismo oficio a los que unía un mismo sentimiento religioso, materializado en el mutuo socorro a los miembros inválidos para el trabajo, los pobres y los débiles. Antes que artesano y trabajador, se es cristiano⁶¹. La cofradía no responde, sin embargo, a un exclusivo propósito religioso, desde que no se encuentra en ella ausente lo típicamente gremial. La religión constituye el vehículo que une entre sí a los artesanos y trabajadores⁶².

De todos modos, si bien conceptualmente se puede distinguir el gremio de la cofradía, en la práctica los límites eran difusos. Cofradía y hermandad fueron términos sinónimos como hasta cierto punto se usaron conjuntamente los de oficio y arte, por ser la caridad y la hermandad el módulo común para las organizaciones guiadas por el espíritu de caridad cristiana. En la época de más perfecta organización, los oficios continuaron llamándose cofradías y esta denominación perduró incluso con posterioridad a la

58 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 41.

59 Martin Saint-Leon, E. (1947). *Historia de las Corporaciones de Oficios*. Ob. cit., 170.

60 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 41.

61 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. *Ibíd.*, 41-42.

62 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. *Ibíd.*, 42.

desaparición de los gremios. Segarra explica que la denominación *gremio* solo se usó en los últimos tiempos de las corporaciones, apareciendo como sinónimas las designaciones de oficio, arte, cofradía y hermandad, toda vez que los hombres de dichas épocas no se preocupaban tanto de las clasificaciones características del Derecho moderno, sino que atendían a lo práctico más que lo teórico⁶³.

Especialmente en el sur de Europa, los colegios romanos fueron un fundamento obligado de las corporaciones de oficios medievales, fueron un antecedente que se arrastró durante el transcurso de los siglos entre la caída del Imperio Romano de Occidente y la Baja Edad Media en que se formalizó el régimen corporativo medieval⁶⁴. En el mismo sentido, Calderón Bouchet ha sostenido la tesis de la continuidad de los colegios romanos en las nuevas corporaciones medievales, en el sur de Europa, sin pronunciarse en cambio sobre la situación en el norte de Europa, y destacando, además, el fuerte elemento religioso cristiano que las diferenciaba de los colegios romanos⁶⁵. Durante la Alta Edad Media, tras la desaparición del orden jurídico y social romano, el Emperador Carlomagno intentó reconstruir, sin éxito, las corporaciones romanas⁶⁶, al tiempo que reprimió los excesos de las celebraciones de las guildas germánicas consideradas contrarias a la moral de la Iglesia Católica⁶⁷. Subsistieron, sin embargo, ciertos vestigios de los colegios romanos, ciertas tradiciones profesionales y ciertos vínculos corporativos que databan de la época galorromana⁶⁸. Pero el predominio agrario de la economía feudal, con escaso o nulo desarrollo industrial, y la continua inestabilidad, producto de la época de las invasiones, impedían fructificar la vida urbana y con ello el desarrollo de los gremios. Según Saint-Leon, solo a fines del siglo XI, en Francia, Inglaterra y Alemania, las guildas comenzaron a tomar un carácter de guildas de artesanos o de mercaderes, acercándose a organizaciones laborales⁶⁹.

Un factor clave que ayudó a la restauración de la vida corporativa fue el renacimiento de la vida urbana tras siglos en que predominó el feudalismo rural. Como consecuencia de lo anterior, florece la artesanía y la pequeña industria, lo que, movido por el espíritu cristiano de asociación, llevó a la formación de los gremios y corporaciones de oficios medievales. Y no menos influyente en el surgimiento de los gremios fue el factor jurídico

63 Segarra, E. (1911). *Los gremios*. Ob. cit., 257-258.

64 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 32.

65 Calderón Bouchet, R. (1981). *Apogeo de la ciudad cristiana*. Ob. cit., 260-261.

66 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 32.

67 Feroci, V. (1942). *Instituciones de Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 27-28.

68 Martin Saint-Leon, E. (1947). *Historia de las Corporaciones de Oficios*. Ob. cit., 75.

69 Martin Saint-Leon, E. (1947). *Historia de las Corporaciones de Oficios*. *Ibíd.*, 76.

de la conquista de libertades municipales que otorgaban a los habitantes de las ciudades el derecho a organizarse libremente. Martin Saint-Leon sostiene que la corporación medieval está íntimamente ligada a las libertades municipales, de las cuales es, a la vez, emanación y reflejo; por tanto, de la decadencia de las libertades y franquicias de las ciudades data la disgregación y decadencia de las corporaciones. Esta combinación de libertades municipales, espíritu cristiano de asociación y despertar de la vida urbana, tras siglos de predominio feudal, hizo que floreciera la libertad gremial en las ciudades de Europa. La tradición casi olvidada de la corporación romana se renueva; la guilda, que hasta entonces era un cuerpo limitado a intereses de beneficencia o religiosos, se transformó en una organización laboral y de esta fusión de elementos romanos, germánicos y cristianos surge una nueva institución, denominada la “corporación” o el “gremio”⁷⁰. Es la época de apogeo de las catedrales góticas, hacia los siglos XII y XIII, se ha hablado de un renacimiento en el siglo XIII, la época del surgimiento de las grandes universidades medievales, coincidente también con un renacimiento religioso y económico. Las corporaciones se multiplicaron a la sombra de las catedrales, como dice Saint-Leon, aportando a una obra de Fe ante todo. Un movimiento de carácter religioso que precede al de índole industrial y económica, que ha sido comparado con el del siglo XIX y que es, a juicio de Brentano y Schmoller, el más notable resultado del siglo XII, junto a la aparición de las corporaciones. Pero mientras el movimiento del siglo XIX tuvo como base el desarrollo de la maquinaria, del comercio y el transporte, el movimiento corporativo de los siglos XII-XIII tuvo como base la Fe y la Caridad⁷¹.

Los gremios y corporaciones de oficios que florecieron hacia el siglo XII no son totalmente originales, toda vez que tienen entre sus precedentes a las guildas en los países germánicos y sajones y a los colegios romanos en los países latinos, no desaparecidos del todo, pero tampoco son una continuidad pura de los colegios romanos. Lo indiscutible es que influyen diversos factores para el surgimiento de las corporaciones medievales y no se deben entender directamente como la continuidad misma de los colegios romanos o las guildas, o exclusivamente una creación de la Iglesia; tan solo son antecedentes histórico-jurídicos parciales en el desarrollo y evolución de los gremios y corporaciones medievales⁷², los cuales, coligados, dan origen a una institución diferente de los colegios romanos y la guildas y las

70 Martin Saint-Leon, E. (1947). *Historia de las Corporaciones de Oficios*. Ibíd., 73 y 76.

71 Martin Saint-Leon, E. (1947). *Historia de las Corporaciones de Oficios*. Ibíd., 75; Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 34.

72 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ibíd., 35, 37-38.

asociaciones monásticas, toda vez que las corporaciones tenían un marcado carácter laboral y profesional, sin quitar su naturaleza esencialmente religiosa, propia de la sociedad medieval. Así, “se forman agrupaciones cuya médula es el municipio, pero cuya estructura parte de una misma actividad ejercida por hombres que viven unos y otros próximos, y a los que, además, aglutina un mismo sentimiento religioso. Prevalciendo éste sobre aquella actividad, la cofradía se adelanta al gremio, es la institución primera que se consolida y logra. Del sentimiento religioso se deriva luego a un interés profesional”⁷³.

La corporación surge cuando se manifiesta la necesidad de fijar normas estatutarias que derivan de una economía en progresión, y se impone la necesidad de regular la producción, fijar la competencia, determinar los precios, facilitar la distribución de las materias primas y reglamentar todo cuanto hace referencia al trabajo, evitando la sobreproducción, así como la competencia desleal. Además, los gremios tenían funciones propias de lo que hoy es actividad municipal, e incluso estatal.

Hacia el siglo XII, la corporación aparece ya definida en Italia, Francia y España, con organización propia y actividades comunes, así como una disciplina que jerarquiza la escala gremial⁷⁴. En casi todos los países europeos aparecen constituidas corporaciones de oficios⁷⁵, con diversos nombres. Se consolidaron, en general, en Europa, hacia el siglo XII, con sus caracteres definidos⁷⁶.

Las corporaciones se constituyeron como asociaciones de personas que ejercían el mismo oficio, quienes, al unirse voluntariamente, se comprometían bajo juramento a defender sus intereses comunes. Se debían pagar los derechos de entrada, a veces rendir pruebas de capacidad, jurar la observancia de los estatutos y pagar las cotizaciones regularmente. No se podían abandonar sino pagando las deudas atrasadas con la corporación, y una cuota parte de las deudas colectivas si las hubiera y haciendo renuncia pública al título de societario. Las corporaciones comprendían una sola profesión o varias, incluso diversos grupos de oficios⁷⁷.

73 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ibíd., 36.

74 Martin Saint-Leon, E. (1947). *Historia de las Corporaciones de Oficios*. Ob. cit., 83.

75 Aunós Pérez, E. (1930). *Estudios de Derecho Corporativo*. Madrid. Reus, 33.

76 Valdeón Baroque, J. (2001). “Gremios y oficios en la estructura urbana de la ciudad medieval”, en *Reconstruyendo la ciudad maya: el urbanismo en las sociedades antiguas*. Madrid. Sociedad Española de Estudios Mayas, 486.

77 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 40.

III. Los gremios medievales

1. *Panorama general*

Se ha definido al gremio como “la asociación de mercaderes y menestrales fundada con el objeto de establecer el régimen de sus oficios y regular las cuestiones relacionadas con el ejercicio de los mismos”⁷⁸. La base necesaria para la existencia del gremio es lograr fines beneficiosos comunes para sus asociados, y en la Edad Media eran la conservación, defensa y la cooperación entre sus miembros, propósitos en cuya realización influyeron directamente los principios del cristianismo. Eran entidades de tipo confesional y profesional, a veces identificados con las ciudades, cuyo gobierno incluso llegaron a asumir. El objetivo fundamental de los gremios consistía en el auxilio mutuo en la enfermedad y desgracia, el mejoramiento del oficio y, mediante el pago de cuotas, reunir fondos para atender determinadas necesidades de los asociados⁷⁹.

Se habla también de corporaciones, no obstante que la palabra corporación es del siglo XVIII. En la Edad Media se les conocía con términos imprecisos y difusos, con matices diferentes, se les denominaba cofradías, guildas, hansas, oficios, colegios, comunidades, cuerpos de oficios, maestranzas y jurandas. Los autores medievales hablaban de *corpus*, *universitas*, *communitas*, *collegium*, *societas*, *consortium* y *schola*⁸⁰. En algunos documentos medievales se hablaba también de cofradías de oficios, demostrando nuevamente lo difuso de los límites entre las cofradías piadosas y los gremios con fines profesionales⁸¹.

En principio, los gremios fueron instituciones constituidas por el acuerdo voluntario de personas del mismo oficio o idéntica profesión. El poder público les reconoció el carácter de corporaciones y llegaron a ser instituciones con amplios poderes y facultades y privilegios concedidos y proporcionados por las autoridades, de modo que gozaron del derecho y privilegio de ejercer con exclusividad determinada profesión u oficio, de acuerdo con los reglamentos sancionados por la autoridad pública⁸². Los gremios estaban compuestos por todos aquellos que habiendo dado pruebas de capacidad y

78 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ibíd., 43.

79 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ibíd., 44.

80 Calderón Bouchet, R. (1981). *Apogeo de la ciudad cristiana*. Ob. cit., 257-258.

81 Valdeón Baroque, J. (2001). “Gremios y oficios en la estructura urbana de la ciudad medieval”. Ob. cit., 487.

82 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 44.

abonado los derechos de entrada, estaban matriculados en el mismo por haber reunido los requisitos necesarios para su admisión⁸³.

Que los gremios hayan sido una corporación significa que era una persona jurídica y moral autónoma, que podía poseer bienes, contratar, estipular, comparecer ante la justicia por intermedio de sus representantes, síndicos o procuradores. Tenía un poder legislativo que reside en una asamblea que lo delega, en parte, a su comisión administrativa, que debe rendir cuentas de su gestión, tarea que incluía tanto los fines económicos como sociales, morales y políticos. La corporación reglamenta tanto la producción como la venta en lo económico, y en lo social y moral su objetivo era impedir que los grandes aplasten a los débiles, que los ricos arruinen a los pobres y, para ello, iguala entre todos las cargas y beneficios e impone límites y restricciones al ejercicio de la actividad económica. Los estatutos, generalmente, indicaban que un miembro no puede acaparar en su beneficio toda la materia prima, que las ventas se realicen por lotes para que cada uno tenga su parte. Igualmente sucedía con la mano de obra, el acaparamiento prohibido y la clientela⁸⁴.

A mayor abundamiento, la corporación era un organismo dotado de facultades delegadas de la autoridad pública, con ejercicio de poder de policía y reglamentación, así como entidad igualmente privada con funciones complejas y derivaciones de orden público, presentando particularidades en cada ciudad o país⁸⁵. Los delegados de los oficios ejercían una gran influencia en la dirección de los asuntos comunales, a tal punto que se les ha llamado el elemento motor de la vida municipal y las libertades comunales⁸⁶. La organización corporativa medieval, iniciada con espíritu religioso, no solo se extendió a la defensa de los intereses profesionales, sino que también trascendió a la intervención en la administración pública y participó del gobierno de las ciudades. Los gremios, se ha dicho, fueron el “alma de la vida municipal” en muchas partes de Europa⁸⁷. Ciertas funciones de tipo administrativo o de policía municipal se realizaban por los gremios, además de la beneficencia pública respecto de sus asociados. Por ejemplo, funciones de imponer gabelas o impuestos a comerciantes o fabricantes de artículos sujetos a monopolio⁸⁸. Incluso, se aliaban a los reyes, para combatir los resabios

83 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ibíd., 49.

84 Unsain, A. (1928). *Legislación del Trabajo*. Tomo III. Buenos Aires. Editorial Valerio Abeledo, 148.

85 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 46.

86 Pernoud, R. (1981). *Lumière du Moyen âge*. París. Grasset, 64-72.

87 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 45.

88 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ibíd., 48.

del feudalismo, como sucedió en Francia⁸⁹. Hay que añadir, además, que las ciudades medievales poseían lo que en castellano se conoce como fueros, es decir, libertades concretas del municipio, prerrogativas jurídico-políticas que el poder central debía respetar. En ese contexto se sitúan los gremios, como organismos que ejercían sus “fueros” a través de los estatutos⁹⁰. Por el contrario, algunos monarcas, como Alfonso X el Sabio en Castilla, impulsaron legislación contraria a los gremios; no obstante, eran ineficaces. Aunque sus facultades y aspiraciones fueron en ocasiones recortadas o dirigidas por el poder político, muy rara fue la prohibición generalizada, y en la práctica no tuvo efectos. Las Siete Partidas, por influencia quizás del Derecho romano, atacan las conductas gremiales. Pero con posterioridad a la gran depresión del siglo XIV, materializada en la peste negra, las corporaciones de oficios alcanzaron una notable expansión y reconocimiento. La legislación anti corporativa (sobre todo en Castilla), dirigida desde el poder central, demostró ser ineficaz para frenar el auge corporativo medieval⁹¹.

Un documento importante para el estudio del estatuto jurídico de los gremios lo constituye el *Libro de los Oficios*, que fue la codificación de los usos y reglamentos vigentes en París, así como los delitos de cada oficio y las penas, la cual fue realizada en el siglo XIII por Etienne Boileau, por encargo del Rey Luis IX. No fue una imposición desde el poder real de nuevos estatutos a los gremios, sino tan solo la recopilación de los usos, costumbres y reglamentos vigentes en París hacia el siglo XIII. Los cien títulos del *Libro de los Oficios* están consagrados, cada uno de ellos, a una corporación distinta, sin perjuicio de que algunos gremios no figuraban allí. En la obra de Etienne Boileau, la corporación goza de todos los Derechos Civiles y está investida de todas las acciones reales derivadas del derecho de propiedad, incluyendo las acciones posesorias; podía contratar y estipular, obligarse por medio de sus representantes, los jurados del oficio; poseía un patrimonio y disponía de sus rentas como propietaria; del mismo modo, soportaba diversas cargas⁹². Los gremios y corporaciones de oficios, al ser personas jurídicas y morales, podían poseer bienes en tierras, en casas, en dinero,

89 Calderón Bouchet, R. (1981). *Apogeo de la ciudad cristiana*. Ob. cit., 264.

90 Valdeón Baruque, J. (2001). “Gremios y oficios en la estructura urbana de la ciudad medieval”. Ob. cit., 484.

91 Valdeón Baruque, J. (2001). “Gremios y oficios en la estructura urbana de la ciudad medieval”. Ob. cit., 488; González Arce, J. D. (2008). “Asociacionismo, gremios y restricciones corporativas en la España medieval (siglos XIII-XV)”, en *Investigaciones de Historia Económica*. Vol. 4, n° 10, 27; Cordero Rivera, J. (1997). “Asociacionismo popular: gremios, cofradías, hermandades y hospitales”, en *La vida cotidiana en la Edad Media*. En De la Iglesia Duarte, J. I. (coord.). *VIII Semana de Estudios Medievales, Nájera, del 4 al 8 de agosto de 1997*. Nájera. Instituto de Estudios Riojanos, 391-392.

92 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 46.

en rentas, contratar, estipular, obligarse, litigar, comparecer por medio de sus representantes (síndicos y procuradores); tienen un domicilio social que adornaban con sus escudos de armas; tienen su bandera, su caja, su sello y sus archivos. Dentro de los límites de su competencia, se administran a sí mismos.

Las corporaciones de oficios han sido descritas con las siguientes características: a) estructura jerárquica; b) el monopolio del oficio; c) la regulación de la capacidad productiva; d) la regulación de la técnica de producción. Según Cabanellas, estas bases permitieron que el trabajador gozara de una situación quizás muy superior a la del trabajador del siglo XX pero a costa de gran parte de su libertad individual⁹³. Martin Saint-Leon destaca que “el artesano de los siglos XIII y XIV encontró en la organización corporativa un apoyo mutuo y una preciosa dirección en todas las circunstancias de la vida; no se puede desconocer que su condición social, tanto desde el punto de vista del salario como de la estabilidad del trabajo, era muy satisfactoria”⁹⁴. No obstante, con el tiempo, las corporaciones perdieron su carácter de asociación voluntaria al instaurarse un sistema basado en la exclusividad del oficio, que obligaba a quienes quieran ejercer un oficio a inscribirse en el gremio.

También se han señalado como elementos fundamentales del régimen de las corporaciones de oficio medievales, los siguientes: a) auxilio mutuo, derivado del espíritu de fraternidad cristiana, por el cual se ayudaba a los pobres y desvalidos y a quienes lo necesitaren; b) espíritu religioso, que ponía al gremio bajo el amparo de un santo patrono, ordenando la celebración de Misas solemnes en el día de la festividad del santo, etc.; c) estricta vigilancia del trabajo y de la buena calidad de la producción, mediante detalladas reglamentaciones que imponían los estatutos, reglamentos y ordenanzas, conforme a la técnica del gremio; d) ayuda castrense, debido a que en ciertos países y ciertas épocas, las corporaciones fueron cuadro permanente de la organización militar; e) carácter local, al constituirse las corporaciones en cada país, región y localidad en base a sus propios privilegios y organización peculiar⁹⁵. Las corporaciones reglamentaban de forma muy minuciosa, a través de sus estatutos, tanto la producción como la venta, promoviendo un principio de competencia leal y de defensa de los intereses del consumidor. Se consideraba falta grave el arrebatar la clientela, la excesiva propaganda de los productos, utilizar materiales de inferior calidad, acaparar materias primas, tener mayor número de obreros de los necesarios y, en general, todo

93 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ibíd., 47.

94 Martin Saint-Leon, E. (1899). *Les anciennnes corporations et les syndicats professionnels*. París, 55.

95 Sidaoui, A. (s.d). *Derecho del Trabajo*. México DF. Porrúa, 221-223.

cuanto atacara los intereses de la profesión u oficio⁹⁶. Los fraudulentos eran expuestos y desenmascarados públicamente, su mala mercadería denunciada como tal delante del pueblo, por atentar contra el honor del oficio. Los infractores quedaban al margen de la sociedad y se les miraba como caballeros perjuros. Los intentos por monopolizar ilícitamente un mercado, entendimientos entre algunos maestros en perjuicio de otros, el acaparamiento de materias primas, eran severamente reprimidos. También la conquista de la clientela del vecino. Existía una limitada competencia basada meramente en las cualidades personales del artesano, y del producto, pero nunca por precio, los cuales estaban fijados por el gremio^{97,98}.

Junto a la corporación, existía, sobre todo en Francia y España, el jurado y la cofradía. El jurado era la corporación funcionando con jurisdicción disciplinaria y vigilaba a sus miembros, asegurando la aplicación de los estatutos y reglamentos sobre aprendizaje, fabricación, venta, etc. La cofradía se encargaba de las obras de caridad. Y en todos los casos la corporación se

96 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 48.

97 Sáenz, A. (2005). *La Cristiandad. Una realidad histórica*. Pamplona. Fundación Gratis Date, 105.

98 Excede el objeto del presente trabajo estudiar la actitud de la Iglesia medieval hacia el comercio y el naciente capitalismo. Pero en general se puede decir que la Iglesia guardaba recelo y sospecha sobre la actividad mercantil, y que era restrictiva en la consideración de lo que es lícito para el mercader. La economía medieval, inspirada fuertemente por los principios del cristianismo, no tenía por objeto la acumulación crematística de cada vez mayor capital y éste en pocas manos, sino que, según el principio de destinación universal de los bienes, la satisfacción de las necesidades del cuerpo social y la riqueza era buscada como medio, no como fin. La interdicción de la usura, la cuestión del precio justo, la sospecha del lucro, la doctrina de Santo Tomás sobre la propiedad privada, la exaltación de la pobreza, son ejemplos de la actitud de la Iglesia en torno al naciente capitalismo. De modo que la existencia de entes corporativos como los estudiados aquí es un elemento que limita la concurrencia, típica de la economía liberal, en beneficio de fines socialmente aceptables en la época medieval. Y lo más importante que cabe destacar es que existía una fuerte ética de raíz teológica, teocéntrica y metafísica, de la cual toda la sociedad medieval estaba imbuida, que imponía estos principios ético-jurídicos, siendo los gremios la forma de materializar y sancionar esta economía normativa (del deber ser) en el tráfico jurídico-mercantil, ejerciendo el rol de instrumentos para su vigencia efectiva. Sin estos sólidos principios ético-jurídicos derivados del cristianismo, los gremios no se entienden y quedan reducidos a confraternidades sospechosas y maliciosas, o monopolistas abusivos. En parte eso fue lo que pasó cuando dichos principios éticos y metafísicos se fueron perdiendo hacia el siglo XVI y siguientes en gran parte de Europa. Vid. Sáenz, A. (2005). *La Cristiandad. Una realidad histórica*. Ob. cit., 111-114; Rops, D. (1956). *Historia de la Iglesia de Cristo*. Tomo IV: La Iglesia de la Catedral y de la Cruzada. Barcelona. Editorial Luis de Caralt, 336-340; Salazar Santander, A. (2020). “Orígenes y desarrollo de la *laesio enormis* y la doctrina del precio justo”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 17, 271-277; Sombart, W. (1916). *Das Moderne Kapitalismus*. München. Duncker & Humblot; Fanfani, A. (1953). *Catolicismo y protestantismo en la génesis del capitalismo*. Madrid. Biblioteca del Pensamiento Actual.

colocaba bajo la advocación del santo patrono del oficio⁹⁹. Los gremios y corporaciones de oficios reunían los tres poderes, el ejecutivo, el legislativo y el judicial. El poder ejecutivo estaba radicado y era ejercido mediante los cónsules, procónsules, prebostes, el maestro mayor, el maestro menor, etc., quienes eran los encargados de llevar a la práctica las decisiones de la asamblea y vigilar el cumplimiento de las ordenanzas gremiales. El poder legislativo era integrado por la asamblea, la cual dictaba los estatutos del gremio y determinaba las condiciones de trabajo. El poder judicial era ejercido por los maestros jurados y sancionaba las faltas que los asociados pudieran cometer¹⁰⁰. El funcionamiento de la corporación se realizaba a través de sus órganos esenciales, que eran las asambleas, periódicas o extraordinarias, y los jurados. Las asambleas del oficio contaban con facultades decisivas en ciertos asuntos, y eran deliberantes. Los jurados ejercían sus funciones como delegados de la asamblea que los nominaba¹⁰¹. Los dirigentes del gremio ocupaban el cargo por uno o dos años¹⁰².

En cuanto a la constitución del gremio, era necesaria la previa aceptación de la vida corporativa por la totalidad o, al menos, la mayoría de los componentes del oficio; dicho acuerdo debía constar en instrumento público. Luego se redactaban y aprobaban las ordenanzas y estatutos que debían regir el oficio y se remitían al consejo de la ciudad o villa, pidiendo su aprobación. El decreto por el cual se autorizaba la nueva corporación determinaba las circunstancias del oficio, su patrono y las prerrogativas de los agremiados. Los estatutos eran la ley rectora de su desenvolvimiento y organización interna, fijaban además las condiciones de trabajo. Así, el gremio mismo fijaba disposiciones de aplicación general a sus miembros, regulando el ejercicio de la profesión u oficio. Esta reglamentación del trabajo sustituía la libertad de industria y de comercio, la organización corporativa se basaba precisamente en ser contraria al individualismo profesional y comercial. Los preceptos contenidos en los estatutos eran normas técnicas y profesionales cuyo objeto era asegurar la buena ejecución del trabajo y mantener la lealtad y buenas prácticas en el ejercicio de la profesión u oficio. Se regulaban las condiciones de venta, limitaban las competencias, fijaban precios y establecían el régimen de las ferias y mercados, así como normas sobre elaboración de los productos y su venta al público. De este modo, los

99 Jay, R. (1905). *La protección legal de los trabajadores*. Madrid. Revista de Legislación y Jurisprudencia, 181.

100 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 47.

101 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. *Ibid.*, 49.

102 Valdeón Barúque, J. (2001). "Gremios y oficios en la estructura urbana de la ciudad medieval". Ob. cit., 488.

estatutos determinaban las funciones y fines específicos a cumplir por los gremios¹⁰³.

La reglamentación estatutaria fijaba derechos y obligaciones no solo entre los miembros del oficio sino de éstos en relación con el gremio. El objetivo de la reglamentación era que la producción se hiciera en condiciones de honestidad, tendiendo a la probidad y lealtad en la fabricación, fijando las condiciones de trabajo, eliminando o atenuando la posibilidad de explotación del débil por el fuerte y produciendo, en definitiva, un proceso de fabricación inspirado en la buena fe y lealtad comercial, excluyendo el abuso y promoviendo una limitada pero sana y honesta competencia. Hay que destacar que, en una sociedad teocéntrica, como la medieval, los principios religiosos ejercían un fuerte influjo sobre la organización material del trabajo y se procuraba una economía “buena y leal”, objetivo que no siempre se conseguía, pero *de iure*, estaba sancionado institucionalmente, sobre todo en los estatutos gremiales. En cuanto a la ejecución del trabajo, los estatutos regulaban su duración, los mutuos derechos y deberes de las partes, teniendo como objetivo el generar una “obra maestra” en beneficio del consumidor, lo que no siempre se alcanzaba. También determinaban los ingresos y gastos de las corporaciones¹⁰⁴.

Existían sanciones como la exclusión de los miembros, cuando, ante una falta grave, así se decidía. La renuncia era admitida por excepción, y siempre que se abonaran y cancelaran las deudas que tuviera el agremiado con el gremio. Se impedía el cambio de profesión u oficio o el desempeño simultáneo en dos gremios. Tan solo los gremios formados con oficios conexos podían admitir la acumulación de estos, pero era algo muy excepcional, ya que la norma era que un maestro no podía ejercer más que un solo y determinado oficio y no podía pertenecer sino a un gremio¹⁰⁵.

Las funciones de los gremios, económicas, sociales, legislativas, jurisdiccionales, de previsión y asistencia, religiosas y políticas, se realizaban mediante el cumplimiento de los estatutos, previo juramento a través del cual se obligaban a la fiel observancia de los mismos, de las reglas del oficio, así como a las prácticas religiosas y el culto al santo patrono, el socorro mutuo, la defensa de los intereses profesionales y la obediencia a las autoridades de la corporación¹⁰⁶. Era común que los gremios poseyeran un hospital a

103 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 48-49.

104 Rops, D. (1956). *Historia de la Iglesia de Cristo*. Tomo IV: La Iglesia de la Catedral y de la Cruzada. Ob. cit., 332-335; Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 50.

105 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. *Ibíd.*, 49.

106 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. *Ibíd.*, 49.

su cargo¹⁰⁷. Como se ha dicho, el gremio contaba con el monopolio del oficio y el privilegio exclusivo de producir y fabricar en el oficio respectivo; quien quisiera ejercer una profesión debía ingresar en la corporación pertinente y capacitarse, conforme a los estatutos. Sin embargo, la enorme variedad de estatutos de los gremios de diferentes ciudades, contextos y condiciones históricas, sociales, culturales, políticas y económicas, impide afirmar de modo absoluto que esto se daba en todo momento y lugar. La repulsa medieval por la planificación general, uniforme y centralista, impide que lo anterior sea una regla de validez universal, sino tan solo tendencias generales que en cada caso adoptaban particularidades propias.

En cuanto al patrimonio de la corporación, como se ha dicho, al ser persona jurídica, poseía un patrimonio y capacidad suficiente para contratar, pudiendo comprar, vender, alquilar, prestar, garantizar, etc.; en general, realizar todos los actos jurídicos necesarios para sus operaciones. Los ingresos de las corporaciones provenían de los derechos abonados por los nuevos aprendices o los maestros, los derechos pagados por el beneficiario al ser admitido al maestrazgo, una parte de las multas, las donaciones que recibían, las rentas de los inmuebles de su propiedad, entre otras fuentes de ingresos. Los principales gastos eran los gastos de las instituciones de beneficencia, como la alimentación de ancianos, los honorarios del capellán, gastos de inhumación y de misas, decoración del altar, limosnas, el mantenimiento de la casa y los inmuebles del oficio, las comidas y fiestas corporativas, los gastos en solemnidades públicas, el pago de las deudas corporativas, las tasas pagadas en interés de los maestros, etcétera¹⁰⁸.

En Francia, posteriormente, se concedió el derecho real de poder vender el oficio y percibir por tal concepto una suma, lo que llevó a empobrecer notablemente a las corporaciones y fue una de las causas de la decadencia del sistema corporativo, desnaturalizado por injerencias extrañas. De todos modos, había corporaciones ricas y opulentas y otras pobres, que apenas podían subvenir sus necesidades. Las corporaciones más poderosas incluso prestaban al poder público para ayudar a este a subvenir sus necesidades¹⁰⁹.

2. Regulación del trabajo

Existía una jerarquía y autoridades corporativas cuya función, en general, era la de ejercer el poder de vigilancia sobre sus miembros, para ase-

107 Valdeón Baroque, J. (2001). "Gremios y oficios en la estructura urbana de la ciudad medieval". Ob. cit., 487.

108 Martin Saint-Leon, E. (1947). *Historia de las Corporaciones de Oficios*. Ob. cit., 124.

109 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 51-52.

gurar la vigencia efectiva de los estatutos y sancionar las contravenciones. Los mismos estatutos determinaban la forma de elegir a quienes ocupaban los cargos de la corporación. Los jefes recibían nombres diversos en cada país: en Inglaterra se llamaban *rewars*; en Italia, *cónsules*; en Francia, *baillys* o *jurés*; *veedores* o *mayorales*, en España¹¹⁰.

Los jefes ejercían estricta vigilancia y podían imponer multas a quienes quebrantaren las disposiciones establecidas en los estatutos. También figuraban los maestros de los oficios, a quienes la Corona enfeudaba funciones que, a su vez, ellos podían delegar y quienes tenían prerrogativas judiciales, teniendo como misión principal la de asegurar el cumplimiento de los estatutos. En cuanto a los jurados, eran mandatarios de los maestros del oficio y ejercían su autoridad en nombre de la colectividad a la que representaban. Fiscalizaban los contratos de aprendizaje y la protección de los aprendices; examinaban los aspirantes a maestros, percibían los derechos de dichos aspirantes y recibían el juramento de los nuevos maestros; presidían las asambleas; gestionaban los bienes de la corporación; vigilaban la fabricación y venta; tenían derecho a efectuar visitas domiciliarias para comprobar delitos, podían instruir sumarios y trabar embargos. A la terminación de sus funciones, debían rendir cuenta y el gremio les podía exigir responsabilidades¹¹¹.

En la escala de la jerarquía gremial, existían tres grados. El aprendiz, el oficial o compañero y el maestro. En el grado de aprendiz, la primera etapa de la escala gremial, se formaba e instruía en las habilidades y técnicas del oficio, lo que quedaba registrado mediante un contrato de aprendizaje. Los estatutos de cada gremio determinaban el sistema de trabajo y el número de aprendices que podía tener cada maestro, la cantidad mínima que el maestro debía pagar y la duración del contrato de aprendizaje, que en algunos oficios se extendía hasta los 10 años. Al aprendiz se le garantizaba un buen trato y el recibir una instrucción profesional de calidad, generalmente partían a los 12 años en el grado de aprendiz. Solo los maestros aprobados por el gremio podían contratar aprendices. Los padres o tutores entregaban el aprendiz a un maestro, quien no solo debía recibirlo en su casa, sino que también le otorgaba la enseñanza del oficio o profesión escogida. El maestro era un verdadero preceptor del aprendiz, le enseñaba, además, religión, moral y buenas costumbres. A éste se le exigía obediencia al maestro y dedicación al oficio, lo que implicaba que el maestro tenía el derecho de cuidado, vigilancia y corrección sobre el aprendiz. En tanto que al maestro se

110 Aunós Pérez, E. (1930). *Estudios de Derecho Corporativo*. Madrid. Reus, 35.

111 Martin Saint-Leon, E. (1947). *Historia de las Corporaciones de Oficios*. Ob. cit., 121-122.

le imponían numerosas obligaciones derivadas de su posición de autoridad, ya que ejercía un verdadero patronato moral, espiritual y profesional del aprendiz. El maestro debía, además, alimentar y vestir al aprendiz. Éste, en retribución, debía pagar determinada suma al maestro, además de dejar el fruto de su trabajo en provecho del maestro. La suma que debía pagar el aprendiz era fijada en los estatutos y era variable.

El contrato de aprendizaje terminaba cuando el aprendiz había obtenido el pase de grado, y por tanto se cumplía el término necesario para su evolución en la escala gremial. También terminaba cuando se pagaba un “rescate”, una determinada suma que abreviaba la duración del término de prueba. Del mismo modo, terminaba cuando expiraba el término fijado en el contrato, que daba por resultado el cambio de categoría profesional o la salida del gremio por notoria incapacidad del aprendiz. Además, se podía dar la expulsión del aprendiz por faltas cometidas, el abandono del oficio o su muerte. A veces, el contrato de aprendizaje terminaba sin que la instrucción o pase de grado hubiera sido obtenido por el aprendiz, pero finalizado el contrato, el aprendiz continuaba recibiendo instrucción del oficio, por ejemplo, en caso de muerte del maestro¹¹².

El segundo grado de la escala corporativa lo constituía el de oficial o compañero, que se constituyó especialmente en Francia hacia el siglo XIV, con el nombre de *compagnonnage*. En un comienzo había solo dos grados, aprendiz y maestro, pero se introdujo un nuevo grado, el de compañero, el cual es un maestro en potencia, aprendiz que ha pasado de grado o un trabajador condenado a mantenerse en calidad de servidor de un maestro. A menudo, el trabajador contrataba sus servicios sin consideración a un lapso determinado y este grado dejó de significar una evolución en la escala gremial, para transformarse en algo permanente.

En principio, cuando el aprendiz terminaba su contrato y conocía el oficio, podía pasar a la maestría. Pero con posterioridad, se introdujo, especialmente en Francia, que el aprendiz, antes de obtener el título de maestro, debía realizar una etapa adicional. Los compañeros, *compagnons*, eran aprendices que, por diversas razones extraprofesionales, no obtenían el título superior. Hacia la época de Francisco I, en Francia, se generalizaron determinadas malas prácticas en los gremios, como la exigencia de que el compañero sirviera durante un cierto tiempo al maestro, antes de obtener el título, imponiéndose un espíritu de casta y acrecentando los derechos para la titulación, así como los gastos resultantes cada vez más costosos

112 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 56-58; Valdeón Barunque, cit. (n. 75), 488-489; Sáenz, A. (2005). *La Cristiandad. Una realidad histórica*. Ob. cit., 103-104.

de la obra maestra, los banquetes que se debían ofrecer a los jurados, etc. Una Ordenanza de 1581 intentó corregir estos abusos, y estableció que el compañerismo debía tener una duración máxima de 3 años. Pero el germen de una cultura de abusos gremiales ya había echado raíces y con ello la decadencia del sistema gremial. Por ejemplo, se exigía la prolongación del tiempo de aprendizaje, se aumentaban las tasas que se debían pagar para el título de maestro, se hacía cada vez más difícil y costosa la obra maestra, etc.

La categoría de compañero no era reconocida en otro gremio, de modo que no podían trasladarse de una corporación a otra. Si bien el número de aprendices era limitado, el número de compañeros era ilimitado. Percibían retribución por los servicios prestados, podían elegir libremente al patrono a cuyo servicio ingresaban, podían discutir las cláusulas de su contrato, que ya no tenía por objeto la instrucción sino prestar un servicio retribuido. Incluso en ciertos casos los compañeros podían trabajar por su propia cuenta y tomar a su cargo a aprendices. Eventualmente, podía alojarse en casa del maestro, a diferencia del aprendizaje, en que era una obligación básica de dicho contrato. No era un intermedio entre el aprendiz y maestro, sino un grado autónomo, un simple ejecutor de la obra. El compañero solo trabajaba por una remuneración, y con el tiempo se fueron transformando prácticamente en asalariados¹¹³.

Surgen, en Francia, asociaciones de compañeros, llamadas *compagnonnage*, incrustadas en los mismos gremios, que exigían reivindicaciones laborales. La progresiva transformación de los maestros en un cuerpo cerrado, dejando de participar los oficiales en el gobierno de los gremios, y los abusos mencionados, serán decisivos para la progresiva decadencia del sistema gremial, especialmente con posterioridad al siglo XVI. En ciudades de Italia como Florencia y Venecia, a fines de la Edad Media, ya hay indicios de un sistema de producción capitalista, con claros abusos laborales y luchas dentro de los gremios, alejándose del espíritu original de los gremios. Un nuevo espíritu capitalista, antitético al *ethos* católico y comunitario medieval, se apoderaba de los gremios¹¹⁴.

Finalmente, el grado de maestro, quien representaba el patrón y capitán de industria, el aprendiz o compañero que ha pasado de grado y tuvo medios para instalarse. El maestro, lógicamente, ocupa el más elevado sitio dentro de la escala gremial. El aprendiz, en principio, pasaba al grado de maestro una vez dado el examen de grado, habiendo pagado los derechos

113 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 58-61.

114 Valdeón Baruque, J. (2001). "Gremios y oficios en la estructura urbana de la ciudad medieval". Ob. cit., 489-490.

y finalizado la obra maestra, según disponía el *Libro de los Oficios*. Algunas corporaciones eximían del aprendizaje a los hijos del maestro. El nuevo maestro, aceptado por el gremio, era recibido en sesión solemne y juraba, sobre las reliquias de los santos patronos, observar fielmente los estatutos y ejercer la profesión con lealtad.

El maestro podía contratar los oficiales que necesitare, tomar aprendices y ejercer todos los derechos gremiales en plenitud. Las mujeres, por excepción, podían acceder a la maestría, cuando el oficio podía ser desempeñado ellas o estaba a cargo de estas o cuando la viuda de un maestro era autorizada a continuar con el oficio del marido, si tenía experiencia suficiente.

En Francia, el oficio debía pagarse a quien podía otorgarlo, al gremio, a la autoridad feudal, o al rey. Había oficios que dependían directamente del soberano; otros, de altos funcionarios de la Corona delegados por el monarca. El Rey Luis XI empezó a conceder cartas de maestrías, que dispensaban al beneficiario de todo o parte del pago exigido a los compañeros e incluso de la obra maestra, confirmando de golpe el título de maestro. Lo que llevó a incorporar en el gremio a intrusos sin experiencia, y a generar abusos en los privilegios concedidos¹¹⁵.

IV. Decadencia y extinción del régimen gremial

Las corporaciones, con el tiempo, especialmente hacia los siglos XVI-XVII, degeneraron y dejaron de ejercer su función benéfica armonizando capital y trabajo. Cada vez más se abría paso el nuevo modo de producción capitalista. La maestría, abierta en un principio a todos, mediante la producción de una obra maestra, y el pago de un derecho mínimo, se transformó en el monopolio de unos pocos. Se transmitían los privilegios del maestro por herencia o se vendían a precios excesivos¹¹⁶. Se perdió en la práctica la libertad de los oficios. Como si fuera poco, el absolutismo monárquico, especialmente en Francia, en los siglos XVI y siguientes, empezó a mermar los derechos de los gremios y corporaciones. Los gremios ya no crearán las leyes y los estatutos que los han de regir, sino que los dictará la Corona, arrogándose derechos que les correspondían a las corporaciones. Incluso se llegó a traficar con los cargos de las corporaciones, para conseguir mayores medios económicos. Ya no se buscaba asegurar la calidad de los productos,

115 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 62-64.

116 Rocha, M. (1938). *Los orígenes de Quadragessimo Anno. Trabajo y salario a través de la Escolástica*. Buenos Aires. Librería Santa Catalina, 90-91.

sino meras tendencias monopolísticas en beneficio de los maestros. Las nuevas técnicas y procedimientos, el surgimiento del maquinismo complicaron aún más el panorama, ya que en lugar de buscar adaptaciones y modificar lo necesario para compatibilizarse con las nuevas tecnologías y el necesario progreso de la industria, los gremios se aferraban a las viejas costumbres y estatutos, considerados como leyes perpetuas. No había interés tampoco de las monarquías absolutistas en remediar estos problemas; les interesaba, en cambio, traficar con privilegios y oficios, percibir elevados derechos de las corporaciones, a la vez que cercenaban la legítima libertad de los gremios y corporaciones. Se produjeron luchas dentro de los gremios, entre los gremios, los gremios más fuertes abusaban de los gremios más débiles, etc. Una creciente masa de compañeros asalariados en situación cada vez más angustiada completaba el panorama negro de las corporaciones con posterioridad al siglo XVI¹¹⁷.

Así, llegamos a finales del siglo XVIII, época en que finalmente se suprimen los gremios y por consiguiente el régimen corporativo, primero en Francia y luego en toda Europa. En 1776, el fisiócrata y ministro de Luis XVI, Turgot, proclama un Edicto por el cual los gremios quedan suprimidos y anuncia la libertad de trabajo. No obstante, hubo gran oposición del Parlamento y por un Edicto del 26 de agosto de 1776 se reestablecieron las seis corporaciones de mercaderes de París y algunas otras de artes y oficios. Turgot no titubeó en desconocer el derecho de las corporaciones, excusándose en los abusos y decadencia del sistema corporativo¹¹⁸. La ley del 17 de marzo de 1791, dictada por la Asamblea Nacional, suprimió las corporaciones y el monopolio para trabajar, y estableció la libertad de trabajo. En dicha sesión, los gremios no tuvieron ni un solo defensor. Esta ley fue culminada por la célebre *Ley Chapelier*, de fuerte influencia fisiócrata y liberal. La Declaración de Derechos del Hombre, fiel al ideario individualista de la Revolución francesa, omitió referirse al derecho de asociación. Siguiendo este espíritu, una ley presentada por Yves Le Chapelier, aprobada el 17 de junio de 1791, eliminaba toda especie de corporaciones del mismo estado social o profesión; se prohibía la asociación de ciudadanos del mismo estado social o profesión, los obreros y compañeros de un arte cualquiera, y, además, que sancionasen reglamentaciones sobre sus intereses comunes. Se establecían duras penas y se calificaba dicha asociación corporativa como contraria a los Derechos del Hombre. La ley afirmaba que no existían corporaciones en el Estado y no había más interés que el individual y el general. No solo suprimía las corporaciones, sino que impedía constituir otras organizaciones que auna-

117 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 65-68.

118 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ibid., 70-73.

ran intereses comunes. Según Cabanellas, el individuo, con esta ley, pasaba a ser el principio y fin de todas las relaciones jurídicas, políticas y morales, no ya un rey sino un semidiós de la creación. La idea del individualismo extremo y el estado absoluto de libertad que sustentaba la *Ley Chapelier* se extendió por toda Europa, y desaparecieron en todas partes, con matices en cada caso¹¹⁹.

En España, el papel desempeñado por Turgot lo llevó a cabo Jovellanos, quien escribió un *Informe sobre el libre ejercicio de las artes*, que contribuyó eficazmente a la desaparición de los gremios y a la libertad de trabajo. Pero a diferencia de Francia, hubo notorios defensores del sistema gremial. Uno de ellos, Antonio Capmany, quien, admitiendo la necesidad de reforma, indicaba: “Que dicen que estos cuerpos son perjudiciales porque tienen muchos abusos. Fuerte razón. Extingamos, pues, las órdenes regulares, el clero, los mismos tribunales, porque en ellos se han introducido ciertos abusos. Este es el partido más fácil y seguro que se puede escoger para no cansarse en buscar remedios; lo mismo harían los vándalos”¹²⁰. La desaparición de los gremios fue más progresiva y lenta que en Francia. Leyes como la Real Orden del 26 de mayo de 1790 y del 1º de marzo de 1798 dispusieron que cualquier persona pudiera trabajar en sus oficios o profesiones sin otro requisito que hacer constar su pericia, aunque faltasen el aprendizaje, oficialía, domicilio y demás que prescribieran las ordenanzas gremiales. Las ideas de Jovellanos fueron defendidas además en las Cortes de Cádiz, que el 8 de junio de 1813 decretaron la completa libertad de industria, siguiendo el ideario liberal, pero sin suprimir aún las corporaciones, solo sustrayéndoles ciertos privilegios. Dicho Decreto fue derogado por la Real Orden del 29 de junio de 1815 y, por ella, se reestablecían las ordenanzas gremiales, pero se ordenó examinarlas y suprimir todo lo que pudiera causar monopolio por los gremios y fuese perjudicial para el progreso de las artes e industria. No obstante, los gremios subsistieron durante la reacción fernandina, aunque ya estaban débiles y sin fuerza. Finalmente, el Real Decreto del 20 de enero de 1834, dictado por la monarquía isabelina, suprimía toda clase de privilegios para los gremios y establecía la libertad de industria y, por Decreto, dado por las Cortes el 6 de diciembre de 1836, se reestablece el Decreto de las Cortes de Cádiz de 1813. Los gremios, sin quedar abolidos *de iure*, quedaban de hecho abolidos¹²¹.

119 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 73-76.

120 Rumeau de Armas, A. (1944). *Historia de la Previsión Social*. Ob. cit., 325.

121 Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Ob. cit., 87-89.

Bibliografía

- Alvear Téllez, J. (2017). “El mercado moderno: variaciones sobre un problema económico”, en *Verbo* N° 553-554, 283-302.
- Alzate Avendaño, G. (1937). “Los Collegia Romanos”, en *Revista Universidad Pontificia Bolivariana*. Vol. 1, N° 2, 156-182.
- Antokoletz, D. (1941). *Tratado de legislación del trabajo y previsión social: con referencias especiales al Derecho argentino y de las demás repúblicas americanas*. Tomo I. Buenos Aires. G. Kraft Ltda.
- Aunós Pérez, E. (1930). *Estudios de Derecho Corporativo*. Madrid. Reus.
- Brentano, L. J. (1870). *Essay on the history and development of the guilds and the origin of trade-unions*. Londres. Trubner and Co, Ludgate Hill.
- Burton, E.; Marique, P. (1910). “Guilds”. *The Catholic Encyclopedia (New Advent)*. New York, <https://www.newadvent.org/cathen/07066c.htm>
- Cabanellas, G. (1959). *Derecho Sindical y Corporativo*. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina.
- Calderón Bouchet, R. (1981). *Apogeo de la ciudad cristiana*. Buenos Aires. Ediciones Dictio.
- Cordero Rivera, J. (1997). “Asociacionismo popular: gremios, cofradías, hermandades y hospitales”, en *La vida cotidiana en la Edad Media*. En De la Iglesia Duarte, J. I. (coord.). *VIII Semana de Estudios Medievales, Nájera, del 4 al 8 de agosto de 1997*. Nájera. Instituto de Estudios Riojanos, 387-399.
- Falcón Pérez, M. I. (1994). “Las cofradías de oficio en Aragón durante la Edad Media”, en *Medievalismo*. N° 4.
- Fanfani, A. (1953). *Catolicismo y protestantismo en la génesis del capitalismo*. Madrid. Biblioteca del Pensamiento Actual.
- Feroci, V. (1942). *Instituciones de Derecho Sindical y Corporativo*. Madrid. Reus.
- González Arce, J. D. (1994). “Los gremios medievales de Murcia: organización y estructura del artesanado urbano en el modo de producción feudal”. Tesis Doctoral. Universidad de Murcia, en <http://hdl.handle.net/10201/32475>
- González Arce, J. D. (2008). “Asociacionismo, gremios y restricciones corporativas en la España medieval (siglos XIII-XV)”, en *Investigaciones de Historia Económica*. Vol. 4, N° 10, 9-34.
- González Arce, J. D.; Hernández García, R. (2015). “Querellas corporativas en el comercio con Europa desde el Cantábrico oriental durante la primera mitad del siglo XVI según un pleito de 1547”, en *Áreas. Revista Internacional de Ciencias Sociales*. N° 34, 33-45.
- Hernández García, R.; González Arce, J. D. (2015). “Gremios y corporaciones laborales. Debates historiográficos y estado de la cuestión”, en *Áreas. Revista Internacional de Ciencias Sociales*. N° 34, 7-18.
- Jay, R. (1905). *La protección legal de los trabajadores*. Madrid. Revista de Legislación y Jurisprudencia.
- Llompert Moragues, G. (1992). “Los gremios medievales de Mallorca y la cultura”, en *Estudis balearics*. N° 42, 111-122.

- Martin Saint-Leon, E. (1899). *Les anciennes corporations et les syndicats professionnelles*. París.
- Martin Saint-Leon, E. (1947). *Historia de las Corporaciones de Oficios*. Buenos Aires. Editorial Partenón.
- Napolitano, G. (1941). *Economía Corporativa*. Barcelona. Bosch Casa Editorial.
- Navarro Espinach, G. (2015). "Corporaciones de oficios y desarrollo económico en la Corona de Aragón, 1350-1550", en *Áreas. Revista Internacional de Ciencias Sociales*. N° 34, 21-31.
- Nieto Sánchez, J. A.; Zoffio Llorente, J. C. (2015). "Los gremios de Madrid durante la Edad Moderna: una revisión", en *Áreas. Revista Internacional de Ciencias Sociales*. N° 34, 47-61.
- Pernoud, R. (1981). *Lumière du Moyen âge*. París. Graset.
- Rocha, M. (1938). *Los orígenes de Quadragessimo Anno. Trabajo y salario a través de la Escolástica*. Buenos Aires. Librería Santa Catalina.
- Rops, D. (1956). *Historia de la Iglesia de Cristo*. Tomo IV: La Iglesia de la Catedral y de la Cruzada. Barcelona. Editorial Luis de Caralt.
- Rumeau de Armas, A. (1944). *Historia de la Previsión Social*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado.
- Sáenz, A. (2005). *La Cristiandad. Una realidad histórica*. Pamplona. Fundación Gratis Date.
- Salazar Santander, A. (2020). "Orígenes y desarrollo de la *laesio enormis* y la doctrina del precio justo". *Revista Derecho Público Iberoamericano*. N° 17, 251-293.
- Segarra, E. (1911). *Los gremios*. Barcelona. Imprenta F. Altés y Alabart.
- Sidaoui, A. (s.d.). *Derecho del Trabajo*. México DF. Porrúa.
- Sombart, W. (1916). *Das Moderne Kapitalismus*. München. Duncker & Humblot.
- Unsain, A. (1928). *Legislación del Trabajo*. T. III. Buenos Aires. Editorial Valerio Abeledo.
- Valdeón Baroque, J. (2001). "Gremios y oficios en la estructura urbana de la ciudad medieval", en *Reconstruyendo la ciudad maya: el urbanismo en las sociedades antiguas*. Madrid. Sociedad Española de Estudios Mayas, 483-490.
- Zancada, P. (1940). *Derecho Corporativo Español*. Madrid. Juan Ortiz.

FALSO CONSENSO: EL FANTASMA DE LA BUENA FE EN EL ARTÍCULO 7(1) DE LA CISG

Enrique Varsi Raspigliosi

Universidad de Lima, Lima, Perú
Contacto: enriquevarsi@gmail.com

Sergio Alonso García Long

Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú
Contacto: sergio.garcial@pucp.edu.pe

Recibido: 24 de agosto de 2021

Aprobado: 7 de diciembre de 2021

Para citar este artículo:

Varsi Raspigliosi, E. y Alonso García Long, S. (2022). “Falso consenso: el fantasma de la buena fe en el artículo 7(1) de la CISG”.

Prudentia Iuris, N. 93, pp. 139-178

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.93.2022.pp.139-178>

Resumen: La buena fe es una de las materias que divide al *Civil Law* del *Common Law*, y es el punto de partida para discutir sobre la filosofía subyacente que se encuentra detrás de las posturas pro-buena fe y anti-buena fe. Con este panorama, la CISG optó por un modelo restrictivo de buena fe (amigable, en principio, para los anglosajones) y así quedó expresado en su texto, siendo el artículo 7(1) de la CISG la única disposición que menciona la buena fe y con relación a la interpretación de la CISG. Sin embargo, dado que se trató de un falso consenso, la historia no terminó ahí y el fantasma de la buena fe civilista sigue penando en las instalaciones de la CISG, y así, aunque no esté físicamente, su presencia podría ser sentida a través de la *lex mercatoria* conforme al artículo 9° de la CISG.

Palabras clave: Buena fe, Civil Law, Common Law, CISG, *Lex mercatoria*, Derecho contractual transnacional.

False consensus: the ghost of good faith under article 7(1) of the CISG

Abstract: Good faith is one of the matters that divides Civil Law from Common Law systems and is a starting point to discuss on the underlying philosophy found behind the pro-good faith and anti-good faith approaches. Taking this context into consideration, the CISG adopted a restrictive model of good faith (Common Law-friendly, in principle) and so it was expressed in its text, being article 7(1) the only provision that makes reference to good faith and regarding the interpretation of the CISG. However, since it was a false consensus, the story did not end there, and the ghost of civilian good faith continues to haunt the CISG facilities, and thus, even if it is not physically present, its presence could be felt through the *lex mercatoria* pursuant to article 9 CISG.

Keywords: *Good faith, Civil Law, Common Law, CISG, Lex mercatoria, Transnational contract law.*

Falso consenso: lo spettro della buona fede nell'articolo 7 (1), della CISG

Sommario: La buona fede é una delle materie che serve a dividere il Civil Law dal Common Law, ed è il punto di partenza per iniziare la discussione della filosofia che sta alla base delle posizioni pro-buona fede ed anti-buona fede. Con questo panorama, la CISG ha scelto un modello restrittivo di buona fede (amichevole, inizialmente, per gli anglosassoni) e così espresso nel proprio testo, essendo l'articolo 7(1) della CISG l'unica disposizione che fa menzione alla buona fede. Tuttavia, poiché questo é stato un falso consenso, la storia non é finita lí, e troviamo che il fantasma della buona fede civilista continua a tormentare le installazioni della CISG, e così, anche se non ci sia fisicamente, la sua presenza si sente, e può essere sentita attraverso la *lex mercatoria*.

Parole chiave: Buona fede, Civil Law, Common Law, CISG, Lex mercatoria, Diritto contrattuale transnazionale.

I. Introducción

Con ocasión de la redacción del texto de la United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods - CISG, varias delegaciones del Civil Law y Common Law tuvieron que ponerse de acuerdo frente a diversos aspectos legales vinculados al contrato de compraventa internacional. Uno de ellos fue la buena fe, que quedó materializada en el artículo 7(1), una de las normas más famosas y controvertidas por su perfil anglosajón. El artículo en mención es muestra de un compromiso de uniformización entre Civil Law y Common Law, pero también es muestra de la eterna tensión que puede existir entre ambos sistemas, la cual debe ser tratada correctamente.

Siempre existirán diversas formas de afrontar un problema. Los avances sociales harán obsoletas las soluciones existentes en virtud de las nuevas que irán surgiendo. Lo viejo cede el paso a lo nuevo. Lo importante es partir de una premisa: al existir diversas formas de solucionar un problema, existen diversos modelos de la misma institución jurídica. La buena fe no es la misma en el Common Law y el Civil Law, pero tampoco la buena fe es la misma en todo el Civil Law. Es una institución profusa y difusa. Existen distintos modelos de buena fe.

La CISG optó por un modelo de buena fe amigable para los anglosajones. Sin embargo, esto no puso fin a la discusión. Las instituciones jurídicas, tal cual ser vivo, nacen y se desarrollan buscando su propio camino. Y eso pasó con la buena fe, que a pesar de la expresa elección de la CISG en favor de una buena fe anglosajona, en los hechos se sigue discutiendo si una buena fe civilista tal vez sería la más adecuada para el comercio internacional, sobre todo si es parte de la *lex mercatoria*. Entonces, en retrospectiva, el acuerdo que se materializó en el artículo 7(1) terminó siendo un falso consenso, un acuerdo que no logró los frutos deseados.

La Sección II analiza algunos de los procesos de uniformización más destacados, como los Principles of International Commercial Contracts - PICC y Principles of European Contract Law - PECL, mientras que la Sección III se enfoca en la CISG y explica en qué extremos tiene un perfil anglosajón. La Sección IV desarrolla los modelos de buena fe en el Derecho Comparado y, en específico, el modelo adoptado por la CISG según su artículo 7(1), como resultado de un compromiso para lograr un acuerdo entre Civil Law y Common Law, a pesar de las posiciones opuestas de ambos sistemas en torno a la buena fe. La Sección V explica por qué el artículo 7(1) es, en realidad, un falso consenso que ha permitido que la buena fe civilista, a pesar de su ausencia física, pueda presentarse como un fantasma. Finalmente, la Sección VI concluye.

II. La uniformización del derecho de contratos

Europa tenía una gran complicación frente a su comercio internacional: la falta de un Derecho uniforme de contratos. Cuando se quería hacer negocios en Europa debían tenerse en cuenta más de 20 jurisdicciones, y con ello, más de 20 Derechos nacionales; además, la diversidad idiomática, de culturas e idiosincrasias. Por el contrario, aunque cada Estado americano tiene su propia legislación, el Derecho americano se veía como una unidad que podía transmitirse en un solo idioma. Este fue el objetivo del American Law Institute con los Restatements of Contracts.

Esta necesidad promovió el comienzo de diversas iniciativas de uniformización para el Derecho de contratos. La más importante, en su momento y en la actualidad, es la CISG. Ella fue, además, el antecedente de otros importantes textos, como los PICC y PECL¹. Para que estos procesos de uniformización, primero, se materializaran en un texto y, segundo, fueran exitosos en la práctica, debían lograr cierto nivel de consenso entre Civil Law y Common Law, según fuera necesario (Eiselen, 2014) (Viejobueno, 1995).

Los PECL, al ser aplicables a la Unión Europea, tienen un claro perfil civilista, a pesar de que tuvieron como uno de sus mayores protagonistas al profesor inglés Hugh Beale, quien se lamentaba de que los PECL, en algunos extremos, fueran demasiado civilistas, como se muestra en las excesivas referencias a la buena fe (19 disposiciones de los PECL –Partes I, II y III– hacen mención a la buena fe); véase la crítica de Beale (2006).

Luego, tenemos a los PICC, que con el objetivo de ser reconocidos como *lex mercatoria* para los contratos internacionales, no estuvieron limitados a la Unión Europea, siendo su intención ser aplicados alrededor del mundo y, como tal, no podían omitir la posición de las jurisdicciones anglosajonas. De allí que en algunos extremos de su texto se haya preferido por ser más familiar a la práctica internacional, como se evidencia en el uso del término “*hardship*” en lugar de “*change of circumstances*” optado por los PECL (y el Draft Common Frame of Reference - DCFR o los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos - PLDC y otros instrumentos de uniformización de perfil civilista). Sin embargo, el texto de los PICC es mayoritariamente civilista. Muestra de ello es el reconocimiento amplio de la buena fe (es mencionada solo en 6 disposiciones, pero con carácter general). No olvidemos que varios miembros de los grupos de trabajo de los PICC participaron en los PECL, de manera que ambos instrumentos contienen

1 Lando, O. (2005). “CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law”, en *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 53, Nro. 2, 379-401, se refiere conjuntamente a la CISG y sus seguidores, PICC y PECL, como la *troika*.

disposiciones muy similares, entre ellas –precisamente– las que reconocen a la buena fe como deber contractual.

Por el contrario, la CISG se muestra más favorable para el Common Law en ciertos aspectos estructurales del Derecho de contratos, lo que tiene como objetivo proyectar que la CISG le da preferencia a la seguridad jurídica sobre la justicia. Por ello, a diferencia de los PICC y PECL, y aunque la CISG no sea un instrumento de uniformización de un predominante perfil anglosajón como los OHADAC Principles on International Commercial Contracts, prefirió por la opción anglosajona en aspectos fundamentales del Derecho de contratos, marcando un claro distanciamiento con las opciones civilistas adoptadas por sus seguidores, los PICC y PECL.

Todos estos instrumentos de uniformización de *hard law* o *soft law* han contribuido para que actualmente se pueda hablar de un Derecho Contractual Transnacional –como lo hacen Calliess (2007) y Bonell (2008)– íntimamente vinculado con la nueva *lex mercatoria* y el arbitraje internacional². La *lex mercatoria*, una de las principales fuentes de este Derecho supranacional, puede clasificarse en virtud de su grado de formulación (Yildirim, 2014): (1) *Solid form*, la CISG y la Convención de Nueva York (1958); (2) *Liquid form*, los PICC, PECL, DCFR, International Chamber of Commerce - ICC, International Trade Centre - ITC, OHADAC Principles, Principles on Transnational Law - TransLex Principles e International Federation of Consulting Engineers - FIDIC, y; (3) *Gas form*, aquellas reglas que no están recogidas, codificadas o formuladas en algún instrumento.

La idea es que los contratos sometidos a tales instrumentos sean resueltos en arbitrajes internacionales donde los árbitros apliquen el contrato

2 Sobre la interacción entre el Derecho Contractual Transnacional, el arbitraje internacional y la nueva *lex mercatoria*, véase Horn, N. (1982). “Uniformity and diversity in the law of international commercial contracts”, en N. Horn y C. Schmitthoff (eds.). *The Transactional Law of International Commercial Contracts*. Boston. Kluwer, 3-18; Goode, R. (1997). “Usage and its reception in transnational commercial law”, en *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 46, Nro. 1, 1-36; Bamodu, G. (1998). “Exploring the interrelationships of transnational commercial law, ‘the new *lex mercatoria*’ and international commercial arbitration”, en *African Journal of International and Comparative Law*. Vol. 10, Nro 1, 31-59; Bonell, M. (2000). “The UNIDROIT Principles and transnational law”, en *Uniform Law Review*. Vol. 5, Nro. 2, 199-217; Mistelis, L. (2001). “Is harmonisation a necessary evil? The future of harmonisation and new sources of international trade law”, en I. Fletcher, L. Mistelis y M. Cremona (eds.). *Foundations and Perspectives of International Trade Law*. Londres. Sweet & Maxwell, 3-27; Calliess, G. (2007). “The Making of Transnational Contract Law”, en *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 14, Nro. 2, 469-483; Bonell, M. (2008). “The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law”, en *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 56, Nro. 1, 1-28; Cordero, G. (2011). “The transnational law of contracts: what it can and what it cannot achieve”, en T. Weiler y F. Baetens (eds.). *New Directions in International Economic Law. In Memoriam Thomas Wälde*. Boston. Martinus Nijhoff Publishers, 45-78.

y la *lex mercatoria*, creándose un Derecho Transnacional de contratos con autonomía propia.

III. El perfil anglosajón de la CISG

3.1. ¿Certeza jurídica o justicia contractual?

La principal regla del Derecho de contratos es el *pacta sunt servanda*. Sin embargo, esta regla, a veces llamada como principio para resaltar su importancia, parece no ser en realidad la más importante, o en todo caso, se tienen en cuenta otras reglas que terminan por relativizarla. La sola existencia de excepciones al *pacta sunt servanda* puede ser un criterio fundamental para diferenciar entre jurisdicciones nacionales y la filosofía subyacente a ellas.

Las dos principales excepciones al *pacta sunt servanda* son: (1) la buena fe, y (2) las circunstancias inesperadas o impedimentos.

De manera general se considera que, si una jurisdicción reconoce algún remedio ante la ocurrencia de circunstancias inesperadas y permite el control contractual en virtud de la buena fe, entonces es un sistema que prioriza la justicia del caso concreto, *contrario sensu*, se considera una jurisdicción que prefiere por la seguridad jurídica. Dentro del Civil Law, en el primer caso, tenemos a Alemania y, en el segundo, a Francia e Inglaterra.

El Derecho alemán se mostró favorable al reconocer un fuerte rol en la buena fe para efectos de terminar o revisar los contratos que sufran un desequilibrio económico. La base legal fue la buena fe (*Treu und Glauben*) del §242 BGB y la doctrina empleada la base del negocio (*Geschäftsgrundlage*). Posteriormente, esta última fue reconocida de forma expresa en el §313 BGB.

El Derecho francés, por el contrario, dio preferencia al *pacta sunt servanda* del primer párrafo del original artículo 1134 del Code Civil por encima de la buena fe que estuvo reconocida en el tercer párrafo de la misma norma. La buena fe francesa no significaba terminar o revisar los contratos, sino ejecutarlos conforme a sus términos y condiciones. Buena fe era lealtad al contrato. Existió una jerarquía normativa entre el *pacta sunt servanda* (primer párrafo) y la buena fe (tercer párrafo). Además, como muestra del respeto al *pacta sunt servanda*, no se reconoció la teoría de *imprévision* en la versión original del Code Civil. Fue recién con la reforma francesa de 2016 que, por fin, la *imprévision* es reconocida en el nuevo artículo 1195, que exige la renegociación entre las partes, siendo que a falta de acuerdo interviene el juez para resolver o adaptar el contrato. Es importante mencionar que una de las preocupaciones de la reforma fue que el Derecho francés no

fuera elegido como ley aplicable en contratos internacionales, al ser percibida en el comercio internacional como una jurisdicción intervencionista, al permitir la revisión del contrato por parte de un juez ante la imprevisión.

Por el lado del Common Law, destaca el Derecho inglés, el que: (1) no reconoce una doctrina similar a la *Geschäftsgrundlage*, *eccessiva onerosità sopravvenuta* o *imprévision*, al partir de la premisa de que la responsabilidad contractual es absoluta, en el sentido de que los contratos deben cumplirse (incluso) si al deudor le es imposible o le resulta más oneroso, salvo que se presente alguno de los casos específicos de *frustration* desarrollados por la jurisprudencia inglesa; (2) no reconoce una doctrina general de la buena fe en el Derecho de contratos. Al contrario, en *Walford v. Miles* (1992) la buena fe precontractual fue considerada como inherentemente repugnante a la posición adversarial de las partes; (3) no reconoce valor legal a los contratos precontractuales o los deberes de renegociación, y (4) no admite que un juez pueda revisar un contrato ante un cambio de circunstancias. Incluso, se discute si las partes podrían mediante pacto otorgarle dicho poder a un árbitro.

Es este respeto estricto al pacto de las partes lo que ha hecho que Inglaterra sea considerada como el distrito financiero más importante del mundo, y su ley, como la preferida a ser elegida ley aplicable en los contratos internacionales.

3.2. *Hardship* en la CISG

Teniendo en cuenta esta experiencia a nivel de jurisdicciones nacionales, la CISG optó por una estrategia que le permitiera convertirse en un instrumento exitoso de uniformización y, en efecto, ha logrado ser considerado actualmente como el proceso de uniformización más exitoso del mundo³. Por un lado, fue el punto de referencia y antecedente para otros principales instrumentos, como los PICC y PECL y, por otro, obtuvo gran aceptación al ser adoptado por 94 Estados a la fecha.

Uno de los puntos claves de la CISG fue darle preferencia al pacto de las partes. Para lograr tal objetivo, no podía reconocer en su texto instituciones percibidas como intervencionistas a los ojos del comercio internacional. Por ello, inicialmente, se consideraba que el artículo 79 de la CISG no reconocía a la *hardship* sino solo a la *force majeure*, para luego considerarse que la *hardship* estaba reconocida, pero a través de un modelo amigable para

3 La falta de éxito del Uniform Law of the International Sale of Goods (ULIS) y el Uniform Law on the Formation of International Sale of Goods (ULFIS), que estuvieron basados en la tradición romanista, fue un dato tomado en cuenta al momento de elaborar la CISG. Véase Lando, O. (2005). "CISG and Its Followers...". Ob. cit., 379-380.

el Common Law. Por otro lado, reconoció expresamente a la buena fe, pero le asignó un rol restrictivo que puede considerarse como compatible con el Common Law.

Cuando se trató de regular la excepción al *pacta sunt servanda*, la CISG se limitó a reconocer en su texto la clásica excepción reconocida virtualmente en todas las jurisdicciones nacionales: la *force majeure* conforme al artículo 79. Sin embargo, la historia no terminó allí⁴. Si bien la intención del artículo 79 fue regular solamente a la *force majeure* como única excepción (*exemption*) al cumplimiento contractual, no se usó al término “*force majeure*”. Tal término está estandarizado en la práctica internacio-

4 El artículo 79, CISG, es una de las disposiciones más comentadas por los expertos, en específico, en relación a dos puntos: (1) si en virtud del artículo 79 CISG se puede invocar, además de casos de *force majeure*, también de *hardship*, y (2) de poder invocar *hardship* en virtud del artículo 79, CISG, si las consecuencias son las mismas aplicables a la *force majeure* (exoneración de responsabilidad y/o terminación privada), o si existe alguna vía legal para invocar otras consecuencias típicas de la *hardship* en jurisdicciones civilistas (renegociación y adaptación). Al respecto, véase: Tallon, D. (1987). “Article 79”, en C. M. Bianca & M. J. Bonell (eds.). *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano. Giuffrè; Bonell, M. (1990). “‘Force majeure’ and ‘hardship’ nel diritto uniforme della vendita internazionale”, en *Diritto del Commercio Internazionale*. Vol. 4, 543-571; Stoll, H. & Gruber, G. (2005). “Article 79”, en P. Schlechtriem & I. Schwenzer (eds.). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 2nd edition. Oxford. Oxford University Press; Lindström, N. (2006). “Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods”, en *Nordic Journal of Commercial Law*. Vol. 1, 1-29; Schwenzer, I. (2009). “Force majeure and Hardship in International Sales Contracts”, en *Victoria University of Wellington Law Review*. Vol. 39, Nro. 4, 709-726; Veneziano, A. (2010). “UNIDROIT Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court”, en *Uniform Law Review*. Vol. 15, Nro. 1, 137-149; Flechtner, H. (2011). “The exemption provisions of the Sales Convention, including comments on ‘hardship’ doctrine and the 19 June 2009 decision of the Belgian Cassation Court”, en *Annals of the Faculty of Law in Belgrade - International Edition*. Vol. 2011, 84-101; Atamer, Yesim M. (2011). “Article 79”, en S. Kröll, L. Mistelis & M. del P. Perales Viscasillas (eds.). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. 1st edition. Oxford. C.H. Beck - Hart - Nomos; Dewez, J.; Ramberg, C.; Momberg, R.; Cabrillac, R. y San Miguel Pradera, L. (2011). “The Duty to Renegotiate an International Sales Contract under CISG in Case of Hardship and the Use of the Unidroit Principles”, en *European Review of Private Law*. Vol. 19, Nro. 1, 101-154; Davies, M. (2014). “Excuse of impediments and its usefulness”, en L. Di Matteo (ed.). *International Sales Law. A Global Challenge*. Cambridge. Cambridge University Press, 295-305; DiMatteo, L. (2015). “Contractual excuses under the CISG: impediment, hardship, and the excuse doctrines”, en *Pace International Law Review*. Vol. 27, Nro. 1, 258-305; Kuster, D. & Andersen, C. (2016). “Hardly room for hardship. A functional review of article 79 of the CISG”, en *Journal of Law & Commerce*. Vol. 35, Nro. 1, 1-20; Ferrari, F.; Gillette, C.; Torsello, M. & Walt, S. (2017). “The inappropriate use of the PICC to interpret hardship claims under the CISG”, en *Internationales Handelsrecht*. Vol. 17, Nro. 3, 97-102; Schwenzer, I. y Muñoz, E. (2019). “Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship”, en *Uniform Law Review*. Vol. 24, Nro. 1, 149-174; Janssen, A. & Wahnschaffe, C. (2020). “COVID-19 and international sale contracts: unprecedented grounds for exemption or business as usual?”, en *Uniform Law Review*. Vol. 25, Nro. 4, 466-495.

nal, pero proviene del Derecho francés. Como la intención de la CISG era promover un Derecho internacional y uniforme, no podía usar un término que tuviera origen en un Derecho local, a efectos de evitar que en su aplicación se recurriera a nociones nacionales, a pesar de que *force majeure* es un término estandarizado en la práctica contractual internacional. El término empleado por la CISG fue “*impediment*”, un término neutro. Esto generó que se empezara a discutir si “*impediment*” era lo suficientemente amplio para considerar como un impedimento contractual también a la *hardship*. En otras palabras, *force majeure* y *hardship* podrían ser invocadas como impedimentos conforme al artículo 79 de la CISG (Schwenzer, 2009).

La Opinión N° 7 de octubre de 2007 del Consejo Consultivo de la CISG consideró que en virtud del artículo 79, dedicado a la *force majeure*, podrían alegarse casos de *hardship*. Posteriormente, en un controvertido fallo, la Corte de Casación Belga, en el caso *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*, de 2009, consideró que había ocurrido *hardship* conforme al artículo 79, CISG (Flechtner, 2011). Pero la historia aún no quedaba resuelta.

Como el artículo 79 de la CISG estuvo pensado para la *force majeure*, solo tenía efectos exoneratorios. Si se alegara un caso de *hardship* conforme al artículo 79, solo le permitiría a la parte afectada excusarse del cumplimiento del contrato mientras durara el impedimento, no siendo procedente la renegociación, la adaptación ni la resolución judiciales, simplemente porque el artículo 79 no lo permite por estar pensada originalmente solo para la *force majeure*. Así, la solución de la CISG sería contraria a los modelos civilistas nacionales (Alemania, Francia u Holanda) o de uniformización (PICC o PECL), que sí tienen efectos preservatorios y permiten la renegociación y la intervención de las cortes.

En sus inicios, la *hardship* civilista tuvo efectos liberatorios, pero con los años se discutió si la principal diferencia con la *force majeure* era que en la *hardship* aún existía la posibilidad de salvar el contrato. Si el contrato sufre un desequilibrio económico, para qué resolverlo si podemos reequilibrarlo. De allí que mientras algunas jurisdicciones siguieron el modelo italiano de la excesiva onerosidad (que habilita la resolución judicial del contrato), otros prefirieron reconocer la posibilidad de solicitar la reducción de la prestación o el aumento de contraprestación, a efectos de curar la excesiva onerosidad directa o inversa, respectivamente. Luego, cuando los instrumentos de uniformización analizaron el problema de la *hardship*, presentaron una solución más compleja que incluía una primera etapa de renegociación a efectos de darles a las partes la posibilidad de que sean ellas las que definan el futuro de su contrato. Solo si las partes no llegaran a un acuerdo intervendría un juez o árbitro para proceder con la resolución o adaptación del contrato, con una clara preferencia hacia la preservación. De esta manera, se consolidó en el Civil Law que la *hardship* tenía efectos preservatorios.

Algo distinto ocurrió en el Common Law y en la práctica internacional. El Derecho inglés no reconoce una doctrina de *hardship*. Tal vacío puede suplirse en los contratos sujetos a ley inglesa con el pacto de una específica cláusula *hardship*, pero no de cualquier tipo. Dado que en el Derecho inglés se discute sobre la validez de los pactos de renegociación y los pactos para otorgar a los jueces o árbitros el poder de modificar el contrato, una cláusula *hardship* al estilo civilista sería considerada como *unenforceable* en el Derecho inglés. Por ello, solo sería compatible con el Derecho inglés una cláusula *hardship* con efectos liberatorios y privados (sin la intervención de las cortes).

En el Derecho americano se reconoce a la *impracticability*. En principio, la *impracticability* solo libera al deudor del cumplimiento del contrato conforme a la sección §261 del Restatement (Second) of Contracts y la sección §2-615 del UCC. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el comentario 6 de la sección §2-615 del UCC admite la posibilidad de ajustar los términos del contrato para evitar situaciones injustas. A pesar de ello, el único caso reportado ha sido *Alcoa v. Essex Group* (1980), el cual no ha generado una tendencia en la jurisprudencia americana. Como decía Dawson (1984, 26), Alcoa es un caso grotesco y un monumento solitario en un paisaje desolado. Así, la regla en el Derecho americano sigue siendo que la *impracticability* sea invocada para excusarse del cumplimiento. Además, el estándar para invocar *impracticability* es tan alto que se asimila a la *impossibility of performance*.

La práctica internacional ha reportado que, si bien se admite a la *hardship* como un impedimento, la misma solo puede ser invocada para terminar el contrato y no para admitir la intervención judicial. Esta es la posición de los OHADAC Principles que regulan a la *hardship* y solo para resolver extrajudicialmente el contrato conforme a su artículo 6.3.1, aunque también presenta cuatro alternativas específicas de cláusulas *hardship* que las partes podrán incorporar en sus contratos y que admiten la intervención arbitral solo si es pactada. De esta manera, se parte de la regla supletoria de que la *hardship* solo tiene efectos liberatorios, salvo pacto en contrario.

La ICC emitió su ICC Hardship Clause 2003, en donde propuso un modelo de cláusula *hardship* que iniciaba con una renegociación privada y que a falta de acuerdo procedía la resolución extrajudicial del contrato en favor de la parte afectada (una mezcla entre el modelo italiano y los PICC). Posteriormente, se emitió la ICC Hardship Clause 2020, que propuso un modelo que inicia con la renegociación privada y da la opción a las partes a elegir entre tres esquemas remediales ante la falta de acuerdo: (1) resolución extrajudicial; (2) adaptación o resolución judicial, o (3) resolución judicial. Así, son las partes quienes deciden qué remedio se aplicará a su contrato. Si bien se muestra una preferencia por los efectos liberatorios de la *hardship*, se

reconoce que son las partes las que están en mejor posición para definir cuál es el modelo de *hardship* que mejor se adecúa a su contrato.

También véanse las cláusulas *hardship* de los Model Contracts for Small Firms (2010) del ITC, cuya regla es que ante la ocurrencia de *hardship*, la parte afectada puede solicitarle a la otra la revisión privada del contrato, esto es, que se inicie una renegociación. Solo si las partes así lo desean podrán agregar un numeral adicional y final al modelo de cláusula *hardship* para incluir la posibilidad de demandar ante un árbitro la adaptación del contrato ante la falta de acuerdo en la renegociación.

Estos modelos de perfil anglosajón muestran mayor flexibilidad que aquellos civilistas que se consideran como “modernos”. Los modelos civilistas (francés, PICC y PECL) imponen necesariamente una primera etapa de renegociación y encasillan el esquema remedial a una opción entre resolución o adaptación judicial, de manera que siempre tendrá que intervenir un juez o árbitro. Por el contrario, los OHADAC Principles, la ICC y el ITC tienen el objetivo de privatizar el procedimiento contractual y, en consecuencia, presentan modelos de *hardship* destinados a evitar la intervención judicial. Son las mismas partes las encargadas de definir el futuro de su contrato, en lugar de trasladarle dicho problema a un extraño⁵.

Así, el Common Law y la práctica internacional muestran una preferencia por los efectos liberatorios del contrato y los remedios extrajudiciales ante la *hardship*, a diferencia del Civil Law, en donde se admiten ampliamente los efectos preservatorios del contrato a través de la renegociación y la intervención de las cortes para adaptar o resolver el contrato.

Teniendo en cuenta estas diferencias remediales en el Derecho Comparado, se discutía si la CISG tendría un vacío en torno a las consecuencias de invocar *hardship* y cuál sería la vía para llenar dicho vacío. En principio, si existía un vacío, podría suplirse en virtud de los principios generales de la CISG, conforme indica su artículo 7(2), o incluso complementar a la CISG

5 Al respecto, llama la atención la posición de Sirena, P. y Patti, F. P. (2020). “Hardship and renegotiation of contracts. In the prospective recodification of Italian civil law”, en *Bocconi Legal Studies Research Paper Series*. Nro. 3706159, 1-24, con relación al modelo italiano. Conforme al artículo 1467 del Codice Civile, el deudor afectado con la excesiva onerosidad puede demandar la resolución del contrato. No puede demandar la adaptación. En todo caso, el acreedor puede ofrecer la adaptación del contrato con el objetivo de frenar la resolución demandada. Teniendo en cuenta este modelo, Sirena y Patti consideran que el Derecho italiano ha quedado desactualizado en relación con los modelos adoptados por los PICC, PECL, DCFR y el Code Civil, los cuales permiten la renegociación y la adaptación judicial. Sin embargo, desde la práctica internacional, el modelo italiano es preferible. Incluso, el modelo italiano fue la inspiración de la ICC Hardship Clause 2003. Esto muestra un dato curioso: el divorcio que existe entre la opción de los Derechos nacionales y la práctica internacional, y la discusión sobre cuál modelo es preferible.

usando los PICC que sí regulan expresamente a la *hardship* en disposiciones distintas (arts. 6.2.1, 6.2.2 y 6.2.3) a aquella referida a la *force majeure* (art. 7.1.7). En virtud de lo anterior se pretendía justificar la imposición de una etapa previa de renegociación ante la ocurrencia de *hardship* o admitir la intervención judicial para adaptar o resolver el contrato a pesar de que la CISG no reconoce tales consecuencias. De hecho, el lado controversial del fallo *Scafom* no fue el hecho de considerar que el artículo 79 de la CISG incluyera casos de *hardship*, sino que haya señalado que existía un vacío en la CISG con relación a las consecuencias de invocar *hardship*, y que tal vacío se suplementaba en virtud de las disposiciones sobre *hardship* de los PICC para que fuera procedente la renegociación del contrato.

Finalmente, el Consejo Consultivo de la CISG volvió a pronunciarse en su reciente Opinión N° 20 de febrero de 2020 para señalar que, si bien pueden invocarse casos de *hardship* conforme al artículo 79 de la CISG, solo procede para exonerar el cumplimiento del contrato mientras dure la *hardship*, no siendo procedente ni la renegociación, ni la adaptación judicial, ni la resolución judicial. Así, aunque se haya admitido la procedencia de la *hardship*, la CISG adopta un modelo más anglosajón que civilista. Esta fue la vía para llegar a un punto medio entre Civil Law y Common Law.

Entonces, si bien la primera opción de la CISG fue no reconocer expresamente a la *hardship*, lo cierto es que, en el comercio internacional, tanto la *force majeure* como la *hardship* son excusas contractuales ampliamente reconocidas. Entonces, la CISG no podía ser ajena a dicha práctica internacional. Si bien admitió que sí podía invocarse a la *hardship*, las consecuencias que genera son liberatorias y no conservatorias al estilo del Civil Law. Entonces, a pesar de reconocer a la *hardship*, siguió apartándose del Civil Law por el modelo de *hardship* que adoptó.

En todo caso, y como indican de manera expresa los OHADAC Principles, la ICC, el ITC y la CISG, siempre será posible el pacto en contra, dándole así prioridad a la voluntad de las partes, quienes se encuentran en la privilegiada posición de anticipar cuál es el mejor modelo de *hardship* para su contrato, en lugar de seguir la técnica del Civil Law, donde todo se encajilla en un solo y único procedimiento. Peor aún si el Derecho nacional no permite pactar en contra de la regulación sobre *hardship*⁶, lo cual es contrario al comercio internacional, al ser un obstáculo para que las partes puedan pactar una específica cláusula *hardship* a la medida (*tailored-made*).

6 En el Derecho peruano, el artículo 1444 del Código Civil señala que es nula la renuncia a la acción de la excesiva onerosidad. De manera similar, el artículo 107 del Código Civil de Argelia y el artículo 147 del Código Civil de Egipto señalan que es nulo el pacto en contra de la regulación de la excesiva onerosidad.

Una historia similar ocurrió con la buena fe al preferirse por un modelo anglosajón, esto es, un modelo donde la buena fe no es poderosa sino limitada y en respeto del *pacta sunt servanda*. Así, la CISG se presenta como un instrumento de uniformización que opta por la seguridad jurídica sobre la justicia, al ser más anglosajón que civilista al momento de regular a la *hardship* y la buena fe.

IV. El caso contra la buena fe

4.1. La buena fe en los Derechos domésticos

Así como el reconocimiento de la *hardship* ha sido un tema altamente debatido entre los expertos de la CISG, el de la buena fe ha sido incluso más intenso. Como es conocido, la buena fe es rechazada en el Common Law mientras que en el Civil Law es uno de principios más importantes; no obstante, en el Civil Law no es un concepto uniforme⁷. Veamos los diferentes escenarios.

En un extremo tenemos a la buena fe civilista, con Alemania como protagonista con su §242 BGB que regula a la buena fe como “*Treu und Glauben*”⁸, que significa “lealtad y fe”. Esta buena fe alemana fue utilizada para terminar y adaptar contratos ante la ocurrencia de circunstancias inesperadas, incluso ante la ausencia de reconocimiento de una teoría específica en el BGB. Esto fue suficiente para considerar a Alemania como una jurisdicción intervencionista en el Derecho de contratos. Además de ello, la buena fe interpretativa también está reconocida conforme al §157 BGB.

Otra jurisdicción que reconoce un concepto fuerte de buena fe es Holanda, denominándola “*redelijkheid en billijkheid*”, que significa “razona-

7 Sobre los diferentes roles de la buena fe en el Derecho Comparado, véase Zimmermann, R. y Whittaker, S. (2000). “Good faith in European contract law: surveying the legal landscape”, en Z., R., R. y Whittaker, S. *Good faith in European Contract Law*. Cambridge University Press, 7-61; Lando, O. (2007). “Is good faith an over-arching general clause in the Principles of European Contract Law?”, en *European Review of Private Law*. Vol. 15, Nro. 6, 841-854; Berger, K. y Arntz, Ts. (2016). “Good faith as a ‘general organising principle’ of the common law”, en *Arbitration International*. Vol. 32, Nro. 1, 167-178; García Long, S. (2017a). “La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. Primera parte”, en *Actualidad Civil*. Nro. 37, julio, 113-134.

García Long, S. (2017b). “La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. Segunda parte”, en *Actualidad Civil*. Nro. 38, agosto, 153-175.

8 Sobre la buena fe en el Derecho alemán, véase Schlechtriem, P. (1997). “Good faith in German Law and in International Uniform Laws. En Saggi, *Conferenze e Seminari*. Vol. 24. Roma. Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.

bilidad y equidad”, conforme a los artículos 6:2 y 6:248 del BW (Burgerlijk Wetboek)⁹, que reconocen de manera expresa las funciones integrativa y correctiva de la buena fe. Incluso el artículo 6:258, que regula a las circunstancias imprevistas (*onvoorziene omstandigheden*), hace mención a la “razonabilidad y equidad” como parte de su fundamento.

Italia es una jurisdicción que contiene diversas normas generales en su Codice Civile para regular a la buena fe (*buona fede*), en tratativas (art. 1337), interpretación (art. 1366) y ejecución del contrato (art. 1375), y además tiene al principio de solidaridad conforme al artículo 2º de la Constitución italiana, que refuerza el intervencionismo judicial en los contratos¹⁰.

Francia, por el contrario, regulaba a la buena fe (*bonne foi*) en el tercer párrafo de su original artículo 1134 del Code Civil, junto con el *pacta sunt servanda*, que estaba regulado en el primer párrafo de la misma norma. A diferencia de otras jurisdicciones europeas, en Francia la buena fe significaba lealtad al contrato y estaba al servicio del *pacta sunt servanda*¹¹. Muestra de ello es que la buena fe francesa no fue utilizada por las cortes como ancla legal de la *imprévision*, como sí fue usada la buena fe alemana para permitir el ingreso de la *Geschäftsgrundlage* a pesar de no tener reconocimiento legal.

En el otro extremo tenemos a Inglaterra y su conocida posición que rechaza cualquier concepto general de buena fe en toda la vida del contrato¹², salvo para algunos supuestos específicos como en el Derecho de consumo, con ocasión de la implementación de la Directive 93/13/EEC sobre Unfair

9 Sobre la buena fe en el Derecho holandés, véase Van Schilfhaarde, P. (1997). “System, good faith and equity in the New Dutch Civil Code”, en *European Law Review*. Vol. 5, Nro. 1, 1-10; Du Plessis, P. (2002). “Good faith and equity in the law of contract in the civilian tradition”, en *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Journal for Contemporary Roman-Dutch Law)*. Vol. 65, Nro. 3, 397-412. También véase Tallon, D. (1993). “The new Dutch Civil Code in a comparative perspective – a French view-point”, en *European Law Review*. Vol. 1, Nro. 1/2, 189-199, sobre las cláusulas generales reconocidas en el BW y el Code Civil.

10 Sobre la buena fe en el Derecho italiano, véase Cordero Moss, 16-19; Pardolesi, R. (2014). “Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria”, en *Il Foro Italiano*. Vol. 139, Nro. 7-8, 2039-2042.

11 Sobre la buena fe en el Derecho francés, véase Tallon, D. (1994). “Le concept de bonne foi en droit français du contrat”, en *Saggi, Conferenze e Seminari*. Vol. 15. Roma. Centro di Studi e Recherche di Diritto Comparato e Straniero.

12 Sobre la buena fe en el Derecho inglés, véase Lawson, F. (1951). *The rational strength of English law*. Londres. Stevens & Son Limited, 53; Goode, R. (1992). “The concept of ‘good faith’ in English law”, en *Saggi, Conferenze e Seminari*. Vol. 2. Roma. Centro di Studi e Recherche di Diritto Comparato e Straniero; Bridge, M. (2005). “Doubting good faith”, en *New Zealand Business Law Quarterly*. Vol. 11, 430-450. También véase Bridge, M. (1984). “Does anglo-canadian contract law need a doctrine of good faith?”, en *The Canadian Business Law Journal*. Vol. 9, Nro. 4, 385-426.

Contract Terms. La regla es la preferencia por la certeza y seguridad jurídica incluso por encima de la justicia del caso concreto. Al respecto, reflexionaba Lawson (1951, 42):

“At times, moreover, one is ashamed not to be able readily to lay one’s hands on statements comparable to the manifestos contained in foreign codes which insist on good faith in the performance of contracts; and the law sometimes seems to show a hardness, especially towards those who are unable to take care of themselves, which is no credit to a civilised nation”.

Incluso, Inglaterra aún no ratifica a la CISG, y entre las razones que se alega está el hecho de que la CISG ha reconocido –aunque fuera de manera limitada– a la buena fe; de manera que, si Inglaterra ratifica a la CISG, deberá desarrollar un concepto de buena fe¹³.

Estados Unidos de América es un caso interesante¹⁴. Es una jurisdicción del Common Law que, en principio, parte de la misma filosofía que el Derecho inglés sobre el respeto estricto de lo pactado. Sin embargo, tiene un código, el UCC, que regula con carácter general a la *good faith* en la sección §1-203 solo para la ejecución del contrato (*performance and enforcement*). Igualmente, la sección §205 del Restatement (Second) of Contracts regula al *good faith and fair dealing* solo para la ejecución contractual (*performance and enforcement*). A pesar de tal reconocimiento, en la práctica, la buena fe americana no tiene el poder de la buena fe alemana, holandesa o italiana para –por ejemplo– modificar los contratos.

4.2. La buena fe en el comercio internacional

Teniendo en cuenta este panorama, diverso y complejo, vemos que optar por una posición “uniformadora” es casi una utopía, aunque sería lo ideal. Un tema controvertido cuando se preparaban los borradores de la CISG fue qué hacer con la buena fe.

La buena fe es un concepto tan importante que su aceptación o rechazo puede ser suficiente para provocar una distinción entre sistemas contractuales por las ideas subyacentes que dicho concepto arrastra. Así tenemos:

13 Sobre Inglaterra y la no ratificación de la CISG, véase Nicholas, B. (1993). “The United Kingdom and the Vienna Sales Convention: another case of splendid isolation?”, en *Saggi, Conferenze e Seminari*. Vol. 9. Roma. Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.

14 Sobre la buena fe en el Derecho americano, véase Farnsworth, E. (1993). “The concept of good faith in American law”, en *Saggi, Conferenze e Seminari*. Vol. 10. Roma. Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero; Farnsworth, E. (1995a). “Good faith in contract performance”, en J. Beatson y D. Friedman (eds.). *Good faith and fault in contract law*. Oxford. Clarendon Press, 153-170.

- Sistema pro-buena fe, que prefiere la justicia sobre la certeza, y como tal, admite la intervención judicial en los contratos ante el cambio de circunstancias o la integración contractual ante un supuesto vacío.
- Sistema anti-buena fe, que prefiere la certeza sobre la justicia y, por ende, rechaza cualquier alteración a las cuatro esquinas del contrato.

Cuando se preparaba el texto de la CISG por parte del Working Group on International Sales de UNCITRAL, las delegaciones civilistas propusieron que la CISG tuviera una norma que reconociera un rol amplio de la buena fe, mientras que las delegaciones anglosajonas se negaban a ello. Los *travaux préparatoire* son clave para entender el rol de la buena fe bajo la CISG¹⁵.

La incorporación de la buena fe en la CISG fue inicialmente propuesta por representantes de España en 1972. Hungría propuso en 1978 un texto en donde señalaba que “In the course of the formation of the contract the parties must observe the principles of fair dealing and act in good faith” (que luego fue enumerado como art. 5° del *draft* de la CISG). Aunque esta propuesta fue adoptada por el Working Group, fue posteriormente rechazada por UNCITRAL por la vaguedad e imprecisión del concepto de buena fe y la incertidumbre que ella generaría, además de que no se precisaba cuál sería el remedio o sanción procedente ante su incumplimiento. Finalmente, la buena fe fue ubicada en el artículo 6° del *draft* de la CISG, referido a la interpretación de su texto (que luego se convirtió en el actual art. 7° con cambios mínimos): “In the interpretation and application of this Convention regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity and the observance of good faith in international trade”. En este texto, la buena fe solo era reconocida como criterio para interpretar a la CISG. Por tal motivo, varias delegaciones se opusieron a que la buena fe quedara ubicada en el artículo 6° del *draft*. Noruega propuso que la buena fe fuera reubicada en el artículo 7° (ahora art. 8°) para que quedara claro que la buena fe servía para interpretar el contrato y no solo la CISG. Italia fue más allá y propuso la eliminación de la buena fe en el artículo 6° y que

15 Sobre los antecedentes al artículo 7(1) de la CISG en relación con la buena fe, véase Klein, J. (1993). “Good faith in international transactions”, en *Liverpool Law Review*. Vol. 15, 122; Powers, P. (1999). “Defining the undefinable: good faith and the United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods”, en *Journal of Law and Commerce*. Vol. 18, Nro. 2, 342; Sim, D. (2004). “The scope and application of good faith in the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, en *Pace International Law Review* (ed.). *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (2002 – 2003). La Haya. Kluwer Law International, 19-92; Cordero, G. (2007). “International contracts between Common Law and Civil Law: Is non-state law to be preferred? The difficulty of interpreting legal standards such as good faith”, en *Global Jurist*. Vol. 7, Nro. 1, 28.

se creara una nueva disposición dedicada a reconocer a la buena fe en la formación, interpretación y ejecución del contrato. Canadá propuso que se prohibiera a las partes excluir el deber de buena fe a menos que se excluyera totalmente la aplicación de la CISG al contrato. Alemania propuso que la CISG tuviera una disposición sobre la responsabilidad contractual. Todas estas propuestas fueron rechazadas.

Al final, se llegó a cierto consenso sobre qué hacer con la buena fe, aunque en realidad se trató de un acuerdo conciliatorio¹⁶ o, mejor aún, un falso consenso que quedó materializado en el artículo 7(1) de la CISG, como la única disposición que hace referencia a la buena fe y como criterio para interpretar a la CISG:

“Article 7

(1) **In the interpretation of this Convention**, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application **and the observance of good faith in international trade [...]**”.

(Énfasis agregado)

Al respecto, véase el artículo 32 de la Vienna Convention on the Law of Treaties - VCLT, el cual señala que los trabajos preparatorios pueden ser tomados en cuenta para aclarar el texto del tratado respectivo en caso de duda:

“Article 32

Supplementary means of interpretation

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the **preparatory work** of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or

(b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable”.

(Énfasis agregado)

También téngase presente que el artículo 7(1) de la CISG tiene como antecedente al artículo 31(1) de la VCLT, el cual señala lo siguiente:

16 Fue Farnsworth, E. (1995b). “Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles, relevant International Conventions, and National Laws”, en *Tulane Journal of International and Comparative Law*. Vol. 3, 55, quien llamó famosamente al artículo 7(1) como un *statesmanlike compromise*.

“Article 31

General rules of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in **good faith** in accordance with the **ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.**

[...]”.

(Énfasis agregado)

En relación con el artículo 7(1) de la CISG debemos subrayar las siguientes tres cuestiones. Primero, la CISG tiene una sola referencia a la buena fe en todo su texto y la misma fue ubicada en la disposición referida a la interpretación de la CISG. A efectos de lograr su interpretación autónoma, se exige considerar su carácter internacional desvinculada de cualquier noción de Derecho nacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación, el cual es –precisamente– uno de sus principales objetivos. Pero se agrega que debe observarse la buena fe en el comercio internacional. Al respecto se discute si la palabra “promover” aplicaba solo para “promover uniformidad en su aplicación” o también para “promover [...] la observancia de la buena fe en el comercio internacional”.

Segundo, se habla de una buena fe “en el comercio internacional”, distinta a la buena fe de los Derechos domésticos. Esto significa que la buena fe de la CISG debe estar desvinculada de cualquier noción nacional, caso contrario, no se respetaría el mandato del artículo 7° sobre el carácter internacional de la CISG y su uniformización por encima de las jurisdicciones nacionales. Con relación a ello, el artículo 1.7 de los PICC también hace referencia a la “buena fe en el comercio internacional” –aunque como deber contractual– y, al respecto, su comentario oficial 3 precisa que se trata de un estándar no sujeto a las nociones de los Derechos domésticos:

“3. ‘Good faith and fair dealing in international trade’

The reference to ‘good faith and fair dealing in international trade’ first makes it clear that in the context of the Principles the two concepts **are not to be applied according to the standards ordinarily adopted within the different national legal systems.** In other words, such domestic standards may be taken into account only to the extent that they are shown to be generally accepted among the various legal systems. A further implication of the formula used is that **good faith and fair dealing must be construed in the light of the special conditions of international trade.** Standards of business practice may indeed vary considerably from one trade sector to another, and even within a given trade sector they may be more or less stringent depending on the socioeconomic environment in which the enterprises operate, their size and technical skill, etc.”.

(Énfasis agregado)

Igualmente, el artículo I.1.1 de los TransLex Principles se titula “Good faith and fair dealing in international trade”, cuyo párrafo (a) hace referencia constante al carácter internacional de tal disposición: “Parties to international business transactions must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. This standard applies to the negotiation, formation, performance and interpretation of international contracts”¹⁷.

Tercero, si se compara la forma cómo ha sido regulada la buena fe en los PICC y PECL, será fácil apreciar el limitado rol de la buena fe en la CISG. El artículo 7(1) de la CISG se encuentra en el artículo 1.6(1) de los PICC que regula su interpretación, el cual –correctamente– solo hace referencia al carácter internacional y a la necesidad de promover su uniformización, sin hacer referencia a la buena fe. Esta técnica legislativa es más acertada en comparación a la empleada por la CISG, pues la buena fe no tiene lugar en la interpretación de los instrumentos de uniformización. La mención de la buena fe en el artículo 7(1) de la CISG fue consecuencia del necesario falso consenso o acuerdo conciliatorio de, por un lado, rechazar a la buena fe, y del otro lado, dejar al menos una referencia a ella en el texto de la CISG. Así, civilistas y anglosajones quedaban tranquilos.

Por el contrario, el artículo 1:106(1) de los PECL, al regular sobre su interpretación, sí menciona expresamente a la buena fe, mostrando de esta manera su perfil civilista.

Ahora, mientras que el artículo 7(1) de la CISG es la única disposición que hace referencia a la buena fe y para interpretar a la CISG, los PICC y PECL contienen normas expresas (arts. 1.7 y 1:201, respectivamente) que reconocen a la buena fe como deber contractual. Incluso, indican que las partes no pueden excluir o limitar el deber de buena fe.

Igualmente, los PICC y PECL reconocen a la buena fe precontractual (arts. 2.1.15 y 2:301, respectivamente). Los PICC y PECL también reconocen a la buena fe como fuente de deberes implícitos [arts. 5.1.2(c) y 6:102(c), respectivamente]. Finalmente, los PECL reconocen expresamente a la buena fe como criterio de interpretación del contrato conforme a su artículo 5:102(g), mientras que los PICC contienen la misma disposición en su artí-

17 Los TransLex Principles fueron elaborados por el CENTRAL (Center for Transnational Law) de la Universidad de Cologne y con el liderazgo de Klaus Peter Berger. Estos principios fueron elaborados en base al concepto de “*creeping codification*” (“codificación progresiva”), que hace referencia a una lista abierta y no exhaustiva de principios y reglas de la nueva *lex mercatoria* que están en constante actualización, y por ello, nunca completos. Véase Berger, K. (2010). *The creeping codification of the new lex mercatoria*. Second edition. USA. Wolters Kluwer y Berger, K. (2011). “Codification of the new lex mercatoria through the internet: the TransLex Principles at www.trans-lex.org”, en T. Weiler; F. Baetens (eds.). *New Directions in International Economic Law. In Memoriam Thomas Wälde*. Boston. Martinus Nijhoff Publishers, 79-106.

culo 4.3, con la diferencia de que éste no tiene el acápite (g) que menciona la buena fe¹⁸.

Además de estas referencias generales a la buena fe, los PICC y PECL contienen otras referencias específicas que hacen mención a ella. Los PICC también mencionan a la buena fe en 3 disposiciones adicionales (6 en total), mientras que los PECL en 14 (19 en total). Por su parte, la CISG menciona una vez a la buena fe y para su interpretación conforme a su artículo 7(1). Es cierto que la CISG solo trata al contrato de compraventa mientras que los PICC y PECL al contrato en general. A pesar de ello, la CISG fue el punto de partida en la elaboración de los PICC y PECL, y, al respecto, se puede apreciar el distanciamiento de estos últimos hacia un mayor reconocimiento de la buena fe. Además, téngase en cuenta que mientras los PECL contienen 19 disposiciones con referencias a la buena fe, los PICC solo 6. Como los PECL son aplicables a la Unión Europea, no había mayor cuestionamiento en mencionar varias veces a la buena fe. Por el contrario, como los PICC regulan a los contratos comerciales internacionales, debían eliminar el uso excesivo de la buena fe para no ahuyentar a los contratantes anglosajones. De hecho, la CISG fue quien logró el mayor consenso entre Civil Law y Common Law, y muestra de ello es que se convirtió en el instrumento de uniformización más exitoso del momento. Entre las claves de dicho éxito estuvo mencionar una sola vez a la buena fe. El comercio internacional prefiere la certeza sobre la justicia del caso concreto, y la buena fe es percibida como sinónimo de incertidumbre.

También es relevante tener en cuenta a los TransLex Principles, desde que para su elaboración se tuvo en cuenta a los PICC, PECL y CISG, y porque proponen un amplio ámbito de aplicación para la buena fe (debido a su influencia alemana). Por un lado, el artículo I.1.7(a) de los TransLex Principles se refiere a la interpretación de su texto y no hace mención a la buena fe, mientras que el párrafo (b) de la misma disposición se refiere a la suplementación y sí hace referencia a la buena fe como uno de los principios subyacentes que permite llenar cualquier vacío. Por otro lado, la novedad se encuentra en el artículo I.1.1., la primera disposición de los TransLex Principles, el cual está destinado a regular la buena fe en el comercio internacional y propone una amplia regulación sobre ella, al señalar que la buena fe se aplica para la negociación, formación, ejecución e interpretación del contrato.

Teniendo en cuenta este panorama respecto a cómo se trata a la buena fe en los principales instrumentos de uniformización, es claro que a diferen-

18 Sobre esta distinción entre los PECL y PICC, véase Cordero Moss, "International contracts between...". Ob. cit., 26-27.

cia de los PICC, PECL y TransLex Principles, la CISG no tiene una norma expresa que reconozca a la buena fe como deber contractual, deber precontractual, fuente de deberes implícitos y como criterio de interpretación del contrato. En los *travaux préparatoires* se evidencia el rechazo al concepto de buena fe, y como consecuencia de ello, la CISG menciona solo una vez a la buena fe, y para interpretar su texto conforme a su artículo 7(1).

En virtud de lo anterior, si de los *travaux préparatoires* es claro cuál fue el sentimiento de la CISG frente a la buena fe, entonces se debe partir de la letra del artículo 7(1) pero regresar a la misma letra en aplicación estricta del método literal de interpretación (Eiselen, 2009). No se puede contravenir el texto claro de la CISG para considerar que existe un concepto de buena fe más amplio que el permitido por el mismo artículo 7(1), el cual está limitado a interpretar la CISG¹⁹.

V. El fantasma de la buena fe

Existiendo diversos modelos de buena fe, y a pesar de que la CISG eligió un específico y limitado modelo de buena fe conforme a los *travaux préparatoires*, la historia aún no llega a su fin.

Bastó con que la buena fe fuera mencionada una sola vez en todo el texto de la CISG para que surgieran diversas tesis que defienden un mayor ámbito de aplicación de esta. En otras palabras, aunque los antecedentes de la CISG sean claros en cuanto a que solo se quiso reconocer a la buena fe como criterio de interpretación de su texto y no como deber precontractual, deber contractual o criterio de interpretación del contrato, ello no fue obstáculo para el surgimiento de diversas lecturas destinadas a superar el escueto texto del artículo 7(1). Así, la buena fe aparece como un fantasma que pena entre los textos de la CISG, aunque no esté presente físicamente en su texto. Por ello, el artículo 7(1) ha sido intensamente comentado por los expertos de la CISG²⁰.

19 Véanse los siguientes casos en el CISG Database del Pace University: (1) Petro-Chem Development v. Pangang Group International Economic & Trading and Pangang Group Chongqing Titanium Industry (December 12, 2014 International Chamber of Commerce), en donde se indica que la buena fe sobre aplica para interpretar a la CISG y no al contrato; (2) January 23, 1997 (Case report does not identify parties to proceedings) (International Chamber of Commerce), en donde se indica que la buena fe conforme al artículo 7(1) no permite imponer a las partes deberes secundarios; (3) el caso Bielloni Castello S.p.A. v. EGO S.A. (Italy December 11, 1998 Corte Di Appello [Appellate Court]), CISG Database Pace University, en donde se indica que las nociones domésticas de buena fe según el Derecho italiano no pueden ser invocadas para interpretar el artículo 7(1) de la CISG, el cual debe ser interpretado de manera autónoma.

20 La buena fe ha dado lugar a un extenso debate por parte de los expertos de la CISG.

Podemos destacar hasta cuatro tesis que defienden un mayor ámbito

Mientras hay quienes defienden la literalidad del artículo 7(1) y el rol único de la buena fe como criterio de interpretación de la CISG, otros defienden lecturas alternativas para justificar un mayor ámbito de aplicación de la buena fe, sea como deber precontractual, deber contractual o criterio de interpretación del contrato. Respecto a este debate y las diversas posturas, véase Eörsi, G. (1979). "Problems of unifying law on the formation of contracts for the international sale of goods", en *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 27, Nro. 2/3, 311-323; Eörsi, G. (1983). "A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods", en *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 31, Nro. 2, 333-356; Schlechtriem, P. (1986). *The Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sales of Goods*. Vienna. Manz, 37-39; Klein, J. Ob. cit.; Farnsworth (1995b). "Duties of Good...". Ob. cit.; Magnus, U. (1998). "Remarks on good faith: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the International Institute for the Unification of Private Law, Principles of International Commercial Contracts", en *Pace International Law Review*. Vol. 10, Nro. 1, 89-95; Powers, P. Ob. cit.; Keily, T. (1999). "Good faith and the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods", en *Vindabona Journal of International Commercial and Arbitration*. Vol. 3, Nro. 1, 15-40; Zeller, B. (2000a). "Good faith – The scarlet pimpernel of the CISG", en *International Trade and Business Law Review*. Vol. 6, 227-246; Zeller, B. (2000b). "The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – A leap forward towards unified international sales laws", en *Pace International Law Review*. Vol. 12, No. 1, 79-106; Flechtner, H. (2001). "Comparing the general good faith provision of the PECL and the UCC: Appearance and reality", en *Pace International Law Review*. Vol. 13, Nro. 2, 295-337; Zeller, B. (2003). "Good faith – Is it a contractual obligation?", en *Bond Law Review*. Vol. 15, No. 2, 215-239; Sim, D. Ob. cit.; Komarov, A. (2005-06). "Internationality, uniformity and observance of good faith as criteria in interpretation of CISG: Some remarks on article 7(1)", en *Journal of Law and Commerce*. Vol. 25, 75-85; Sheehy, B. (2007). "Good faith in the CISG: the interpretation problems of article 7", en *Pace International Law Review* (ed.). *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. La Haya. Kluwer Law International, 153-196; Spagnolo, L. (2007). "Opening pandora's box: good faith and precontractual liability in the CISG", en *Temple International & Comparative Law Journal*. Vol. 21, Nro. 2, 261-310; Bell, G. (2007). "How the fact of accepting good faith as a general principle of the CISG will bring more uniformity", en *Pace International Law Review* (ed.). *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2005-2006*. Munich. Sellier European Law Publishers, 3-22; Magnus, U. (2007). "Article 7 CISG – UP", en J. Felemegas (ed.). *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*. Cambridge. Cambridge University Press, 45-48; Felemegas, J. (2007). "Article 7 CISG-PECL", en J. Felemegas (ed.). *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*. Cambridge. Cambridge University Press, 268-272; Honnold, J. (2009). *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. Fourth edition. Edited and updated by Harry M. Flechtner. The Hague. Wolters Kluwer, 134-135; Zeller, B. (2009). "The observance of good faith in international trade", en A. Janssen & O. Meyer (ed.). *CISG Methodology*. Sellier, 133-149; Foerstl, U. (2011). *The general principle of good faith under the CISG. A functional approach to theory and practice of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. VDM Verlag; Perales Viscasillas, P. (2011). "Article 7", en S. Kröll, L. Mistelis & M. del P. Perales Viscasillas (eds.). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. 1st edition. C.H. Beck – Hart – Nomos, 111-141; Oviedo Albán, J. (2012). "The general principles of the United Nations Convention for the International Sale of Goods", en *Cuadernos de Derecho*

de aplicación de la buena fe en la CISG. En cierta manera, un buen abogado es aquél que logra sustentar que un texto diga lo que no dice de manera expresa, o encontrar un *loophole* para justificar la asistencia a la fiesta de alguien que no ha sido invitado.

Primero, se propone una interpretación extensiva del artículo 7(1) de la CISG. Si el objetivo es la observancia de la buena fe en el comercio internacional, entonces la referencia a la buena fe debe entenderse aplicable también a las partes contratantes, de manera que ellas deben comportarse de buena fe en el comercio internacional. En esta tesis, la buena fe no se limitaría a la interpretación de la CISG, sino que también sería un deber contractual que se impone a las partes y aplicable directamente al contrato.

Consideramos que esta interpretación debe ser rechazada pues va en contra del texto expreso de la CISG y sus antecedentes legislativos, cuyo resultado fue que la buena fe fuera mencionada una sola vez en todo el texto de la CISG y en la disposición dedicada a la interpretación de la CISG, mientras que otros instrumentos de uniformización, como los PICC y PECL, tienen la misma disposición sobre cómo interpretar y suplementar sus textos (copiado de la CISG), pero de manera adicional contienen otras disposiciones expresas destinadas a reconocer a la buena fe como deber contractual y con carácter general (incluso, indican que por pacto no se puede excluir o limitar dicho deber).

Segundo, si se reconoce que la buena fe solo tiene un rol modesto conforme al primer párrafo del artículo 7º, aún se debe tener en cuenta el segundo párrafo del mismo artículo 7º, el cual regula la suplementación de la

Transnacional. Vol. 4, Nro. 1, 165-179; Saba, N. (2012). "To believe or not to believe: good faith in the CISG", en *Macquarie Journal of Business Law*. Vol. 9, 81-87; Andersen, C. B. (2014). "Good faith? Good grief!" *International Trade and Business Law Review*. Vol. 17, Nro. 1, 310-321; Salinas Alcaraz, I. (2014). "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and the Common Law: The challenge of interpreting article 7", en *IUSTA*. No. 40, enero-junio, 57-93; Mazzota, F. (2014). "Good Faith Principle: *Vexata Quaestio*", en L. A. DiMatteo (ed.). *International Sales Law. A Global Challenge*. Cambridge. Cambridge University Press, 120-134; Walt, S. (2015). "The modest role of good faith in uniform sales law", en *Boston University International Law Journal*. Vol. 33, 37-73; Zeller, B. y Andersen, C. (2016). "Good Faith – The Gordian Knot of International Commerce", en *Pace International Law Review*. Vol. 28, Nro. 1, 1-28; Schwenzer, I. & Hachem, P. (2016). "Article 7", en Ingeborg Schwenzer (ed.). *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Fourth edition. Oxford. Oxford University Press, 119-142; Bridge, M. (2017). "Good faith, the Common Law, and the CISG", en *Uniform Law Review*. Vol. 22, Nro. 1, 98-115; Sedki, M. (2018). *The role of good faith: A case study of the application of good faith in the CISG. Dissertation theses*. University of Cape Town, 1-78; Tepeš, N. & Markovinovi, H. (2019-2020). "The CISG and the good faith principle", en *Journal of Law and Commerce*. Vol. 38, 11-34.

CISG en virtud de sus principios generales, y, en último caso, conforme a las reglas de Derecho Internacional Privado:

“Article 7

[...]

(2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the **general principles on which it is based** or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law”.

(Énfasis agregado)

Si se considera que la buena fe es un principio general de la CISG²¹, entonces la buena fe podría encontrar un mayor ámbito de aplicación, sea como deber precontractual, deber contractual o criterio de interpretación del contrato.

Para defender esta tesis, se considera que la buena fe inspiraría a diversas normas de la CISG, entre ellas, el artículo 16(2)(b) (sobre en qué casos la oferta es irrevocable), artículo 21(2) (sobre la efectividad de la aceptación con retraso), artículo 29(2) (sobre en qué casos una cláusula de modificación o terminación por escrito no es aplicable), artículos 37 y 46 (sobre el derecho del vendedor de curar la disconformidad de los bienes), artículos 38 y 39 (sobre el deber del comprador de examinar los bienes dentro de un tiempo corto y de comunicar al vendedor de cualquier disconformidad bajo pena de perder el derecho a reclamar), artículo 40 (sobre los casos en que el vendedor no puede alegar la falta de comunicación del comprador sobre la disconformidad en los bienes), artículos 47(2), 49(2) 64(2) y 82 (sobre los casos de pérdida del derecho de dejar sin efecto el contrato), artículo 75 (sobre si es requisito terminar expresamente el contrato si es claro que la otra parte no cumplirá), artículo 77 (sobre mitigación de daños) y artículos 85, 86, 87 y 88 (sobre los deberes de preservación de los bienes). Entonces, si la buena fe es un principio general de la CISG, podría ser invocada sin importar el limitado ámbito de aplicación del artículo 7(1).

Consideramos que esta interpretación debe ser rechazada por dos razones: (1) en retrospectiva, cualquier situación puede encuadrarse para que sea considerada como “fundamentada” bajo la buena fe, sobre todo al ser esta un concepto general. Lo que explica todo, no explica nada al final; y (2) si es claro de los trabajos preparatorios que se excluyó la posibilidad de reconocer

21 Véase el caso SO. M. AGRI s.a.s di Ardina Alessandro & C. v. Erzeugerorganisation Marchfeldgemüse GmbH & Co. KG (Italy February 25, 2004 Tribunale di Padova [District Court]), CISG Database del Pace University.

a la buena fe como deber contractual, y en consecuencia, solo fue reconocida para interpretar al texto de la CISG, entonces no puede afirmarse *ex post* que la buena fe es un principio general que inspire a la CISG si no lo fue *ex ante*, sobre todo ante la ausencia de una disposición expresa y general.

Por lo anterior, no estamos de acuerdo con el UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (2016 edition), cuando, en relación al artículo 7 CISG, señala que “13. Good faith has also been found to be a general principle of the Convention”, y para sustentar dicha afirmación presenta en su cita al pie número 42 una serie de casos en donde se menciona la buena fe. Al respecto, es necesario mirar esta jurisprudencia con cuidado.

Primero, es conocida la tendencia de las cortes nacionales de interpretar y aplicar la CISG partiendo desde sus conceptos de Derecho doméstico (*homeward trend*), lo cual es indeseable a efectos de lograr una interpretación autónoma de la CISG que tenga en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformización en su aplicación, como lo indica su artículo 7(1)²². Segundo, desde que la buena fe es un concepto aceptado en jurisdicciones civilistas, incluso con nociones amplias y fuertes, las cortes nacionales están acostumbradas a que los contratantes hagan referencia a la buena fe sin necesidad de que ello sea necesario (de hecho las cortes también lo hacen), y esto es así porque la buena fe es una cláusula general que puede ser invocada en cualquier contexto y usualmente como relleno; Hesselink (2004) explicaba que la buena fe es un salvavidas en favor de las cortes civilistas para que ellas puedan decir lo que la ley expresa no les permite decir, debido a la división de los poderes legislativo y judicial. De esta manera, la buena fe permite decir todo y nada a la vez. Tercero, aunque la buena fe es un concepto familiar para los civilistas, no existe un concepto unitario en el Civil Law. Si a ello se agrega la posición anti-buena fe del Common Law, difícilmente se podrá encontrar uniformidad respecto a un concepto de buena fe en el comercio internacional (Magnus, 2009, 42-43). Cuarto, la jurisprudencia relevante es aquella que se pronuncia sobre el concepto de buena fe en el comercio internacional (desligado de nociones

22 Sobre esta discusión véase Ferrari, F. (2009). “Homeward trend: what, why and why not”, en A. Janssen & O. Meyer (ed.). *CISG Methodology*. Munich. Sellier, 171-206; Magnus, U. (2009). “Tracing methodology in the CISG: Dogmatic foundations”, en A. Janssen & O. Meyer (ed.). *CISG Methodology*. Munich. Sellier, 33-59; Schwenzer, I. (2014). “Divergent interpretations: Reasons and solutions”, en L. Di Matteo (ed.). *International Sales Law. A Global Challenge*. Cambridge. Cambridge University Press, 102-119; DiMatteo, L. & Janssen, A. (2014). “Interpretative methodologies in the interpretation of the CISG”, en L. Di Matteo (ed.). *International Sales Law. A Global Challenge*. Cambridge. Cambridge University Press, 79-101; Ferrari, F. (2017). “Autonomous interpretation versus homeward trend versus outward trend in CISG case law”, en *Uniform Law Review*. Vol. 22, Nro. 1, 244-257.

de Derecho doméstico) y no aquellos casos que solo hacen referencia a otras disposiciones de la CISG que se consideran derivadas o inferidas de la buena fe, o que solo mencionan a la buena fe de pasada.

En virtud de lo anterior, no basta con que exista jurisprudencia que indique que la buena fe está en el artículo 7(1) de la CISG, sino que es necesario definir qué es la buena fe en el comercio internacional, de manera general (si es posible, plantear alguna definición o al menos cierta guía)²³, o de manera específica y aplicable a una industria en particular, a efectos de que se permita a los contratantes tener certeza sobre cuáles son sus derechos y obligaciones y, sobre todo, lograr la uniformidad en la interpretación de la CISG. Lo anterior no se logra si la buena fe es invocada y tomada en consideración con cualquier circunstancia, o solo es tomada en consideración de pasada. Mientras no exista una guía clara que delimite (*ex ante* y no *ex post*) a la buena fe en el comercio internacional, la CISG no podrá ser interpretada conforme a su carácter internacional y promoviendo la uniformización en su aplicación.

Por ello, es necesario cruzar la información de la jurisprudencia citada por el Digest con los casos registrados en el Case Law on UNCITRAL Text (CLOUT), UNILEX y el CISG Database del Institute of International Commercial Law del Pace University, para discernir sobre el valor de la jurisprudencia citada. Si uno consulta el término “good faith” en el buscador del CLOUT (consultado el 04/08/2021) y se filtra por casos relacionados a la CISG, se obtiene como resultado 108 casos en donde existe alguna referencia a la buena fe. La ventaja del CLOUT es que los casos cuentan con un breve *abstract* que permite tomar conocimiento, entre otros datos, sobre el fondo del caso y los artículos de la CISG involucrados. Los casos relevantes son aquellos que se refieren al artículo 7(1) (que es la única disposición que hace expresa mención a la buena fe), y no aquellos casos que tratan sobre otra disposición de la CISG que no hace referencia a la buena fe pero que se considera como derivada o inspirada en ella, o aquellos casos que solo hacen referencia a la buena fe de pasada.

Por otro lado, en el UNILEX (consultado el 04/08/2021) existe la opción de ver casos registrados según artículos de la CISG y las materias respectivas (Articles & Issues). En relación con el artículo 7° de la CISG se registran 196 casos. Dentro de las materias discutidas respecto del artículo 7° están

²³ Es conocida la posición del profesor Robert Summers, que considera que la buena fe es un concepto que no puede tener una definición, y como tal, es mejor pensarla como un concepto negativo, como un excluyente. En lugar de insistir en qué es la buena fe para luego aplicarla, mejor definir qué casos son de mala fe. Véase Summers, R. (1968). “Good faith’ in general contract law and the sales provisions of the Uniform Commercial Code, en *Virginia Law Review*. Vol. 54, Nro. 2, 195-267.

las referidas a la buena fe, las cuales consisten en 52 casos y están clasificadas de la siguiente manera:

- “3. Concept of good faith in international trade” (1 caso).
- “3.1. Significance of good faith in international trade” (2 casos).
- “3.2. Good faith as aid in interpretation of Convention” (8 casos).
- “3.3. Good faith as a general principle of Convention” (17 casos).
- “3.3.1. Good faith during negotiations” (5 casos).
- “3.3.2. Good faith in interpretation of contract” (5 casos).
- “3.3.3. Good faith in performance of contract” (14 casos).

La información que se encuentra en el UNILEX se limita a detallar la fecha, país, número, corte y partes involucradas, a diferencia del CLOUT, que cuenta con *abstracts* que otorgan más información.

Si uno toma como referencia la clasificación del UNILEX y presta atención a los casos referidos al concepto de buena fe en el comercio internacional, encontrará un caso ruso del 08/02/2008, resuelto por la International Court of Arbitration of the Chamber of Industry and Commerce of the Russian Federation (registrado en la sección “3. Concept of good faith in international trade”), y dos casos mexicanos, uno del 30/11/1998, resuelto por la Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México (COMPROMEX), y otro del 10/03/2005, resuelto por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (ambos registrados en la sección “3.1. Significance of good faith in international trade”). Estos tres casos también se encuentran enunciados en el Digest. Por otro lado, mientras el caso ruso no cuenta con un *abstract* en el CLOUT, los casos mexicanos sí están registrados como CLOUT case 1184 y CLOUT case 1193, respectivamente, y en tales *abstracts* se menciona al artículo 7° CISG como parte de la controversia. El caso mexicano de 1998 no otorga más información, pero el caso mexicano de 2005 indica que la buena fe en el comercio internacional consiste en dar a las negociaciones la interpretación más favorable para que el contrato produzca sus efectos²⁴.

Por el lado del CISG Database del Pace University (consultado el 04/08/2021), si uno busca el término “good faith” y filtra los casos por aquellos que hacen referencia al “Article 7(1)” (CISG Article numbers) y que se refieren a la “Observance of good faith” (UNCITRAL Thesaurus), se obtienen 28 resultados. Lo interesante de este registro es que se puede acceder a importante información sobre el caso, incluso transcripciones de los fallos.

²⁴ Véase la información complementaria que se encuentra respecto a tal caso en el CISG Database del Pace University.

De los casos reportados no se observa el desarrollo de un concepto de buena fe en el comercio internacional, aunque en ciertos casos se discutió sobre la existencia de la doctrina del “*venire contra factum proprium*”, conforme al artículo 7(1) de la CISG, lo cual podría servir de guía²⁵.

En conclusión, los casos registrados aún no desarrollan un concepto (solo alguna guía en el mejor de los casos) que permita entender *ex ante* qué es la buena fe en el comercio internacional. Si esto es así, difícil será respetar el mandato del artículo 7° CISG que requiere aplicar la CISG de manera autónoma teniendo en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformización en su aplicación. No basta que los fallos mencionen a la buena fe de manera secundaria y residual. Entonces, no se puede señalar que la buena fe sea un principio general que inspira la CISG.

Tercero, se considera que el artículo 8° de la CISG podría ser invocado para entender que allí se reconoce a la buena fe interpretativa del contrato²⁶:

“Article 8

(1) For the purposes of this Convention **statements** made by and other **conduct** of a party are to be interpreted according to **his intent** where the other party **knew or could not have been unaware what that intent was**.

(2) If the preceding paragraph is not applicable, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that a **reasonable person** of the same kind as the other party would have had in the same circumstances.

(3) In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to **all relevant circumstances** of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties”.

(Énfasis agregado)

Desde una perspectiva comparada, la razonabilidad y buena fe son conceptos que pueden interpretarse de manera indistinta. De hecho, en el Common Law se puede considerar que se trata de una preferencia entre

25 Véanse los casos reportados en el CISG Database del Pace University: (1) Germany March 26, 1996, Landgericht [Regional Court] (German case citations do not identify parties to proceedings); (2) Germany June 25, 1997, Oberlandesgericht [Court of Appeal] (German case citations do not identify parties to proceedings); (3) Germany September 15, 2004, Oberlandesgericht [Court of Appeal] (German case citations do not identify parties to proceedings).

26 Véase la discusión en el caso Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (10/03/2005), registrado como CLOUT case 1193 y también en el CISG Database del Pace University.

etiquetas desde que se opta por hablar de razonabilidad (*reasonableness*) y no de buena fe (*good faith*) por el carácter ético y subjetivo que arrastra este último, aunque en la práctica puedan llevarnos a los mismos resultados (Viglione, 2009)²⁷. Sobre todo, cuando el artículo 8° de la CISG hace referencia al comportamiento de las partes, el conocimiento de la contraparte y otras circunstancias relevantes, se asimila al rol que cumple la buena fe como criterio de interpretación del contrato en el Civil Law.

Consideramos que, aunque la CISG no lo haya reconocido de manera expresa, el artículo 8° está redactado de tal manera que permite el ingreso de la función interpretativa contractual de la buena fe. Pero téngase presente que la buena fe interpretativa no puede ser usada como una excusa para manipular o alterar el contenido del contrato. La buena fe interpretativa consiste en reconducir a las partes al texto del contrato cuando éstas propongan alguna interpretación que no se justifique en lo expresamente pactado. Así, buena fe interpretativa es lealtad al texto del contrato. Entonces, es distinta a la buena fe como deber contractual, que incluye las funciones integrativa, correctiva y limitativa de derechos. Como tal, a través de la buena fe interpretativa no se puede pretender la modificación del contrato.

Cuarto, se considera que la buena fe podría aplicarse a la CISG como *lex mercatoria* de conformidad con el artículo 9°:

“Article 9

(1) The parties are bound by any **usage** to which they have agreed and by any **practices** which they have established between themselves.

(2) The parties are considered, unless otherwise agreed, to have **impliedly** made applicable to their contract or its formation a **usage** of which the parties **knew or ought to have known** and which **in international trade is widely known to, and regularly observed by**, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned”.

(Énfasis agregado)

A diferencia de la tesis que propone una lectura extensiva del artículo 7(1) o la tesis que considera que la buena fe es un principio general aplicable a la CISG, conforme a su artículo 7(2), las cuales acá rechazamos, entendemos que la tesis de la *lex mercatoria* sí es viable para considerar que la buena fe pueda ser un deber contractual, o incluso un deber precontractual, aplicable a las partes sometidas a la CISG, solo y siempre que la buena fe

²⁷ Al respecto, téngase presente que los PECL reconocen conjuntamente a la buena fe (art. 1:201) y razonabilidad (art. 1:302), lo cual no es deseable pues complica el entendimiento de ambos conceptos.

sea *lex mercatoria* para un caso concreto. Si bien a la fecha no puede considerarse que la buena fe sea parte de la *lex mercatoria* para el comercio internacional²⁸, la puerta ha quedado abierta.

Si se interpreta que la buena fe es parte de la *lex mercatoria*²⁹, entonces tendría una aplicación directa en los contratos bajo la CISG. Pero debe

28 Sobre el desarrollo de la buena fe en el comercio internacional y su eventual rol como *lex mercatoria*, véase Sim, D. (2004). Ob. cit.; Sheehy, B. (2007). Ob. cit.; Cordero Moss (2007). Ob. cit.

29 La *lex mercatoria* es un tema complejo que ha generado discusiones en diferentes materias. Primero, se discute sobre la existencia de una *new lex mercatoria* por encima de las naciones, como Derecho Transnacional. Véase: Goldman, B. (1956). "La compagnie de Suez. Société internationale", en *Le Monde* (4 de octubre, 3); Fragistas, C. (1960). "Arbitrage étranger et arbitrage international", en *Revue critique de droit international privé*. Vol. 49, Nro. 1, 1-20; Schmitthoff, C. (1961) [1988]. "International Business Law: A New Law Merchant", en Cheng, Chia-Jui (ed.). *Clive M. Schmitthoff's Selected Essays on International Trade Law*. Holanda. Martinus Nijhoff Publishers, 20-37; Goldstajn, A. (1961). "The new law merchant", en *Journal of Business Law*. Vol. 12, 12-17; Goldman, B. (1964). "Frontières du droit et lex mercatoria", en *Archives de philosophie du droit*. Nro. 9, 177-189; Schmitthoff, C. (1964). "The Law of International Trade, its Growth, Formation and Operation", en C. M. Schmitthoff (ed.). *The Sources of the Law of International Trade with special reference to East-West Trade*. New York, F.A. Praeger; Fouchard, P. (1965). *L'arbitrage commercial international*. Paris. Dalloz; Goldstajn, A. (1973). "The new law merchant reconsidered", en *Recht und internationaler Handel: Festschrift für Clive M. Schmitthoff zum 70. Geburtstag*. Frankfurt. Athenäum Verlag, 171-185; Goldman, B. (1979). "La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives", en *Travaux du Comité français de droit international privé*. Vol. 2, 221-270.

Fouchard, P. (1982). "L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981", en *Journal du droit international Journal du droit international*. Vol. 109, 374-420; Lando, O. (1985). "The lex mercatoria in international commercial arbitration", en *The International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 34, Nro. 4, 747-768; Goldman, B. (1986). "The applicable law: general principles of law - the *lex mercatoria*", en Lew, J. D. M. (ed.). *Contemporary Problems in International Arbitration*. Londres. Springer, 113-125; De Ly, F. (1992). *International Business Law*. UK. Emerald; Goldman, B. (1993). "Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria", en *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*. Basel. Editions Helbing & Lichtenhahn, 241-255; Berger, K. (2010). Ob. cit. Segundo, se discute sobre el desarrollo de la *lex mercatoria* en sectores específicos, dando lugar a sub-sistemas, como el caso de la *lex petrolea*. Véase De Jesús, A. (2012). "The prodigious story of lex petrolea and the rhinoceros philosophical aspects of the transnational legal order of the petroleum society", en *Transnational Petroleum Law Institute*. Vol. 1, Nro. 1, 1-50; Daintith, T. (2017). "Against *lex petrolea*", en *The Journal of World Energy Law & Business*. Vol. 10, Nro. 1, 1-13. Tercero, se discute sobre la preferencia de la *lex mercatoria* como mejor derecho en los contratos transnacionales y el arbitraje internacional. Véase Carbonneau, T. (ed.) (1998). *Lex mercatoria and arbitration*. Cambridge. Kluwer Law International; Bullard, A. y Repetto, J. (2014). "Charles Darwin y el Arbitraje", en *Forseti*. Nro. 1, 111-128; Moreno, J. (2014). "El debate sobre el Derecho No Estatal y la *Lex Mercatoria*", en *Forseti*. Nro. 1, 73-97; Núñez del Prado, F. (2019). "The fatal leviathan: A Hayekian perspective of *lex mercatoria* in Civil Law countries", en *Pace International Law Review*. Vol. 31, No. 2, 423-498. Cuarto, se discute sobre las fuentes de la *lex mercatoria*, entre ellas, los PICC y su aplicación para complementar a la CISG. Véase Garro, A. (1995). "The gap-filling role of the UNIDROIT Principles in international sales law: some comments on the interplay between the principles and the CISG", en *Tulane Law Review*. Vol. 69, Nro. 5, 1149-1190; Bonell, M.

probarse tanto su existencia conforme a los usos y costumbres internacionales, así como su ámbito de aplicación. Conforme a la jurisprudencia registrada en el Digest, CLOUT, UNILEX y CISG Database del Pace University, aún no existe un concepto claro y uniforme de buena fe en el comercio internacional, ni de manera general ni para una industria en particular. No basta con hacer menciones de relleno a la buena fe.

Lo que las cortes deben desarrollar en sus fallos es qué comportamiento específico es de buena fe y vinculante para las partes al ser *lex mercatoria* para una transacción concreta en el ámbito internacional. Esto se complica si tenemos en cuenta que no existe un concepto unitario a nivel de jurisdicciones nacionales, ni dentro del Civil Law, ni entre Civil Law y Common Law. Por el lado del Derecho Transnacional, al menos ciertos instrumentos de uniformización como la CISG, los PICC y los TransLex Principles hablan de la “buena fe en el comercio internacional”, con lo cual, se hace referencia a un concepto internacional de buena fe diferente al concepto que se maneja en las jurisdicciones nacionales. Sin embargo, tampoco existe uniformidad en los mismos instrumentos de uniformización. La CISG reconoce un modelo totalmente opuesto al que reconocen los PICC y TransLex Principles. Esto genera una paradoja, pues si la CISG misma es considerada como *lex mercatoria* (Audit, 1998) y ella reconoce un modelo restrictivo de buena fe, ¿cómo podría reconocerse a otra *lex mercatoria* –como los PICC o TransLex Principles– que vaya en contra y derogue a la CISG?

Ante tal Torre de Babel, la pauta la dará la práctica contractual y el comercio internacional, de manera que el análisis de la buena fe como *lex mercatoria* tendrá que verse caso por caso, pero no en casos que solo mencionen a la buena fe, sino en aquellos que realmente desarrollen cuál es el concepto de buena fe en el comercio internacional o precisen qué comportamiento es de buena fe para una industria específica. Así las cosas, no puede afirmarse que a la fecha la buena fe sea *lex mercatoria*. En otras palabras, a

(2000). Ob. cit., 210-212; Bonell, M. (2010). “Symposium Paper: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Achievements in Practice and Prospects for the Future”, en *Australian International Law Journal*. Vol. 17, Nro. 1, 177-184. Sobre ejemplos concretos del uso de los PICC para complementar a la CISG, véase Eiselen, S. (2004). “Remarks on the manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts may be used to interpret or supplement CISG Article 74”, en *Pace International Law Review* (ed.). *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (2002 – 2003). La Haya. Kluwer Law International, 93-100, y Perillo, J. (2004). “Editorial remarks on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement article 8 of the CISG”, en *Pace International Law Review* (ed.). *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (2002 – 2003). La Haya. Kluwer Law International, 189-194.

pesar de que se habla de la “buena fe en el comercio internacional”, no existe realmente una buena fe internacional.

En virtud de lo anterior, el fantasma de la buena fe bajo la CISG está en la *lex mercatoria*. Aunque se respete el limitado texto del artículo 7(1) de la CISG, la buena fe siempre penará en las instalaciones de la CISG, incluso con perfil civilista, si eventualmente es reconocida como *lex mercatoria*. Solo el tiempo dirá si llegará a existir un concepto internacional de buena fe. La puerta ha quedado abierta.

VI. Reflexiones finales

Cuando vemos el Derecho de contratos desde una perspectiva transnacional tomamos conocimiento de historias antes no contadas que nos introducen a una nueva realidad. El Derecho Comparado no se estudia solo por un interés académico, sino como punto de partida para entender cómo funciona la práctica en el comercio internacional. En este campo se enfrentan a diario partes que provienen de diferentes familias jurídicas y que negocian para llegar a un acuerdo a pesar de estar acostumbradas a leyes contractuales distintas. Ello implica poner de lado a los Derechos nacionales y las discusiones locales para negociar en base a un estándar internacional.

Dentro de este contexto, destaca la buena fe y la CISG. Los principales instrumentos de uniformización han intentado llegar a un consenso sobre el Derecho Contractual, pero no es lo mismo llegar a un consenso entre civilistas de diferentes jurisdicciones que entre civilistas y anglosajones. Al respecto, destaca la CISG sobre los PICC y PECL por su preferencia por ciertas posiciones anglosajonas en favor del comercio internacional. Los anglosajones no querían rastros de la buena fe en la CISG para favorecer la certeza, mientras que los civilistas querían inundarla de ella para promover la justicia. Frente a este escenario se llegó a cierto consenso: mencionar a la buena fe solo una vez y para la interpretación de la CISG. A pesar de haberse adoptado este modelo restrictivo en la CISG, que significó una opción expresa y consciente, la historia no terminó allí.

La buena fe aún tiene cierta esperanza bajo la CISG conforme a la *lex mercatoria*. Por el momento, esta posibilidad es teórica y aún no se ha materializado. Pero está ahí, presente en espíritu, aunque no se encuentre físicamente en la CISG. El futuro definirá si realmente existe una buena fe internacional conforme los usos y costumbres o si seguirá siendo una etiqueta sin contenido.

Referencias

- Andersen, C. B. (2014). "Good faith? Good grief!" *International Trade and Business Law Review*. Vol. 17, Nro. 1, 310-321.
- Atamer, Yesim M. (2011). "Article 79", en S. Kröll, L. Mistelis & M. del P. Perales Viscasillas (eds.). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. 1st edition. Oxford. C.H. Beck - Hart - Nomos.
- Audit, B. (1998). "The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria", en Th. Carbonneau (ed.). *Lex mercatoria and arbitration*. Cambridge. Kluwer Law International, 173-194.
- Bamodu, G. (1998). "Exploring the interrelationships of transnational commercial law, 'the new *lex mercatoria*' and international commercial arbitration", en *African Journal of International and Comparative Law*. Vol. 10, Nro 1, 31-59.
- Beale, H. (2006). "General clauses and specific rules in the Principles of European Contract Law: The 'good faith' clause", en S. Grundmann y D. Mazeaud (eds.). *General Clauses and Standards in European Contract Law. Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*. The Hague. Kluwer Law International, 205-218.
- Bell, G. (2007). "How the fact of accepting good faith as a general principle of the CISG will bring more uniformity", en Pace International Law Review (ed.). *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2005-2006*. Munich. Sellier European Law Publishers, 3-22.
- Berger, K. (2010). *The creeping codification of the new lex mercatoria*. Second edition. USA. Wolters Kluwer.
- Berger, K. (2011). "Codification of the new *lex mercatoria* through the internet: the TransLex Principles at www.trans-lex.org", en T. Weiler; F. Baetens (eds.). *New Directions in International Economic Law. In Memoriam Thomas Wälde*. Boston. Martinus Nijhoff Publishers, 79-106.
- Berger, K. y Arntz, Ts. (2016). "Good faith as a 'general organising principle' of the common law", en *Arbitration International*. Vol. 32, Nro. 1, 167-178.
- Bonell, M. (1990). "'Force majeure' and 'hardship' nel diritto uniforme della vendita internazionale", en *Diritto del Commercio Internazionale*. Vol. 4, 543-571.
- Bonell, M. (2000). "The UNIDROIT Principles and transnational law", en *Uniform Law Review*. Vol. 5, Nro. 2, 199-217.
- Bonell, M. (2008). "The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law", en *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 56, Nro. 1, 1-28.
- Bonell, M. (2010). "Symposium Paper: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Achievements in Practice and Prospects for the Future", en *Australian International Law Journal*. Vol. 17, Nro. 1, 177-184.
- Bridge, M. (1984). "Does anglo-canadian contract law need a doctrine of good faith?", en *The Canadian Business Law Journal*. Vol. 9, Nro. 4, 385-426.
- Bridge, M. (2005). "Doubting good faith", en *New Zealand Business Law Quarterly*. Vol. 11, 430-450.

- Bridge, M. (2017). "Good faith, the Common Law, and the CISG", en *Uniform Law Review*. Vol. 22, Nro. 1, 98-115.
- Bullard, A. y Repetto, J. (2014). "Charles Darwin y el Arbitraje", en *Forseti*. Nro. 1, 111-128.
- Calliess, G. (2007). "The Making of Transnational Contract Law", en *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 14, Nro. 2, 469-483.
- Carbonneau, T. (ed.) (1998). *Lex mercatoria and arbitration*. Cambridge. Kluwer Law International.
- Cordero, G. (2007). "International contracts between Common Law and Civil Law: Is non-state law to be preferred? The difficulty of interpreting legal standards such as good faith", en *Global Jurist*. Vol. 7, Nro. 1, 1-38.
- Cordero, G. (2011). "The transnational law of contracts: what it can and what it cannot achieve", en T. Weiler y F. Baetens (eds.). *New Directions in International Economic Law. In Memoriam Thomas Wälde*. Boston. Martinus Nijhoff Publishers, 45-78.
- Daintith, T. (2017). "Against *lex petrolea*", en *The Journal of World Energy Law & Business*. Vol. 10, Nro. 1, 1-13.
- Davies, M. (2014). "Excuse of impediments and its usefulness", en L. Di Matteo (ed.). *International Sales Law. A Global Challenge*. Cambridge. Cambridge University Press, 295-305.
- Dawson, J. (1984). "Judicial revision of frustrated contracts: the United States", en *Boston University Law Review*. Vol. 64, Nro. 1, 1-38.
- De Jesús, A. (2012). "The prodigious story of *lex petrolea* and the rhinoceros philosophical aspects of the transnational legal order of the petroleum society", en *Transnational Petroleum Law Institute*. Vol. 1, Nro. 1, 1-50.
- De Ly, F. (1992). *International Business Law*. UK. Emerald.
- Dewez, J.; Ramberg, C.; Momberg, R.; Cabrillac, R. y San Miguel Pradera, L. (2011). "The Duty to Renegotiate an International Sales Contract under CISG in Case of Hardship and the Use of the Unidroit Principles", en *European Review of Private Law*. Vol. 19, Nro. 1, 101-154.
- DiMatteo, L. & Janssen, A. (2014). "Interpretative methodologies in the interpretation of the CISG", en L. Di Matteo (ed.). *International Sales Law. A Global Challenge*. Cambridge. Cambridge University Press, 79-101.
- DiMatteo, L. (2015). "Contractual excuses under the CISG: impediment, hardship, and the excuse doctrines", en *Pace International Law Review*. Vol. 27, Nro. 1, 258-305.
- Du Plessis, P. (2002). "Good faith and equity in the law of contract in the civilian tradition", en *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Journal for Contemporary Roman-Dutch Law)*. Vol. 65, Nro. 3, 397-412.
- Eiselen, S. (2004). "Remarks on the manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts may be used to interpret or supplement CISG Article 74", en *Pace International Law Review* (ed.). *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) (2002 – 2003)*. La Haya. Kluwer Law International, 93-100.

- Eiselen, S. (2009). "Literal interpretation: the meaning of the words", en A. Janssen & O. Meyer (ed.). *CISG Methodology*. Munich. Sellier, 61-89.
- Eiselen, S. (2014). "The CISG as Bridge between Common Law and Civil Law", en L. A. DiMatteo (ed.). *International Sales Law. A Global Challenge*. Cambridge. Cambridge University Press, 612-628.
- Eörsi, G. (1979). "Problems of unifying law on the formation of contracts for the international sale of goods", en *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 27, Nro. 2/3, 311-323.
- Eörsi, G. (1983). "A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods", en *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 31, Nro. 2, 333-356.
- Farnsworth, E. (1993). "The concept of good faith in American law", en Saggi, *Conferenze e Seminari*. Vol. 10. Roma. Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.
- Farnsworth, E. (1995a). "Good faith in contract performance", en J. Beatson y D. Friedman (eds.). *Good faith and fault in contract law*. Oxford. Clarendon Press, 153-170.
- Farnsworth, E. (1995b). "Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles, relevant International Conventions, and National Laws", en *Tulane Journal of International and Comparative Law*. Vol. 3, 47-64.
- Felemegas, J. (2007). "Article 7 CISG-PECL", en J. Felemegas (ed.). *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*. Cambridge. Cambridge University Press, 268-272.
- Ferrari, F. (2009). "Homeward trend: what, why and why not", en A. Janssen & O. Meyer (ed.). *CISG Methodology*. Munich. Sellier, 171-206.
- Ferrari, F. (2017). "Autonomous interpretation versus homeward trend versus outward trend in CISG case law", en *Uniform Law Review*. Vol. 22, Nro. 1, 244-257.
- Ferrari, F.; Gillette, C.; Torsello, M. & Walt, S. (2017). "The inappropriate use of the PICC to interpret hardship claims under the CISG", en *Internationales Handelsrecht*. Vol. 17, Nro. 3, 97-102.
- Flechtner, H. (2001). "Comparing the general good faith provision of the PECL and the UCC: Appearance and reality", en *Pace International Law Review*. Vol. 13, Nro. 2, 295-337.
- Flechtner, H. (2011). "The exemption provisions of the Sales Convention, including comments on 'hardship' doctrine and the 19 June 2009 decision of the Belgian Cassation Court", en *Annals of the Faculty of Law in Belgrade - International Edition*. Vol. 2011, 84-101.
- Foerstl, U. (2011). *The general principle of good faith under the CISG. A functional approach to theory and practice of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. VDM Verlag.
- Fouchard, P. (1965). *L'arbitrage commercial international*. Paris. Dalloz.
- Fouchard, P. (1982). "L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981", en *Journal du droit international Journal du droit international*. Vol. 109, 374-420.

- Fragistas, C. (1960). "Arbitrage étranger et arbitrage international", en *Revue critique de droit international privé*. Vol. 49, Nro. 1, 1-20.
- García Long, S. (2017a). "La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. Primera parte", en *Actualidad Civil*. Nro. 37, julio, 113-134.
- García Long, S. (2017b). "La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. Segunda parte", en *Actualidad Civil*. Nro. 38, agosto, 153-175.
- Garro, A. (1995). "The gap-filling role of the UNIDROIT Principles in international sales law: some comments on the interplay between the principles and the CISG", en *Tulane Law Review*. Vol. 69, Nro. 5, 1149-1190.
- Goldman, B. (1956). "La compagnie de Suez. Société internationale", en *Le Monde* (4 de octubre, 3).
- Goldman, B. (1964). "Frontières du droit et lex mercatoria", en *Archives de philosophie du droit*. Nro. 9, 177-189.
- Goldman, B. (1979). "La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives", en *Travaux du Comité français de droit international privé*. Vol. 2, 221-270.
- Goldman, B. (1986). "The applicable law: general principles of law - the *lex mercatoria*", en Lew, J. D. M. (ed.). *Contemporary Problems in International Arbitration*. Londres. Springer, 113-125.
- Goldman, B. (1993). "Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria", en *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*. Basel. Editions Helbing & Lichtenhahn, 241-255.
- Goldstajn, A. (1961). "The new law merchant", en *Journal of Business Law*. Vol. 12, 12-17.
- Goldstajn, A. (1973). "The new law merchant reconsidered", en *Recht und internationaler Handel: Festschrift für Clive M. Schmitthoff zum 70. Geburtstag*. Frankfurt. Athenäum Verlag, 171-185.
- Goode, R. (1992). "The concept of 'good faith' in English law", en Saggi, *Conferenze e Seminari*. Vol. 2. Roma. Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.
- Goode, R. (1997). "Usage and its reception in transnational commercial law", en *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 46, Nro. 1, 1-36.
- Hesselink, M. (2004). "Chapter 26. The Concept of Good Faith", en A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, C. Joustra, E. Du Perron y M. Veldman (eds.). *Towards a European Civil Code*. 3ª edición. La Haya. Kluwer Law International.
- Honnold, J. (2009). *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. Fourth edition. Edited and updated by Harry M. Flechtner. The Hague. Wolters Kluwer.
- Horn, N. (1982). "Uniformity and diversity in the law of international commercial contracts", en N. Horn y C. Schmitthoff (eds.). *The Transactional Law of International Commercial Contracts*. Boston. Kluwer, 3-18.
- Janssen, A. & Wahnschaffe, C. (2020). "COVID-19 and international sale contracts: unprecedented grounds for exemption or business as usual?", en *Uniform Law Review*. Vol. 25, Nro. 4, 466-495.

- Keily, T. (1999). "Good faith and the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods", en *Vindabona Journal of International Commercial and Arbitration*. Vol. 3, Nro. 1, 15-40.
- Klein, J. (1993). "Good faith in international transactions", en *Liverpool Law Review*. Vol. 15, 115-141.
- Komarov, A. (2005-06). "Internationality, uniformity and observance of good faith as criteria in interpretation of CISG: Some remarks on article 7(1)", en *Journal of Law and Commerce*. Vol. 25, 75-85.
- Kuster, D. & Andersen, C. (2016). "Hardly room for hardship. A functional review of article 79 of the CISG", en *Journal of Law & Commerce*. Vol. 35, Nro. 1, 1-20.
- Lando, O. (1985). "The lex mercatoria in international commercial arbitration", en *The International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 34, Nro. 4, 747-768.
- Lando, O. (2005). "CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law", en *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 53, Nro. 2, 379-401.
- Lando, O. (2007). "Is good faith an over-arching general clause in the Principles of European Contract Law?", en *European Review of Private Law*. Vol. 15, Nro. 6, 841-854.
- Lawson, F. (1951). *The rational strength of English law*. Londres. Stevens & Son Limited.
- Lindström, N. (2006). "Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods", en *Nordic Journal of Commercial Law*. Vol. 1, 1-29.
- Magnus, U. (1998). "Remarks on good faith: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the International Institute for the Unification of Private Law, Principles of International Commercial Contracts", en *Pace International Law Review*. Vol. 10, Nro. 1, 89-95.
- Magnus, U. (2007). "Article 7 CISG – UP", en J. Felemegas (ed.). *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*. Cambridge. Cambridge University Press, 45-48.
- Magnus, U. (2009). "Tracing methodology in the CISG: Dogmatic foundations", en A. Janssen & O. Meyer (ed.). *CISG Methodology*. Munich. Sellier, 33-59.
- Mazzota, F. (2014). "Good Faith Principle: *Vexata Quaestio*", en L. A. DiMatteo (ed.). *International Sales Law. A Global Challenge*. Cambridge. Cambridge University Press, 120-134.
- Mistelis, L. (2001). "Is harmonisation a necessary evil? The future of harmonisation and new sources of international trade law", en I. Fletcher, L. Mistelis y M. Cremona (eds.). *Foundations and Perspectives of International Trade Law*. Londres. Sweet & Maxwell, 3-27.
- Moreno, J. (2014). "El debate sobre el Derecho No Estatal y la *Lex Mercatoria*", en *Forseti*. Nro. 1, 73-97.
- Nicholas, B. (1993). "The United Kingdom and the Vienna Sales Convention: another case of splendid isolation?", en *Saggi, Conferenze e Seminari*. Vol. 9. Roma. Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.
- Núñez del Prado, F. (2019). "The fatal leviathan: A Hayekian perspective of *lex mercatoria* in Civil Law countries", en *Pace International Law Review*. Vol. 31, No. 2, 423-498.

- Oviedo Albán, J. (2012). “The general principles of the United Nations Convention for the International Sale of Goods”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 4, Nro. 1, 165-179.
- Pardolesi, R. (2014). “Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria”, en *Il Foro Italiano*. Vol. 139, Nro. 7-8, 2039-2042.
- Perales Viscasillas, P. (2011). “Article 7”, en S. Kröll, L. Mistelis & M. del P. Perales Viscasillas (eds.). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. 1st edition. C.H. Beck – Hart – Nomos, 111-141.
- Perillo, J. (2004). “Editorial remarks on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement article 8 of the CISG”, en *Pace International Law Review* (ed.). *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (2002 – 2003). La Haya. Kluwer Law International, 189-194.
- Powers, P. (1999). “Defining the undefinable: good faith and the United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods”, en *Journal of Law and Commerce*. Vol. 18, Nro. 2, 333-354.
- Saba, N. (2012). “To believe or not to believe: good faith in the CISG”, en *Macquarie Journal of Business Law*. Vol. 9, 81-87.
- Salinas Alcaraz, I. (2014). “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and the Common Law: The challenge of interpreting article 7”, en *IUSTA*. No. 40, enero-junio, 57-93.
- Schlechtriem, P. (1986). *The Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sales of Goods*. Vienna. Manz.
- Schlechtriem, P. (1997). “Good faith in German Law and in International Uniform Laws. En Saggi, Conferenze e Seminari. Vol. 24. Roma. Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.
- Schmitthoff, C. (1961) [1988]. “International Business Law: A New Law Merchant”, en Cheng, Chia-Jui (ed.). *Clive M. Schmitthoff's Selected Essays on International Trade Law*. Holanda. Martinus Nijhoff Publishers, 20-37.
- Schmitthoff, C. (1964). “The Law of International Trade, its Growth, Formation and Operation”, en C. M. Schmitthoff (ed.). *The Sources of the Law of International Trade with special reference to East-West Trade*. New York, F.A. Praeger.
- Schwenzer, I. (2009). “Force majeure and Hardship in International Sales Contracts”, en *Victoria University of Wellington Law Review*. Vol. 39, Nro. 4, 709-726.
- Schwenzer, I. (2014). “Divergent interpretations: Reasons and solutions”, en L. Di Matteo (ed.). *International Sales Law. A Global Challenge*. Cambridge. Cambridge University Press, 102-119.
- Schwenzer, I. & Hachem, P. (2016). “Article 7”, en Ingeborg Schwenzer (ed.). *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Fourth edition. Oxford. Oxford University Press, 119-142.
- Schwenzer, I. y Muñoz, E. (2019). “Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship”, en *Uniform Law Review*. Vol. 24, Nro. 1, 149-174.
- Sedki, M. (2018). *The role of good faith: A case study of the application of good faith in the CISG. Dissertation theses*. University of Cape Town, 1-78.

- Sheehy, B. (2007). “Good faith in the CISG: the interpretation problems of article 7”, en Pace International Law Review (ed.). *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. La Haya. Kluwer Law International, 153-196.
- Sim, D. (2004). “The scope and application of good faith in the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, en Pace International Law Review (ed.). *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (2002 – 2003). La Haya. Kluwer Law International, 19-92.
- Sirena, P. y Patti, F. P. (2020). “Hardship and renegotiation of contracts. In the prospective recodification of Italian civil law”, en *Bocconi Legal Studies Research Paper Series*. Nro. 3706159, 1-24.
- Spagnolo, L. (2007). “Opening pandora’s box: good faith and precontractual liability in the CISG”, en *Temple International & Comparative Law Journal*. Vol. 21, Nro. 2, 261-310.
- Stoll, H. & Gruber, G. (2005). “Article 79”, en P. Schlechtriem & I. Schwenzer (eds.). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 2nd edition. Oxford. Oxford University Press.
- Summers, R. (1968). “Good faith’ in general contract law and the sales provisions of the Uniform Commercial Code, en *Virginia Law Review*. Vol. 54, Nro. 2, 195-267.
- Tallon, D. (1987). “Article 79”, en C. M. Bianca & M. J. Bonell (eds.). *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano. Giuffrè.
- Tallon, D. (1993). “The new Dutch Civil Code in a comparative perspective – a French view-point”, en *European Law Review*. Vol. 1, Nro. 1/2, 189-199.
- Tallon, D. (1994). “Le concept de bonne foi en droit français du contrat”, en *Saggi, Conferenze e Seminari*. Vol. 15. Roma. Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.
- Tepes, N. & Markovinovi, H. (2019-2020). “The CISG and the good faith principle”, en *Journal of Law and Commerce*. Vol. 38, 11-34.
- Van Schilfgaarde, P. (1997). “System, good faith and equity in the New Dutch Civil Code”, en *European Law Review*. Vol. 5, Nro. 1, 1-10.
- Veneziano, A. (2010). “UNIDROIT Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court”, en *Uniform Law Review*. Vol. 15, Nro. 1, 137-149.
- Viejobueno, S. (1995). “Progress through compromise: the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, en *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*. Vol. 28, Nro. 2, 200-227.
- Viglione, F. (2009). “Good faith and reasonableness in contract interpretation: a comparative perspective”, en *European Business Law Review*. Vol. 20, Nro. 6, 835-850.
- Walt, S. (2015). “The modest role of good faith in uniform sales law”, en *Boston University International Law Journal*. Vol. 33, 37-73.
- Yildirim, A. (2014). “Solid, liquid and gas forms of the new lex mercatoria: how do they operate in practice? Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria”, en *International Commercial Arbitration and the New Lex Mercatoria*. Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, 5-26.

- Zeller, B. (2000a). “Good faith – The scarlet pimpernel of the CISG”, en *International Trade and Business Law Review*. Vol. 6, 227-246.
- Zeller, B. (2000b). “The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – A leap forward towards unified international sales laws”, en *Pace International Law Review*. Vol. 12, No. 1, 79-106.
- Zeller, B. (2003). “Good faith – Is it a contractual obligation?”, en *Bond Law Review*. Vol. 15, No. 2, 215-239.
- Zeller, B. (2009). “The observance of good faith in international trade”, en A. Janssen & O. Meyer (ed.). *CISG Methodology*. Sellier, 133-149.
- Zeller, B. y Andersen, C. (2016). “Good Faith – The Gordian Knot of International Commerce”, en *Pace International Law Review*. Vol. 28, Nro. 1, 1-28.
- Zimmermann, R. y Whittaker, S. (2000). “Good faith in European contract law: surveying the legal landscape”, en Z., R., R. y Whittaker, S. *Good faith in European Contract Law*. Cambridge University Press, 7-61.

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO CONCURSAL PROCESAL A LA LUZ DE LA FILOSOFÍA RESTAURATIVA

Alexis Matías Marega

Universidad Católica de Santa Fe, Santa Fe, Santa Fe, Argentina

Contacto: amarega@ucsf.edu.ar

Recibido: 5 de octubre de 2021

Aprobado: 23 de marzo de 2022

Para citar este artículo:

Marega, A. M. (2022). “Los principios del Derecho Concursal procesal a la luz de la filosofía restaurativa”. *Prudentia Iuris*, N. 93, pp. 179-203

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.93.2022.pp.179-203>

Resumen: En el presente trabajo se describen los principios procesales concursales que, como faros de interpretación del Derecho, tienen un punto de contacto muy fuerte con todos los principios procesales generales, destacándose –en el caso concursal– la falta de conflicto entre dos partes (no es un proceso contradictorio), el interés estatal de impulso procesal por parte del mismo órgano judicial y la fuerte apuesta de la doctrina en forzar una interpretación moralizadora de los procesos para evitar los abusos que se efectúan del instituto concursal. Seguidamente, enfocándonos en la filosofía restaurativa, se desmenuzan los principios generales de ella para luego contrapesar éstos con aquellos, marcando los puntos de contacto y las aristas conflictivas que se plantean.

Palabras clave: Justicia restaurativa, Derecho Concursal, Principios del Derecho.

The principles of bankruptcy law in the light of restoration philosophy

Abstract: This paper describes the bankruptcy procedural principles that, as beacons of interpretation of the law, have a very strong point of contact with all general procedural principles, highlighting –in the bankruptcy case– the lack of conflict between two parties (it is not a contradictory process), the state interest of procedural impulse by the same judicial body and the strong commitment of the doctrine in forcing a moralizing interpretation of the processes to avoid the abuses that are carried out by the insolvency institute. Next, focusing on restorative philosophy, the general principles of it are broken down to then counterbalance these with those, marking the points of contact and the conflictive edges that arise.

Keywords: *Restorative justice, Bankruptcy law, Principles of law.*

I principi del diritto fallimentare alla luce della filosofia restauro

Sommario: Il presente contributo descrive i principi procedurali fallimentari che, in quanto fari interpretativi della legge, hanno un punto di contatto molto forte con tutti i principi procedurali generali, evidenziando –in caso di fallimento– l’assenza di conflitto tra due parti (non si tratta di un contraddittorio processo), l’interesse statale di impulso processuale da parte dello stesso organo giurisdizionale e il forte impegno della dottrina nel forzare un’interpretazione moralizzante dei processi per evitare gli abusi che vengono posti in essere dall’istituto concorsuale. Successivamente, concentrandosi sulla filosofia restaurativa, ne vengono scomposti i principi generali per poi controbilanciarli con quelli, segnando i punti di contatto e gli spigoli conflittuali che ne derivano.

Parole chiave: Giustizia riparativa, Diritto fallimentare, Principi di diritto.

1. Encuadre de la cuestión

1.1. A modo de introducción

El presente trabajo pretende abordar el estudio de los principios procesales del Derecho Concursal argentino, tomando como base de partida los aportes realizados por Prono a la cuestión, enriqueciéndolo con otros jurisprudenciales nacionales. El análisis de los principios se encuentra arraigado en la base filosófica que le da sustento a todo el desarrollo lógico del edificio jurídico, en nuestro caso, concursal.

En un segundo momento se analizarán los principios que sustentan a la filosofía restaurativa. Ésta irrumpe hace varias décadas en el ámbito del Derecho Penal de menores, con el objetivo de brindar una nueva mirada en la forma de superar los conflictos, no analizando solamente el caso sino observando el problema de manera global e integral, profundizando en las causas para superar el conflicto.

Por último, y para finalizar, se efectúa una aproximación a la posibilidad de compatibilizar los principios de unos y otros con el objetivo de proyectar una posible aplicación de la justicia restaurativa a los procesos concursales.

El enfoque que se intentará dar responde a la idea de generar un pensamiento jurídico crítico, que permita proyectar soluciones reales para superar los conflictos, generando nuevos sistemas de abordaje de los concursos preventivos, abandonando el pensamiento egoísta de que estos procesos sólo interesan a acreedores y deudor, sino a la comunidad toda, y, por lo tanto, una idea coherente con los principios fundamentales de Justicia y el orden natural, iluminados por la Fe¹.

1.2. Encuadre filosófico del tema

Como primera aproximación a la temática aquí analizada, debemos plantearnos algunas cuestiones para entender la necesidad de su abordaje.

La Segunda Guerra Mundial ha producido en la humanidad cambios profundos en las más diversas áreas de la vida en comunidad, y, en lo que aquí interesa, la concepción del Derecho ha virado abruptamente. El edificio positivista construido durante siglos y que con su paulatino avance fue relegando a las posturas iusnaturalistas sufrió su colapso más estrepitoso, dando nuevamente espacio a las escuelas filosóficas antes criticadas, que

1 *Prudentia Iuris*, Nro. 1, agosto 1980, 3.

con renovado ímpetu han sabido cubrir y, sobre todo, interpretar los nuevos movimientos de las sociedades.

Respetado filósofo destacará que una de las características principales de los nuevos vientos que comienzan a soplar es el recurso –para explicar u operar con el Derecho– a los principios jurídicos, también llamados en los códigos principios generales del Derecho².

En este cambio de paradigma que comienza a gestarse, los “principios jurídicos” fueron acentuando su decisivo papel en la configuración de distintas teorías que, en mayor o menor medida, se diferenciaban respecto del iuspositivismo abandonado. Tal es la importancia que ha suscitado el estudio de los principios que Bobbio sostendrá, respecto del interés en la teoría jurídica contemporánea por el tema en análisis: “[...] los principios generales del Derecho se han constituido en un capítulo central en la teoría general del Derecho”³.

El ámbito del Derecho donde con más ahínco se ha forjado este movimiento fue en el Derecho Público, específicamente en los movimientos constitucionalistas (cuestión obvia si recordamos los orígenes del resurgir del iusnaturalismo, coincidente con la caída del positivismo), pero –como desarrollaremos en el presente– su influencia se ha dado en todo el ordenamiento jurídico, incluyendo el Derecho Privado.

Para poder enmarcar el análisis y comprender a qué nos referimos cuando hablamos de “principios”, cuestión para nada sencilla de delimitar, tomaremos algunas definiciones que entendemos esclarecedoras. Dworkin, al analizar la diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas, sostiene que es una distinción lógica, pues ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas –sostiene el filósofo– son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces, o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión⁴.

Por otro lado, los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se inter-

2 Cf. Perelman, C. (1998). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Civitas, citado por Vigo, R. (2017). *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. Tirant lo Blanch, 141.

3 Bobbio, N. (1982). *Principi generali dei diritto, Novissimo Digesto Italiano*. UTET, 889, citado por Vigo, R. Ob. cit., 142. En similar sentido, Pietro Sanchís, L. (1992). *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales, manifiesta: “[...] asistimos a una nueva edad de oro de los principios”, 17.

4 Cf. Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Ariel, 75-76.

fieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. El citado autor manifiesta que en esto no puede haber una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene.

En esta inteligencia, las normas jurídicas tienen jerarquías; por lo tanto, podemos establecer cuáles son más importantes que otras y cuáles desplazan a otras en determinadas circunstancias; mientras que los principios no funcionan de esa manera, ellos determinan cuestiones que exceden a las simples normas jurídicas escritas (la ley).

Los principios se configuran como una especie de estándares que no se excluyen entre sí, sino que todos tienen diferente peso relativo y algunos pueden prevalecer por sobre otros sin eliminarlos. “Los principios orientan una decisión en un sentido, aunque no en forma concluyente, y sobreviven intactos aunque no prevalezcan”⁵.

Y de manera aún más acabada, Cianciardo⁶ sostiene que no hay inconvenientes en aceptar, por tanto, que un principio es un enunciado normativo de carácter muy general y abstracto, que no tiene una estructura diferente de la norma (regla) concreta, sino diferencias de grado o determinación.

En el análisis que se propone aquí, se podrá observar que la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 inicia su reglamentación con el título “Principios Generales”, en el Título 1, pero al desarrollar su articulado no hace referencia a los principios del Derecho Concursal sino a reglas generales destinadas a determinar el concepto de cesación de pagos, los sujetos comprendidos en la ley, el juez competente y el Derecho Internacional. Es decir, determina las reglas y los conceptos que se usarán en toda la ley, por lo que en una correcta técnica legislativa el Título 1 debería haberse denominado “Parte General”⁷.

Sin embargo, el legislador ha utilizado correctamente el término “principio” en el artículo 125, para referirse a la igualdad de condiciones de los acreedores en la quiebra (cuestión que también ocurre en los concursos preventivos); en el artículo 132, al determinar el fuero de atracción (este instituto —en los concursos preventivos— está tratado en el artículo 21, aunque

5 Dworkin, R. Ob. cit., 91.

6 Cianciardo, J. (2003). “Principios y reglas: Una aproximación a los criterios de distinción”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. N° 118, 903.

7 En el segundo párrafo del artículo 1° menciona la universalidad, único principio válido en este apartado normativo.

no se refiere a él con el mencionado término), y en el artículo 273, al desarrollar las cuestiones procesales referentes a los concursos y las quiebras.

Sin perjuicio de estas pocas referencias, los principios concursales exceden enormemente a los contemplados expresamente por la normativa positiva, pudiendo encontrar otros que –como se verá– surgen de una interpretación armónica del articulado y los fines perseguidos por el legislador.

2. Los principios del Derecho Concursal

Para analizar los principios del Derecho Concursal, primero, es necesario comprender la estructura de la ley de concursos y quiebras, pues al estudiar la naturaleza jurídica de este Derecho, se nos plantea el problema de si ésta es procesal o material⁸.

Sin perjuicio de los álgidos debates que se han desarrollado en torno a esta cuestión, la doctrina se mantiene pacífica interpretando que la ley concursal presenta un entrelazamiento entre proceso y sustancia, y dentro de cada instituto (que conviven y se retroalimentan dentro de los procesos) se presentan sus particularidades y –en lo que aquí nos interesa– principios.

No hay discusión en la doctrina sobre que la primacía se encuentra alojada en el Derecho material⁹ y que la legislación procesal existe para hacer operativos aquellos principios y figuras, propios del Derecho Sustantivo.

Atento a eso, se puede explicar por qué la normativa concursal se aparta de la perspectiva procesal común a los demás juicios civiles y comerciales, como la regla de la inapelabilidad de las resoluciones judiciales, la regla estricta en las notificaciones automáticas, el acotadísimo plazo para la caducidad de instancia, entre otros¹⁰.

8 Graziabile, D. (2016). *Manual de concursos*. Abeledo Perrot, 52, sostiene la postura de que no se deben confundir los principios del proceso con los principios del Derecho Concursal, postura que no vamos a seguir en el presente, por cuanto se analizarán de manera separada tanto los principios del proceso concursal como los principios que rigen la materia sustancial, debido a que ambos forman una unión inseparable y resulta imposible analizar el Derecho Concursal apartándonos de las cuestiones concursales que hacen a la naturaleza del instituto.

9 La exposición de motivos de la Ley N° 19.551 (antecesora de la actual N° 24.522) ha sostenido que “la Comisión ha creído responder así a su concepción del concurso como fenómeno de derecho sustancial, primordialmente”.

10 Alegría, H. (2004). “Breve apostilla sobre la flexibilización en la interpretación de la ley concursal”. *La Ley*, 2004-E, 723, sostuvo que “la preceptiva ritual debe ceder ante el Derecho material en caso de dudas y confrontación al interpretarlas y aplicarlas”.

Un desarrollo adecuado y completo implicaría analizar, primeramente, los principios procesales y, más luego, los sustanciales para, por fin, analizarlos conjuntamente con la filosofía restaurativa –de la cual se hablará luego. Sin perjuicio de ello, a los fines de enmarcar la presente dentro de los límites de extensión preestablecidos, nos centraremos en el análisis de la primera de las cuestiones. Las particularidades de los principios sustanciales del Derecho Concursal serán objeto de próximas investigaciones.

2.1. Principios procesales del Derecho Concursal

El artículo 273 de la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) enuncia los principios procesales sobre los cuales descansa el Derecho Concursal. En su análisis, y siguiendo para ello a Prono¹¹, podemos identificar dos principios procesales en los concursos preventivos, el principio de economía y celeridad concursal y el de moralidad y buena fe.

Del principio de economía y celeridad concursal, a su vez, se desprenden el principio de inapelabilidad concursal, las notificaciones automáticas y la caducidad de instancia.

2.1.1. El principio de economía y celeridad concursal

Dentro de este apartado se analizará lo que Prono llama la “peligrosa triada de las reglas procesales concursales”¹², esto es la inapelabilidad concursal, las notificaciones automáticas y la caducidad de instancia. Y las denomina así porque estas reglas procesales determinan de un modo muy particular la celeridad que debe primar en los procesos concursales (recordar que se está buscando la reorganización patrimonial del deudor, y por lo tanto de ello depende una gran cantidad de acreedores que esperan hacerse de sus créditos). Las llama “peligrosa” porque al establecer ciertas pautas –como se verá– puede llevar a reducir las posibilidades del interesado de mantener vivo el proceso.

Entonces, este principio se fundamenta en la necesidad de no prolongar injustificadamente los plazos y eliminar los trámites procesales superfluos u onerosos que lleven a alargar la situación incierta del patrimonio concursado y, por lo tanto, de sus acreedores.

11 Cf. Prono, R. (2007). *Reglas procesales*. Rouillón, A. (2007). *Código de comercio comentado*. La Ley, 757.

12 *Ibíd.*, 771.

Como corolario de ello, la inapelabilidad de las resoluciones es la regla que va a imperar en el proceso concursal. Las apelaciones no son esenciales para la validez constitucional de un proceso civil o comercial, ni una garantía establecida en el artículo 18 de nuestra Carta Magna, como en reiteradas oportunidades lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia federal¹³.

En principio, el recurso de apelación en el proceso concursal sólo es admisible en los supuestos expresamente contemplados en la LCQ o que resulten asimilables a éstos¹⁴.

El artículo 273, LCQ, dispone que la inapelabilidad que aquí analizamos posee excepciones, las cuales están expresamente establecidas en la ley. Es así que, por ejemplo, los artículos 13, 16, 17 y 24, entre otros, de la ley citada, plantean la posibilidad de apelación de determinadas resoluciones judiciales en un proceso concursal.

Sin perjuicio de que la normativa debe ser interpretada de manera restrictiva, por ser una regla cercenatoria de un recurso ordinario, la doctrina y la jurisprudencia han ido reflexionando sobre determinadas circunstancias que no deben estar alcanzados por esta prohibición.

Pronto categoriza estas excepciones en diferentes grupos, determinando que una resolución de un proceso concursal resulta apelable (fuera de las disposiciones expresamente consagradas en la ley) cuando se trata de resolver una cuestión que no afecta al trámite ordinario del concurso¹⁵; cuando la decisión impugnada constituye un apartamiento grave de la ley¹⁶, o cuando

13 Nuestro Tribunal Cimero sostuvo que “el artículo 8º, párrafo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sólo exige la doble instancia para los procesos de naturaleza penal, circunscribiéndose para los restantes a ordenar que el interesado sea oído con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley”. *Fallos*: 305:535, 126:114, 1338:395, entre otros.

14 Cf. Palacio, L. (1983). *Derecho Procesal Civil*. Abeledo Perrot, 326, quien cita una jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones que resolvió: “[...] por ser equiparable a la resolución prevista en el artículo 62 de la LCA, es por ejemplo apelable la que declara la quiebra a raíz de la presentación extemporánea del acuerdo”. *CNCom.*, sala B, *La Ley*, T. 152, 583.

15 *CNCom.*, sala D, 2004/12/23. “Romano Miguel s/ quiebra”. *La Ley*, 2005-D, 314; *CCCom.* Rosario, sala II, “Laromet S.A. s/ concurso preventivo”. *La Ley - Litoral - 1999*, 1012; *SC Mendoza*, sala I, 2002/08/20. “Basile y Pino SH y otros”. *La Ley Gran Cuyo*, 2002, p. 889, especialmente este último, donde el Tribunal sostuvo que “si una resolución no hace a la vida del proceso sino a su extinción, la regla de la inapelabilidad no tiene en principio justificativo”.

16 “En este apartado se considera que la inapelabilidad debe ceder por tratarse de una resolución arbitraria, y, por lo tanto, inconstitucional. Es decir, aquella decisión judicial que no deriva razonadamente del Derecho vigente aplicable según las circunstancias comprobadas del caso, de acuerdo con una tradicional fórmula de la jurisprudencia de la Corte Suprema” (*Fallos*: 261:209, 274:60, 291:202, entre muchos otros); y Vaiser, L. “La categorización de los acreedores en el concurso preventivo. Un camino lleno de espinas”. *La Ley*. 2000-F, 1009, sos-

se trata de dar una interpretación definitiva sobre los alcances de los textos legales, máxime cuando el mantenimiento de lo resuelto puede provocar un gravamen irreparable¹⁷.

Las notificaciones automáticas son la regla genérica de las notificaciones concursales, y ello responde al principio de celeridad, pues si todos los actos del proceso debieran notificarse por cédula a cada una de las partes¹⁸ del proceso, el avance del concurso sería imposible cuando en el mismo hubiera decenas o cientos de acreedores.

Ante lo taxativo de la ley y los principios en los cuales se asienta esta disposición, la doctrina se ha preguntado si el Tribunal puede ordenar la notificación por cédula cuando la ley no lo dispone.

Una parte sostiene que ello debe admitirse sólo en forma excepcional y debidamente justificada, “pues el procedimiento está establecido en la ley y por la importancia del tema y las graves consecuencias que deriva en la práctica, debe cuidarse sobremanera de no anarquizar el concurso”¹⁹.

Otra parte de la doctrina ha sostenido que la ley procesal impone la forma de notificación de las resoluciones dictadas en el proceso concursal –principal o incidental– sin posibilidad de aplicación de los códigos locales (por disposición del artículo 278, LCQ), por no tratarse de una situación no reglada, admitiéndose que el juez concursal, director del proceso, modifique excepcionalmente esa forma de anoticiamiento, en auto consentido por las partes, siendo insuficiente la expresión “notifíquese”, requiriéndose expresamente que se ordene la notificación personal o por cédula, atento a que se varía la forma estipulada por la ley.

tuvo que “la sentencia que establece el artículo 42, LCQ (de categorización de acreedores), debe considerarse apelable cuando aparece violentada la tésis del instituto en cuyo caso se estará en presencia de una decisión arbitraria”.

17 Sobre el particular, la Suprema Corte de Mendoza sostuvo que el criterio de restricción apelativa, por su finalidad, debe encontrar excepción en los casos en que la decisión que se pretende revisar decida definitivamente sobre aspectos graves en la esfera patrimonial de los protagonistas e irrevisable además por ninguna otra vía. SC Mendoza, sala I, 2002/08/20. “Basile y Pino SH y otros”. *La Ley Gran Cuyo*. 2002, p. 889. En similar sentido, la Cámara de Apelaciones, sala 2°, de Córdoba, ha resuelto que la regla genérica de inapelabilidad del artículo 273, inc. 3°, LCQ, debe ceder cuando el decisorio que se impugna es susceptible de afectar la inviolabilidad de la defensa en juicio o de derechos concedidos por normas sustantivas que no pueden ser reparados por pronunciamientos ulteriores del proceso, esto es que en definitiva sean susceptibles de ocasionar un agravio irreparable para el justiciable. CCCom. 2°, Cba. 2004/12/03-12, “Jabase s/ recurso directo s/ concurso”.

18 En sentido estricto, en un proceso concursal no hay “partes procesales”, sino legitimados o interesados. La ley refiere a la citación para que comparezcan a tomar intervención en el proceso (art. 273), para que el deudor comparezca ante el pedido de quiebra por acreedor (art. 84) y la notificación del traslado ante la admisión de un incidente (art. 281).

19 Prono, R. Ob. cit., 757.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre este particular, ha sostenido que “cuando no se trata del desarrollo del proceso principal sometido al rigor de los estudios que marca la ley concursal, sino la sentencia final dictada en una tercera instancia sobre la regulación de honorarios de uno de los profesionales [...], en tal situación corresponde privilegiar la forma de notificación propia de las sentencias definitivas, abriendo de esta manera una posibilidad de eludir la rígida disposición de las notificaciones automáticas que estipula la ley concursal”²⁰.

La caducidad o perención de instancia es otra de las cuestiones que estudiamos dentro del principio de celeridad y economía concursal. El motivo de este carácter descansa en la existencia del interés público –tanto generales como sociales– que impide que se produzca este modo de extinción del proceso. Es decir, la necesidad de que su finalización se dé mediante el recorrido natural por las etapas legales previstas. Asimismo, su carácter inquisitivo hace reposar el avance del concurso preventivo (y de las quiebras) no sola ni exclusivamente en el interés del deudor, sino que es el Juez concursal quien tiene la responsabilidad de llevarlo hasta su fin, abriendo las diferentes etapas mediante el dictado de las sentencias, el ordenamiento de trámites a la sindicatura o la publicación de edictos por secretaría.

La sanción que implica la caducidad de un proceso no se aplica de ese modo en este tipo de procesos. La ley concursal determina otras formas de sancionar la inacción del concursado, cuando su participación es esencial en el proceso, como la interpretación legal del desistimiento del concurso cuando no efectúa la publicación de edictos que declara la apertura concursal (art. 30, LCQ) o la declaración de quiebra (o la apertura del proceso de *crashdown*, en caso de ser aplicable), cuando no presenta el acuerdo preventivo en término (art. 43, párrafo 11, LCQ).

Según interpreta Prono²¹, esta caducidad puede ser declarada de oficio, explicando que para que ésta opere es necesario el transcurso del plazo legal previsto (art. 277, LCQ), sin que se haya realizado actividad procesal eficaz²² y la declaración jurisdiccional, ya que el carácter de tal resolución es así constitutivo.

20 CSJN, junio 28-994, “Banco Mesopotámico Cooperativo Ltda. s/ quiebra”. *La Ley*-1995-E, 36 y sigs.

21 Prono, R. (2007). *Algunos principios procesales concursales*. Asociación Argentina de Derecho Procesal, 20.

22 Debemos considerar “actividad eficaz” a aquella que está destinada a impulsar el proceso, haciéndolo transitar desde un estadio a otro. No valiendo, por tanto, la mera agregación de oficios o notificaciones.

2.1.2. *Los principios para la moralización de los procesos*

Los últimos principios procesales del Derecho Concursal que se van a analizar son aquellos que contribuyen a la moralización del proceso falencial, donde se encuentra la buena fe, el abuso del derecho y el fraude procesal en los juicios concursales²³. Por lo que la primera cuestión a reflexionar es acerca del momento procesal oportuno para la interposición o denuncia de estas cuestiones.

La ley de concursos y quiebras, expresamente, se refiere al abuso o fraude a la ley cuando regula la propuesta de acuerdo preventivo. El artículo 52, inciso 4º, LCQ, norma: “[...] en ningún caso (el juez) homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”, reposando en la figura del magistrado las facultades para el control y análisis de la situación llevada a los estrados *ipso iure* de las circunstancias que determinaron la propuesta concordataria, ello sin importar siquiera las mayorías obtenidas en la votación.

Es clara la intención de la norma de que el magistrado cuente con todas las herramientas e información que le brinda un proceso concursal en las instancias finales, para poder –luego de un análisis causídico y global– determinar si hubo o no fraude o abuso en la propuesta efectuada a sus acreedores.

Sin perjuicio de lo taxativo de la ley, ello no es óbice para que el acreedor (o el síndico) que advierta fraude en el proceso o abuso de la ley pueda denunciarlo en la primera oportunidad de haberlo conocido²⁴. Este entendimiento es armónico con las disposiciones procesales locales²⁵, y la doctrina

23 La determinación de los principios de buena fe, abuso del derecho y fraude procesal dentro del título de “moralidad” sigue a una clasificación efectuada por Prono, R. (2007). *Algunos principios procesales concursales*. Asociación Argentina de Derecho Procesal, e implica una forma de organización y estructuración de los mencionados, pues la necesaria moralización de los procesos concursales fue un tema ampliamente debatido en los diversos congresos de Derecho Concursal. Richard, E. (2016). “*¿Moralización en o de los concursos?*” UNR – UCA. IV Congreso Argentino de Derecho Concursal – IV Congreso Iberoamericano sobre insolvencia, Rosario, al abrir el debate en la comisión de “moralización en los procesos concursales”, manifestó: “Centro los comentarios en los concursos de sociedades comerciales, pues el abuso del proceso es una forma más del abuso del Derecho, que pasa particularmente por no usar de los medios preventivos del Derecho societario, o de usar tardíamente la vía concursal, desnaturalizándola, forzando formas preventivas con propuestas írritas que no hubieran sido necesarias”.

24 En honor al principio de celeridad y economía procesal, de donde surge y se explicaba la naturaleza meramente inquisitiva del proceso y, por lo tanto, el acotamiento de la participación de los acreedores en el mismo, evitando de este modo convertirlo en un procedimiento controversial ordinario, el interesado que denuncie abuso o fraude en un proceso concursal deberá realizarlo en la etapa procesal oportuna (arts. 37, 38 y 50, LCQ) o por vía incidental (art. 280, LCQ).

25 Art. 169, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; art. 124, Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe.

ha interpretado que “los vicios que son causa de las nulidades procesales deben regirse exclusivamente por las normas referentes a la impugnación de los actos procesales afectados de nulidad, no siendo aplicables las disposiciones del Derecho material sino las normas procesales que regulan los modos de invalidación de los actos defectuosos”²⁶.

El abuso del derecho no es una cuestión privativa del Derecho Concursal, sino más propia del estudio del Derecho Procesal, y se trata de un proceder del interesado en los márgenes del Derecho que pretende aplicar, convirtiéndolo en un ilícito²⁷. Esto es, “una desviación del Derecho de su destino social y función extrínseca”²⁸.

Previo a adentrarnos en el análisis de este instituto como principio rector de los procesos concursales, resulta importante destacar que la consideración como tal de una conducta debe ser analizada en el caso concreto teniendo en especial observación las circunstancias del caso, y no de manera genérica. La valoración efectuada por el juez –incluso de oficio–²⁹ debe ceñirse al caso, no siendo posible suplir esto con argumentos doctrinarios y antecedentes de situaciones similares, pues la restricción de los derechos debe ser siempre de interpretación restrictiva.

En lo que a los concursos y quiebras compete, el abuso del derecho produce una lamentable desviación de los fines que persigue la ley, violentando los objetivos del proceso, pues la afectación de las causas concursales por manejos abusivos es un hecho cotidiano en la práctica jurídica³⁰. Para un mejor ordenamiento, y siguiendo en esta esquematización a Herrán y Knavs³¹, se pueden advertir cuatro momentos o etapas en las que es posible detectar abusos del Derecho Concursal, a saber: cuando un acreedor petitiona la quiebra de su deudor; cuando el deudor petitiona la propia quiebra; cuando el deudor solicita su concursamiento, y en el pedido de conversión de la quiebra en concurso preventivo³².

26 Palacio, L. (1984). *Derecho Procesal*. Abeledo Perrot, 30.

27 El artículo 10 del Código Civil y Comercial expresamente regla el abuso del Derecho, disponiendo: “[...] la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

28 Jossierand, L. (1959). *Derecho Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América, 75.

29 CSJ Santa Fe, 26/06/1991 *in re* “Soler, E. c/ López de Santori, M”. LL 1991-D-349.

30 Así lo interpretan Herrán y Knavs (2006) y, en similar sentido, Prono (sin fecha), quien sostuvo que los casos posibles de abusos y fraudes son incontables.

31 Herrán, M. y Knavs, V. (2006). “Abuso del derecho en los pedidos de concurso preventivo y quiebra”. *El Dial*, DC99E.

32 El enunciado no es taxativo por cuanto en cualquier etapa del proceso se puede advertir abusos. Prono, R. (2007). Ob. cit., enuncia posibles abusos del Derecho en la contabilización de las mayorías para la aprobación del acuerdo preventivo, en las cesiones de créditos y la exclusión de acreedores.

Cuando el abuso del derecho se produce al momento de solicitar la quiebra del deudor por parte del acreedor, suele ocurrir que éste utiliza la herramienta de la quiebra para presionar al deudor a pagar un saldo adeudado, evitando recurrir a procedimientos largos (que se producirían si se ejecutaran por la vía ordinaria). Es decir, no se dan en ningún momento los elementos fácticos para que proceda la declaratoria de quiebra solicitada, básicamente porque el deudor no se encuentra en una “situación de cesación de pagos”, requisito indispensable para que opere el instituto invocado.

No obstante ello, y a sabiendas de que no se configuran los requisitos, el acreedor ansioso por hacerse de su crédito invoca esta vía, mucho más gravosa que los procesos ordinarios o ejecutivo, estimando con buen tino que el demandado evitará su declaración falencial y concurrirá inmediatamente a satisfacer el crédito solicitado, demostrando así solvencia.

El artículo 87, LCQ, dispone la posibilidad de desistir del pedido de quiebra por parte del acreedor que la haya solicitado, lo que alguna parte de la doctrina ha entendido que es la llave para que este tipo de abusos del derecho que aquí se expone se puedan llevar a cabo³³.

No obstante lo detallado, también se puede dar el abuso del derecho en el pedido de quiebra por el propio deudor cuando tiene por finalidad evadir, eludir o retrasar remates inminentes. En este proceder resultan dañados los acreedores que ven dilatada su esperanza de cobro, los tribunales en los cuales deben dar inicio y tramitación a procesos que no persiguen los fines dispuestos por la ley, y también, “al mismo crédito, pues sin la creencia del público en que las obligaciones se cobran y se pagan, se daña el bien común”³⁴.

En sentido contrario a los objetivos dispuestos por el instituto falencial, el fin que persigue el deudor no es la liquidación del activo sino solamente la suspensión de los remates ya ordenados por otros tribunales (art. 132, segundo párrafo, LCQ), para luego de logrado esto convertir el proceso en un concurso preventivo.

En este punto nos encontramos con otra forma de abuso del derecho. El artículo 93, LCQ, dispone que el deudor puede solicitar convertir la quiebra en un concurso preventivo y, en este caso, “el juez deja sin efecto la sentencia de quiebra [...]”. Y aunque pareciera que con ello vuelven a renacer las obligaciones anteriores (en el caso que analizamos: los remates), el artículo 21,

33 Cf. Barbero y Cárdenas, en Rouillón, A. Ob. cit., 105, quienes sostienen que la ausencia de instrucción preconcursal es un incentivo a estos modos de proceder abusivos, pues por la carencia en la mayor parte de los casos se dictará pronunciamiento (rechazando o declarando la quiebra) sin que se sepa a ciencia cierta si el deudor se encuentra en esta insolvencia que se lo acusa.

34 Rouillón, A. (2007). *Código de Comercio Comentado*. La Ley, 105.

LCQ, dispone que con la apertura del concurso opera el fuero de atracción y, por lo tanto, “la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a su presentación, y su radicación en el juzgado del concurso”; elongando, de este modo, la satisfacción de los créditos de sus acreedores de manera abusiva y contrariando los fines de las disposiciones legales³⁵.

Para el caso en que el concurso preventivo (convertido luego de haber solicitado la quiebra) fracasase, renace nuevamente la quiebra. Casos jurisprudenciales demuestran la existencia de pedidos de concursos preventivos que luego resultan ser desistidos (por la falta de publicación –art. 30, LCQ–, por ejemplo); a los pocos meses solicitan la propia quiebra y al mes peticiona la conversión de ésta en un concurso³⁶, demostrando un abuso absoluto del proceso concursal.

También se han advertido abusos en los pedidos de concurso preventivo por el mismo deudor en un emblemático caso en el que la pretensa concursada –con numerosos procesos ejecutivos en trámite y algunas causas con orden de remate– solicitó la apertura de su proceso universal invocando una cesación de pagos de cuatro años antes de la presentación³⁷. Este tipo de maniobras tendientes al solo fin de evitar la liquidación de sus bienes por deudas existentes, pero que de ningún modo configuran una “situación de cesación de pagos”, violenta la moral y las buenas costumbres del Derecho Concursal.

Resultando, entonces, que desvirtuar los fines de los institutos concursales convierte la práctica en abusiva del derecho y, por lo tanto, en ilícita, debiendo ser descartada por los jueces, al contrariar los principios procesales del Derecho Concursal.

3. Principios de la justicia restaurativa

Hasta aquí se han analizado los diferentes principios procesales que guían al Derecho Concursal. Para lograr un análisis completo de éstos a la luz de la filosofía restaurativa, se propone adentrarnos en el estudio de los principios que rigen la justicia restaurativa.

35 Debe destacarse que, si el remate que se llevara a cabo resulta de un crédito con privilegio real, éste no se suspende indeterminadamente, sino sólo hasta la verificación del crédito que se pretende cobrar.

36 Cámara Civil y Comercial, sala I, Rosario, agosto 1999, *in re* “Presenza, Hilda s/ quiebra”, citada por Herrán, M. y Knave, V. (2006). Ob. cit.

37 Cámara Civil y Comercial, sala II, La Matanza. 22/03/2005, *in re* “Dinardo, Liliana s/ concurso preventivo pequeño”.

Ésta nace como un intento de responder a algunas necesidades y limitaciones, que a partir de la década de los setenta se comenzaron a plantear en diversos programas e iniciativas en miles de comunidades y en muchos países alrededor del mundo, siendo Nueva Zelanda quien, en 1989, hizo de la justicia restaurativa el centro de todo su sistema nacional de justicia juvenil³⁸, por lo que su aplicación práctica data de hace más de treinta años.

Las prácticas del sistema restaurativo deben ser construidas por medio de políticas públicas coordinadas, con la participación del poder público y de la sociedad civil. Tony Marshall había definido a la justicia restaurativa como “toda acción orientada principalmente a hacer justicia a través de la restauración o reparación del daño causado por el delito”³⁹, enunciado del cual se desprende un nuevo elemento, el de la justicia, que viene a ser la génesis de todo este nuevo paradigma de impartición de justicia, ya que es la idea del arribo a una justicia verdadera lo que nos impulsa a investigar, reinventar y redescubrir todas y cada una de las figuras jurídicas que utilizamos todos los días⁴⁰.

Lo justo de cada uno resulta relevante cuando lo que se intenta repartir son los créditos de una deuda, cuestión que no se logra si la suma tiende a cero. Esto es, si cada una de las partes sabe que el otro pierde si ellos ganan, si el deudor asume que los costos del concurso los afronta el acreedor a su costa, hará todo lo posible para que así sea⁴¹, y a la inversa, si el acreedor sabe que el deudor tiene que perder para que él pueda hacerse de sus créditos, utilizará todos los artilugios legales para que ello ocurra⁴².

38 Cf. Zehr, H. (2010). *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. Good Book., 6.

39 Serrano Morán, J. y Rivas Sandoval, F. (2016). “La justicia restaurativa como ideología de administración de justicia en la constitución federal”. *Revista de la Realidad Mexicana* (mayo), 50.

40 Cf. Zehr, H. Ob. cit., 6.

41 La utilización de ingenierías financieras y cesiones de deudas “sobre la hora” para arribar a mayorías rebuscadas a los fines de que se apruebe el acuerdo preventivo propuesto ha abierto camino a una innumerable cantidad de doctrina que se ha abocado a analizar cada una de estas variables, y la viabilidad legal de las mismas; por ejemplo, Herrán, M. y Knave, V. Ob. cit.; Richard, E. (2011). “En torno a la adhesión a propuestas concursales”. *DCCyE (41)*, 41; Botteri, J. (2016). “Notas sobre las quitas concursales, acuerdos abusivos y la integridad entre el CCC y la LCQ”. *RDCO (573)*, 573, entre muchos otros.

42 En similar sentido al anterior comentario, la aparición de las figuras del “acreedor hostil” o “acreedor aparente” como aquellos que votarían en contra de la propuesta por el solo hecho de perjudicar a la concursada (que pueden estar motivados en un interés sobre la porción de mercado que ocuparía en caso de quiebra o por ser competidor en el rubro, solo por dar unos ejemplos), o los que han obtenido una deuda (cedida por otro acreedor) para el solo fin de oponerse en la votación, sin un interés real en el concurso, ha ocasionado una interpretación doctrinaria y jurisprudencial sobre la necesidad de que queden excluidos de la posibilidad de votar el acuerdo preventivo.

En esta hermenéutica, la justicia restaurativa plantea la necesidad de generar espacios de encuentros entre todos los actores interesados en el tema que los ocupa, abrir una instancia de negociación, de conocimiento mutuo, de reconocimiento de los aciertos y errores en los roles que cada uno desarrolló para que –en nuestro caso– la precaria situación económica/financiera del deudor sea de tal magnitud que deba recurrir a un procedimiento de reestructuración de su deuda.

En la reparación propuesta por el sistema restaurativo, “encontramos también uno de los fines tradicionales del Derecho, el fin reeducativo y rehabilitativo”^{43y44}. Siguiendo a Zehr⁴⁵, la justicia restaurativa se asienta en tres pilares fundamentales: el daño, las obligaciones y el compromiso o participación. A los fines de adaptar estas denominaciones al Derecho Concursal, vamos a sostener que los principios de la justicia restaurativa son: el conflicto generado por un hecho de una de las partes; las obligaciones que surgen de dicho conflicto, y el compromiso o participación de todos los afectados por ese hecho.

3.1. El conflicto

Todas las cosas están entrelazadas por una red de relaciones⁴⁶. El hecho producido por el desfalco económico de una empresa trae consigo un conjunto de consecuencias que no son observadas por la ley concursal pero cuyas repercusiones reales –en determinadas circunstancias– ocasionan, a su vez, nuevos concursos preventivos⁴⁷. La justicia restaurativa centra su mirada en estas cuestiones, que exceden el hecho en sí mismo para observar

43 Muñoz Ramírez, E. (2008). “Apolo y Dionisio o la controversia entre metodología dura y metodología blanca de la investigación social”. *Revista de Derecho de la Universidad Central*. Ed. Chile, 7.

44 Explicando la cuestión, se ha sostenido que la mera existencia de una posibilidad de reparación implica un estímulo para denunciar violaciones al Derecho, y al ser asumido el conflicto por las partes, constituyen para ella una instancia también de aprendizaje. Cf. Marega, A. (2020). “Breve introducción a la justicia restaurativa aplicada al sobreendeudamiento de los consumidores”. *El Derecho* (289).

45 Zehr, H. Ob. cit., 28.

46 Cf. Rodríguez Zamora, M. (2016). “La justicia restaurativa: fundamento sociológico, psicológico y pedagógico para su operatividad”. *Tla-Melana*, 9 (39), 172.

47 Botteri, J. Ob. cit., sostuvo que “pretender en la economía moderna la mera conservación de la empresa sobre la base exclusiva de la financiación de los acreedores [...] resulta incompatible con el tipo de economía de red que se avecina y de la que pueden ya advertirse cambios significativos en la velocidad de las transacciones y en la información de cada sujeto que opera”.

el panorama completo y buscar, de esta manera, una solución que ponga fin al conflicto suscitado.

Abordar la problemática, según entiende esta filosofía, implica comprender las causas que llevaron a la alteración del curso natural de los procesos sociales y que confluyeron en una colisión de intereses, produciendo, de esta forma, un encuentro de fines diferentes para unos y otros. Superarlo no implica enmendar el suceso, sino plantear un escenario alternativo que pueda conducir a sus actores a una convivencia en armonía, superadora de la causa anterior, mediante una transformación de los partícipes.

En este orden de ideas, resulta relevante el abordaje que se realiza del conflicto, pues una valoración errónea de éste no produciría los resultados suficientes para que la situación llegue a un estadio superior al que se encontraba. Ello por cuanto la reparación del tejido social es la finalidad ulterior de la justicia restaurativa⁴⁸.

3.2. Las obligaciones

En la justicia restaurativa el interés se centra en asegurar la aplicación de soluciones que conlleven a responsabilizar a los sujetos que ocasionaron de manera intencional el hecho conflictivo en la sociedad. Esta responsabilidad que se persigue no necesariamente está destinada al castigo, como otrora lo entendía la justicia retributiva, sino en asumir las consecuencias que se desprenden de sus actos.

Resulta injusto y, por lo tanto, contrario a Derecho que las personas que hayan generado una crisis económica dentro de una sociedad comercial no asuman las responsabilidades que ello conlleva, presumiendo ampararse en leyes para salvaguardar sus economías personales a costa de las economías de los acreedores y terceros interesados indirectos.

Sobre esto Richard se ha manifestado durante muchos años, al interpretar que los procesos concursales no pueden jamás hacer descansar en los acreedores los costos de las pérdidas que ocasiona el *default* económico de la sociedad comercial. “El socio no puede ser liberado del riesgo, ni ser investido de derecho a apropiarse de todo el beneficio, interés común derivado del riesgo y de la vocación a soportar las pérdidas y a participar en las utilidades, fundamento de la igual calidad de derechos, forma parte de la causa fin de la sociedad”⁴⁹. En este sentido, sostiene que a través del proceso concursal se ha generado la costumbre *contra legem* de que las pérdidas las

48 Cf. Serrano Morán, J. y Rivas Sandoval, F. (2016). Ob. cit., 50.

49 Richard, E. (2008). “El concurso de sociedades”. *Deconomi* (4), 105.

soportan los acreedores, particularmente los proveedores y los trabajadores, pues los financieros han tenido a bien cubrirse con garantías de terceros.

Se trata de la forma como las personas se relacionan entre sí, busca promover el bienestar de todos y, aunque no se enfoca en el castigo, anima a las personas a aceptar sus acciones y asumir responsabilidades por ellas, para hacer enmiendas, aprender y crecer⁵⁰. En los procesos concursales, sin necesidad de hablar de infractor⁵¹, corresponde la necesidad de asumir las consecuencias que la cesación de pagos produjo en la vida social y económica de la comunidad donde se desarrolla, la cual será más amplia cuanto más grande o más importante sea el pasivo y la cantidad de acreedores que posea.

3.3. El compromiso o la participación

El principio de interés público que impregna al Derecho Concursal no debe alejarlo de la comunidad sino acercarlo a ella. La mayor protección que le brinda el Estado a este tipo de procesos debe estar dirigida a acercar a las partes que tengan un interés en la cuestión para encontrar de manera colaborativa una solución al problema que se plantea.

En el campo de la justicia restaurativa se ha desatado una polémica en torno al concepto de comunidad y a la estrategia para lograr una verdadera participación de ésta en estos procesos⁵². En lo que al proceso concursal interesa, la comunidad está conformada por el deudor, los trabajadores y los acreedores, pero también por las personas que no tienen acreencias directas en el concurso pero su incumplimiento en la satisfacción de sus deudas generó un problema económico también en ellos (como se explicaba anteriormente, por el corte en la cadena de pagos), y en el mismo sentido, el Estado en su mínima expresión organizativa, esto es el Estado municipal, pues el aporte que efectúan las empresas en las ciudades resulta ser trascendente tanto en la empleabilidad que genera, en el aporte anímico de la sociedad al ver funcionando sus industrias y también en las proyecciones económico-sociales-políticas que se efectúan en torno a un parque industrial en funcionamiento en contraposición con uno *defaulteado*⁵³.

50 Cf. Pérez Baxin, O. (2014). *La justicia restaurativa: aproximaciones teóricas*. Porrúa, 129.

51 En principio, la cesación de pagos no se corresponde a un ilícito, sin perjuicio de las responsabilidades que le podrían caber a los administradores de las sociedades concursadas por una administración fraudulenta, contraria a un buen hombre de negocios (arts. 59, 99 y concordantes, LGS).

52 Cf. Zehr, H. Ob. cit., 34.

53 Cf. Marega, A. (2020). “¿Un nuevo paradigma en la justicia concursal?” *El Derecho* (289), 3.

La justicia restaurativa se basa en la convicción de que el conflicto tiene tres caras, y una de ellas es la sociedad, que debe responsabilizarse en el proceso de justicia, el cual no sólo pertenece a las partes o al Estado como ente regulador, sino que también pertenece a la comunidad toda, la que debe asumir responsabilidades en relación con los factores económicos, sociales y morales que contribuyen al conflicto⁵⁴.

4. La relación entre principios procesales concursales y restaurativos

La justicia restaurativa es un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa [*rectius* hecho] particular e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible⁵⁵. Esta filosofía aporta una manera concreta de pensar acerca de la justicia dentro del marco de la teoría y práctica de la transformación de conflictos, pues la mayoría de ellos involucra o gira en torno a un sentido de injusticia.

En el análisis efectuado se han identificado principalmente dos principios procesales concursales, de los cuales se desprenden otros tantos, uniéndose en la idea de avance ininterrumpido del proceso hasta la meta estipulada por la ley, distinguiendo la moralización de los procesos y la economía y celeridad procesal.

A la luz de la filosofía restaurativa, estos principios encuentran una armonización con aquellos, permitiendo unificar criterios de interpretación y proyectar una posible conjunción. Sin perjuicio de que el proceso concursal luce acartonado y rígido⁵⁶, la reunión de todos los interesados (incluyendo en éstos a acreedores, deudor, trabajadores e incluso representantes de la comunidad) agiliza y facilita el proceso, pues la conformación de comités o círculos de reunión permite tratar las cuestiones problemáticas, arribando de a poco a una solución que satisfaga a todos o a la gran mayoría⁵⁷.

54 Cf. González Ramírez, I. (2012). “¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?” *Revista de Justicia Restaurativa* (2), 17.

55 Cf. Zehr, H. Ob. cit., 45.

56 Cf. Rojas, J. y Calvo Soler, R. (2020). *Hacia un Derecho Concursal eficaz*. Rubinzal Culzoni (D 3003).

57 Sobre el particular, hemos propuesto una reinterpretación para el derogado instituto de las juntas de acreedores, partiendo de las críticas que ha recibido en el pasado y proyectándola a las necesidades que surgen de la observación de los procesos actuales, bajo una mirada restaurativa. Ver, al respecto, Marega, A. “Viejas soluciones para nuevos problemas. El glorioso regreso de la junta de acreedores”. *Derecho Societario y Concursal*. Errepar (julio).

Esto responde enteramente a la filosofía restaurativa, que plantea la necesidad de que todos los interesados converjan en un único proceso donde se analicen y debatan los créditos y la calidad de cada uno de los acreedores, estableciendo instancias donde funcionarios judiciales (síndicos concursales y comités de control) deban evaluar las causas y los motivos que llevaron al concursado a su estado de insolvencia, es decir, exponer al deudor en su forma de hacer negocios, de tomar créditos y administrar la empresa. Asimismo, establece una instancia de negociación con todos o una parte importante de los acreedores para lograr obtener las mayorías necesarias para alcanzar un acuerdo preventivo que ponga fin (parcialmente) al proceso, cuestiones que efectivamente son contempladas por la Ley N° 24.522.

La búsqueda del reconocimiento de las malas decisiones y/o del contexto englobante que conllevó a la crisis empresarial y la proyección de una o varias formas de salir del *default* mediante un intercambio de diálogo sincero con los acreedores, y guiado por un facilitador (lo que la doctrina pregona como el plan de viabilidad o de empresa), permite el arribo a soluciones del conflicto de manera efectiva y rápida, garantizando el principio de celeridad y economía que aquí se ha desarrollado.

En esta hermenéutica, la apertura del proceso hacia todos los interesados⁵⁸, lo que implicaría un cambio en la forma de pensar los concursos preventivos ya no cerrados y centrados en los estrados judiciales donde un juez impoluto dirige el mismo con la mirada puesta en el procedimiento, donde los terceros ajenos a la sindicatura o al deudor no pueden participar, garantiza de manera palmaria la buena fe y disminuye notablemente la posibilidad de un abuso en el Derecho, contribuyendo a la moralización de los procesos.

Esto se debe a que, en la formulación actual de la ley concursal, el juez debe controlar el proceso, evitando que se produzca un abuso en el Derecho y presumiendo la buena fe del deudor. Con la participación de todos los interesados, el control del proceso no lo efectúa una única persona (que,

58 “Los acreedores tendrían un interés legítimo en reclamar su crédito, en adherirse, negociar o consensuar una propuesta de pago, en conocer cómo llegó la concursada a su situación de cesación de pagos, pero también en conocer el avance actual de los negocios, en poder vislumbrar un plan de empresa y observar las proyecciones que esta tenga para el futuro, pues su acompañamiento a la propuesta dependerá de qué tan viable observe la explotación económica en cuestión. Estas intervenciones están previstas en la ley concursal y le otorgan una participación directa al acreedor, sin ningún intermediario (art. 32 –verificación de créditos–, art. 43 –acuerdo preventivo–, art. 45 –mayorías para el acuerdo–, art. 48 –salvataje–, art. 48 bis –salvataje cooperativo–, art. 50 –impugnación al acuerdo–, art. 60 –nulidad del acuerdo–, art. 63 –incumplimiento del acuerdo–, entre otros)”; ver Marega, A. (2021). “El comité de control y la participación de los terceros en los concursos preventivos”. *El Derecho*, 291, 1-10 y las citas que allí refieren.

además, debe guiar otros procedimientos y tomar decisiones en el desarrollo normal de la actividad de un juez de primera instancia), sino que todos los intervinientes observan, siguen y controlan el desarrollo de éste, acotando hasta el extremo las posibilidades de violación de estos principios, como se ha desarrollado en el punto 2.1.2. de este trabajo⁵⁹.

5. Conclusiones

Se han descrito los principios procesales concursales que, como faros de interpretación del Derecho, tienen un punto de contacto muy fuerte con todos los principios procesales generales, destacándose –en el caso concursal– la falta de conflicto entre dos partes (no es un proceso contradictorio), el interés estatal de impulso procesal por parte del mismo órgano judicial y la fuerte apuesta de la doctrina en forzar una interpretación moralizadora de los procesos para evitar los abusos que se efectúan del instituto concursal⁶⁰.

Seguidamente, enfocándonos en la filosofía restaurativa, se han desmenuzado los principios generales de ella para luego contrapesar éstos con aquellos, marcando los puntos de contacto y las aristas conflictivas que se plantean.

La necesidad de eliminar las asperezas está empujada por el imperioso deseo de comenzar a interpretar los procesos concursales como herramientas para superar las crisis y los conflictos tanto económicos como sociales que se plantean luego (y antes) del *default* de las empresas y no sólo de encontrar una solución al caso llevado a los estrados judiciales⁶¹.

59 Antecedentes jurisprudenciales muestran que la apertura del proceso, en determinados momentos, a un diálogo frontal entre los acreedores y el deudor fortalece el vínculo entre ellos y tiende a buscar el mejor arreglo para todos los participantes. Tal resulta ser el caso del emblemático caso “Vicentin”, donde la propuesta originaria de la concursada hacia sus acreedores fue de una quita del 70 %, que luego de reiteradas y constantes reuniones promovidas y organizadas por el tribunal comercial, se ha propuesto un pago total para 800 acreedores (sobre un total de 1400), la dolarización de todos los créditos, la conformación de un fideicomiso de garantía y el pago total en 12 años. Para ver las propuestas, <https://concursopreventivovicentin.com.ar/>, último ingreso: 13/02/2022.

60 Al ser un proceso universal, pero con una participación limitada y acotada por parte de los acreedores, la doctrina y la jurisprudencia han advertido abusos por parte de los concursados en la presentación de sus propuestas concordatarias. Ver, al respecto, Herrán, M. y Knave, V. Ob. cit.; Richard, E. Ob. cit.; Vaiser, L. (2000). “La categorización de los acreedores en el concurso preventivo: un camino lleno de espinas”. *La Ley*, 1009(F), y la jurisprudencia que éstos citan.

61 Marcando la falta de herramientas por parte de la ley concursal para resolver el conflicto, el juez Lorenzini sostuvo: “El caso se edifica sobre una o varias elecciones valorativas de cierta propiedad consideradas como relevantes [...] (y son) los operadores del sistema jurí-

Así, pensar los concursos desde la filosofía restaurativa no implica una colisión con los principios que rigen el procedimiento, sino que se produce una armonía que enriquece y garantiza la satisfacción de la celeridad y economía procesal, la buena fe y, en general, contribuye a la moralización de los concursos preventivos.

La incorporación de los principios restaurativos en los procesos concursales puede darse mediante dos caminos diferentes. El primero de ellos, la reinterpretación de la Ley N° 24.522, camino que la jurisprudencia ha comenzado a transitar desde hace muchos años para diferentes institutos que aparecen como desactualizados desde su sanción en 1995, como lo fue en su momento el control de legalidad de la propuesta⁶², y más actualmente, la incorporación de las “verificaciones no presenciales”⁶³, la digitalización del legajo de copias del artículo 279, LCQ, y el pedido de presentación del plan de empresas⁶⁴.

En el desarrollo que aquí se efectuó, el *leading case* “Vicentin” presentó grandes avances en la incorporación de los procesos restaurativos en diferentes estadios del proceso concursal, como los “espacios restaurativos” dirigidos por un facilitador, las “reuniones de seguimiento”⁶⁵ que permiten el contacto directo de todos los acreedores con la concursada, y la instauración de una “mesa técnica” para analizar las posibles propuestas concordatarias presentadas⁶⁶.

dico [...] quienes deben conectar el caso con las posibles soluciones preconcebidas [...] Dada la trascendencia que pretendemos asignarle, resulta indispensable dejar en claro que no estamos en condiciones de resolver el conflicto planteado”, Juz. Civil y Comercial, 2° Nom., Reconquista *in re* “Vicentin SAIC s/ concurso preventivo”, recuperado de <https://bit.ly/3xdiAYX>.

62 La redacción originaria de la Ley N° 24.522 mandaba al juez a homologar la propuesta concordataria si contaba con las mayorías dispuestas por la ley, sin posibilidad de analizarla. Sin embargo, desde un primer momento los jueces han hallado la forma de frenar tal imperativo legal cuando éste contrariaba la moral, el orden público o se observaba un abuso del Derecho. El *leading case* para esta cuestión es “Arcángel Maggio s/ inc. de impugnación”, del 15/03/2007.

63 Micelli, I. (2020). “Las verificaciones no presenciales. Una herramienta concursal necesaria en tiempos de pandemia”. *Microjuris*, MJD15558.

64 Cam. Civ. Com. Lab., Reconquista (SF), “Legajo de copias (medida de no innovar en Vicentin SAIC s/ concurso preventivo)”, del 23/06/2021, T° 32, F° 451, A° 206, sostuvo: “[...] la concursada no tiene razón en decir que no está obligada a presentar un plan de empresas [...] está obligada a hacerlo cuando el juez se lo pide, de la misma manera que lo está cuando lo manda la ley”.

65 Resolución disponible en <https://bit.ly/3swBGcc>.

66 Estas y otras cuestiones referidas a la reinterpretación de la ley concursal fueron desarrolladas en el panel “Modernización del procedimiento y reglas concursales”, del XI Congreso Argentino de Derecho Concursal de Bahía Blanca de 2021, con especial mención en las ponencias de Garuso, H. y Garuso, G. (2021). “Recursos y remedios en la legislación concursal: principios y armonización”. Pereyra, A. (2021). “¿Se pueden incautar los bitcoin/criptomone-

La otra vía para la incorporación de los principios aquí analizados es de *lege ferenda*. La doctrina desde hace muchos años advierte la necesidad de reforma de la ley concursal⁶⁷, pues el Derecho vigente no satisface las exigencias de nuestro tiempo. Es un Derecho no ya viejo, sino envejecido; no antiguo, sino anticuado; utilizando términos más propios del lenguaje económico, es un Derecho obsoleto⁶⁸. “La necesidad de actualizar y reformar el Derecho Concursal se evidencia en el hecho de que sus presupuestos, principios y caracteres están en crisis”⁶⁹.

En esta hermenéutica, se ha analizado en el presente que los principios que rigen la justicia restaurativa se muestran armónicos con los principios procesales dispuestos por la actual Ley N° 24.522, permitiendo incorporar –sin alterar la armonía del sistema– mecanismos restaurativos que contribuyan a la moralización de los procesos y a evitar los fraudes procesales; incorporando mediante los mecanismos legales correspondientes los nuevos institutos concursales que el trabajo diario de los tribunales y la doctrina fueron evaluando y poniendo en práctica.

Bibliografía

- Alegría, H. (2004). “Breve apostilla sobre la flexibilización en la interpretación de la ley concursal”. *La Ley*, 2004-E, 723.
- Bobbio, N. (1982). *Principi generali dei diritto. Novissimo Digesto Italiano*. UTET.
- Botteri, J. (2016). “Notas sobre las quitas concursales, acuerdos abusivos y la integración entre el CCC y la LCQ”. *RDCO* (573).
- Cianciardo, J. “Principios y reglas: Una aproximación a los criterios de distinción”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (118).
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Ariel.

das?” De Cesaris, C. y Lorenzini, F. (2021). “Verificaciones no presenciales. Utilización de las TIC en los procesos concursales. Un salto cualitativo en los sistemas tradicionales de gestión judicial”. Marega, A. (2021). “Viejas soluciones para nuevos problemas. El glorioso regreso de la junta de acreedores”. Todos ellos publicados en el libro de ponencias de Graziabile, D. (2021). *Derecho Concursal. Perspectivas actuales*. Tomo IV: Modernización del proceso concursal. Ediciones DyD.

⁶⁷ Sobre el particular, ver Rouillón, A. (2020). “El primer pilar legal para enfrentar una pandemia de insolvencia empresarial”. *La Ley*, 09/06/2020; Marega, A. (2020c). “La crisis del derecho de crisis. Análisis sobre la necesidad de reforma del Derecho Concursal argentino”. *El Dial*, DC2D17; Richard, E. (2020). “¿Insuficiencia del régimen concursal actual?” *El Dial*, 2, 81-90. Monzón, H. (2020). “La crisis, los juristas y una eventual reforma concursal”. *La Ley*, 27/08/2020.

⁶⁸ Cf. Marega, A. M. (2021). Ob. cit.

⁶⁹ Prono, R. (2021). “Hacia dónde debe ir el Derecho Concursal. Prevención de las crisis e insolvencias patrimoniales”. *RDCO*, noviembre-diciembre 2021, 83.

- González Ramírez, I. (2012). “¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?”, en *Revista de Justicia Restaurativa* (2).
- Graziabile, D. (2016). *Manual de concursos*. Abeledo Perrot.
- Graziabile, D. (2021). *Derecho Concursal. Perspectivas actuales*. Tomo IV: modernización del proceso concursal. Ediciones DyD.
- Herrán, M. y Knave, V. (2006). “Abuso del derecho en los pedidos de concurso preventivo y quiebra”. *El Dial*, DC99E.
- Josserand, L. (1959). *Derecho Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Marega, A. M. (2020a). “Breve introducción a la justicia restaurativa aplicada al sobreendeudamiento de los consumidores”. *El Derecho* (289).
- Marega, A. M. (2020b). “¿Un nuevo paradigma en la justicia concursal?” *El Derecho* (289).
- Marega, A. (2020c). “La crisis del derecho de crisis. Análisis sobre la necesidad de reforma del Derecho Concursal argentino”. *El Dial*, DC2D17.
- Marega, A. M. (2021). “Viejas soluciones para nuevos problemas: El glorioso regreso de la junta de acreedores”. *Derecho Societario y Concursal*. Errepar (Julio).
- Micelli, I. (2020). “Las verificaciones no presenciales. Una herramienta concursal necesaria en tiempos de pandemia”. *Microjuris*, MJD15558.
- Monzón, H. (2020). “La crisis, los juristas y una eventual reforma concursal”. *La Ley*, 27/08/2020.
- Muñoz Ramírez, E. (2008). “Apolo y Dionisio o la controversia entre metodología dura y metodología blanca de la investigación social”. *Revista de Derecho de La Universidad Central*. Ed. Chile.
- Palacio, L. (1983). *Derecho Procesal Civil*. Abeledo Perrot.
- Palacio, L. (1984). *Derecho Procesal*. Abeledo Perrot.
- Perelman, C. (1998). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Civitas.
- Perez Baxin, O. (2014). *La justicia restaurativa: aproximaciones teóricas*. Porrúa.
- Pietro Sanchís, L. (1992). *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Prono, R. (2007). *Algunos principios procesales concursales*. Asociación Argentina de Derecho Procesal, en <https://bit.ly/3dcASmp>
- Prono, R. (2021). “Hacia dónde debe ir el Derecho Concursal. Prevención de las crisis e insolvencias patrimoniales”. *RDCO*, noviembre-diciembre 2021.
- Richard, E. (2008). “El concurso de sociedades”. *Deonomi* (4).
- Richard, E. (2011). “En torno a la adhesión a propuestas concursales”. *DCCyE* (41).
- Richard, E. (2020). “¿Insuficiencia del régimen concursal actual?” *El Dial*, 2.
- Richard, E. (2016). “¿Moralización en o de los concursos?” UNR - UCA. VI Congreso Argentino de Derecho Concursal - IV Congreso Iberoamericano sobre Insolvencia, Rosario, en <https://bit.ly/3ihUCrz>
- Rodríguez Zamora, M. G. “La justicia restaurativa: fundamento sociológico, psicológico y pedagógico para su operatividad”. *Tla-Melaua*, 9 (39).
- Rojas, J. y Calvo Soler, R. (2020). *Hacia un Derecho Concursal eficaz*. Rubinzal Culzoni (D 3003).
- Rouillón, A. (2007). *Código de comercio comentado*. La Ley.

- Rouillón, A. (2020). “El primer pilar legal para enfrentar una pandemia de insolvencia empresarial”. *La Ley*, 09/06/2020.
- Serrano Morán, J. y Rivas Sandoval, F. (2016). “La justicia restaurativa como ideología de administración de justicia en la constitución federal”. *Revista de la Realidad Mexicana* (mayo).
- Vaiser, L. (2000). “La categorización de los acreedores en el concurso preventivo: Un camino lleno de espinas”. *La Ley*, 1009(F).
- Vigo, R. (2017). *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. Tirant lo Blanch.
- Zehr, H. (2010). *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. Good Book.

DEROGACIÓN Y CONTINUIDAD: DOS PROBLEMAS DE TEORÍA JURÍDICA RESUELTOS EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1818

Felipe Westermeyer Hernández

Universidad Católica de Temuco, Temuco, Chile

Contacto: westermeyer.felipe@gmail.com

Recibido: 13 de noviembre de 2021

Aprobado: 30 de diciembre de 2021

Para citar este artículo:

Westermeyer Hernández, F. (2022). “Derogación y continuidad: dos problemas de teoría jurídica resueltos en la constitución chilena de 1818”. *Prudentia Iuris*, N. 93, pp. 205-230

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.93.2022.pp.205-230>

Resumen: Este artículo indaga acerca de la manera en que la constitución chilena de 1818 reguló los conflictos entre las normas dictadas al alero de la constitución y el ordenamiento jurídico hasta ese momento vigente, mediante el uso de las figuras de la derogación y la continuidad jurídica. Esta carta fundamental reguló ambas figuras por medio de cláusulas de continuidad del Derecho vigente: el indiano, cuya aplicación por parte de los órganos legislativos se analiza en este artículo. De manera previa, se explica el carácter transaccional de esta norma fundamental, en el marco de la relación entre Derecho y revolución que marcará el siglo XIX.

Palabras clave: Derogación, Continuidad, Derecho y revolución, Transacción constitucional, Historia constitucional chilena.

Derogation and continuity: two problems of legal theory resolved in the chilean constitution of 1818

Abstract: This paper investigates how the Chilean Constitution of 1818 dealt with conflicts between the provisions of the Constitution and the legal system in force at that time, through the use of the concepts of repeal and legal continuity. This fundamental charter regulated both categories by means of clauses of continuity of existing law: colonial law, the application of which by these legislative bodies is analysed in this article. Beforehand, it explains the transactional nature of this fundamental rule, within the framework of the relationship between Law and Revolution that will mark the 19th century.

Keywords: *Repeal, Continuity, Law and Revolution, Constitutional Transaction, Chilean Constitutional History.*

Abrogazione e continuità: due problema di teoria giuridica risolti nella costituzione cilena del 1818

Sommario: Questo articolo indaga su come la costituzione cilena del 1818 abbia regolato i conflitti tra le regole dettate al gallo della costituzione e l'ordinamento giuridico fino a quel momento vigente, utilizzando le figure dell'abrogazione e della continuità giuridica. Questa carta fondamentale ha disciplinato entrambe le figure mediante clausole di continuità del diritto vigente: quello indiano, la cui applicazione da parte degli organi legislativi è esaminata in questo articolo. Precedentemente, si spiega il carattere transazionale di questa norma fondamentale, nel quadro del rapporto tra Diritto e Rivoluzione che segnerà il XIX secolo.

Parole chiave: Abrogazione, Continuità, Diritto e rivoluzione, Transazione costituzionale, Storia costituzionale cilena.

I. Introducción*

La historia constitucional ha sido un área descuidada por las ciencias jurídicas chilenas, con el consiguiente desconocimiento de una serie de figuras que no por antiguas dejan de ser útiles y relevantes. Una de ellas es la regulación de la derogación y la continuidad, en el caso de dictarse una constitución que se superpone a un ordenamiento jurídico ya existente¹. Ambas figuras están intrínsecamente vinculadas con la función estabilizadora de las constituciones, en su dimensión política y jurídica.

Esta última es la que nos interesa para esta investigación, pues implica o la abolición del Derecho vigente, o su adaptación a los nuevos principios, mediante la dictación de nuevas normas o por el establecimiento de organismos competentes para interpretar la normativa existente de forma vinculante para el resto del ordenamiento jurídico. Asimismo, tales figuras llevan implícita la idea de una constitución vinculante para el poder político, y no pocas veces, la convivencia de proyectos políticos y jurídicos distintos, que se desprenden de la explícita transacción celebrada entre grupos políticos o del tenor literal del texto, vía interpretación. En ese marco, con notable sentido de la realidad y pragmatismo, el constituyente chileno de 1818 avizoró una serie de colisiones entre el ordenamiento jurídico vigente, el indiano, y la nueva carta que –pese a las muchas críticas de las que fue objeto– consagraba una serie de principios incompatibles con el Derecho

* El autor agradece las valiosas observaciones y recomendaciones entregadas por el profesor de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad Complutense de Madrid, Dr. José Sánchez-Arcilla Bernal, y del profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile, Cristian Román Cordero. Permítaseme una mención especial al Dr. Antonio Dougnac Rodríguez, por sus innumerables consejos y sugerencias, sin las cuales nunca habría llegado a este tema. Todos los errores son única y exclusiva responsabilidad del autor.

¹ Ambas figuras han sido abordadas en Chile desde la perspectiva histórico-jurídica, preferentemente desde la pervivencia de un sistema jurídico en otro; no desde los textos constitucionales. Un influjo importante en todos esos estudios corresponde a don Alfonso García-Gallo, entre cuyos acentos a la hora de estudiar el fenómeno histórico-jurídico estaba la delimitación del origen de las distintas instituciones jurídicas. García-Gallo partía de la base de que no existen sistemas jurídicos puros, lo que explicaría la pervivencia de las instituciones. En Chile, destacan los innumerables trabajos de Antonio Dougnac, en los que rescata la pervivencia del Derecho indiano en el Derecho patrio chileno, sobre todo en Derecho de Familia, Procesal, Minero y Eclesiástico. En materia de Derecho Público, su artículo (2001). “El sistema jurídico indiano en el constitucionalismo chileno durante la Patria Vieja (1810-1814)”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* N° 22, 225-266, sobre la recepción que hizo el primer constitucionalismo chileno del Derecho indiano durante la patria vieja constituye un hito en materia de continuidad jurídica. En historia del Estado, de la monarquía y de la judicatura, relevante es la obra del profesor Bernardino Bravo, mientras en Derecho Canónico, de gran importancia son los trabajos del profesor Carlos Salinas. En Derecho Privado y codificación, la obra de Alejandro Guzmán Brito es insoslayable.

vigente, el indiano. El objetivo de este artículo es indagar en los métodos y procedimientos que contempló la mentada constitución para resolver esas colisiones. De buenas a primeras, esta carta logró sus objetivos, pues pese a su carácter transitorio² tuvo una vigencia relativamente larga³, hubo un significativo trabajo legislativo a su alero⁴ y logró dar estabilidad a una sociedad asolada por casi una década de conflictos⁵.

II. Estado de la cuestión⁶

Resulta imposible entrar en un punto tan específico sin referirse previamente al *status cuestionis* de la constitución de 1818. Como se verá más adelante, esta carta buscó regularizar las relaciones entre el Director Supremo, Bernardo O'Higgins y la logia lautarina, por una parte, y la sociedad santiaguina, por otra, limitando el poder del Ejecutivo y sus cercanos, estableciendo un marco jurídico claro y poniendo algún coto a la discrecionalidad de la autoridad, propia de una época de guerra.

La valoración que ha hecho la historiografía jurídica, si bien ha mejorado con el tiempo, hasta hoy está al debe en un análisis propiamente jurídico de su normativa. Destacando su rol estabilizador y el apoyo que concitó en un comienzo, Ramón Briseño valoró su función pacificadora⁷, describiendo su contenido, criticando algunas normas por considerarlas peligrosas,

2 Esta carta fundamental se concibió así misma como transitoria, ya que regiría hasta la elección de un congreso.

3 Cinco años no deja de ser un plazo considerable si se la compara con la constitución de 1822, que tuvo un período de vigencia de tres meses; la de 1823, con un año de vigencia, y la de 1828, con cinco años de vigencia, pero con una interrupción ocasionada por una guerra civil entre medio.

4 Zuñiga, A. (1978). "Reseña legislativa del gobierno de O'Higgins (1817-1822)". *Revista de Derecho Público* N° 23, 141-147.

5 Si bien las constituciones no están hechas para darle estabilidad *per se* a las sociedades, muchas veces su promulgación es requisito *sine qua non* para que éstas puedan superar las crisis en las que se encuentran. La sociedad chilena de 1818 estaba en una crisis política y social, tras la ruptura con la monarquía. Existían diversos grupos sociales y todos clamaban por reglas que les permitiesen vivir con algún grado de paz, mientras tanto había, en el bando patriota, al menos dos grupos con proyectos muy distintos: el de O'Higgins y San Martín, que aspiraba a la emancipación de los otros reinos del continente, y otro sector, más cercano a los Carrera, que se limitaba a luchar por la independencia del valle central de Chile.

6 El período más estudiado de la historia de Chile es la independencia. Lo que se ha escrito sobre O'Higgins y su gobierno es mucho. Para esta investigación nos centraremos en las obras de *Historia Constitucional* e *Historia del Derecho*.

7 Briseño, R. (1849). *Memoria histórico-crítica del Derecho Público chileno desde 1840 hasta nuestros días*. Santiago. Imprenta de Belin, 93.

como el procedimiento para abrir correspondencia. Además, este autor fue el primero en poner de manifiesto el paulatino avance del gobierno hacia “una especie de dictadura”⁸.

En torno a esa última observación se estructuraría el juicio predominante sobre esta constitución en el siglo XIX. La historiografía decimonónica le achacó haber sido redactada por un grupo cercano y obsecuente a O’Higgins, que su método de aprobación no distó en nada de los empleados por Napoleón Bonaparte, que carecía de medios para hacer efectivas las garantías individuales que reconocía y la falta de una norma que regulase cuánto duraba en el cargo el Director Supremo⁹. Gran parte de las críticas fueron políticas, no jurídicas¹⁰. Atendidas las facultades de este cargo, Amunátegui afirma que en el titular del Ejecutivo había una concentración de poder mayor a la que detentaba el presidente-gobernador de la colonia¹¹, tildándola de dictadura legal¹².

El historiador liberal Barros Arana, si bien la consideraba mejor que los textos de la patria vieja, estimaba que no cumplía con los estándares deseables para una constitución, pues entregaba demasiadas facultades al Director Supremo¹³, concentrando en ese cargo el manejo militar y fiscal del país, sin estar sujeto a la obligación correlativa de rendir cuentas por su gestión¹⁴. Asimismo, Barros criticaba la configuración del Senado y que esa constitución dejaba “subsistente, con mui pequeñas modificaciones, la organización administrativa, judicial i municipal de la colonia”¹⁵. En materia

8 Ibídem, 85-99.

9 Amunátegui, M. (1914). *La dictadura de O’Higgins*. Memoria presentada a la Universidad de Chile en sesión solemne el 11 de diciembre de 1853. Santiago. Imprenta Barcelona, 252-254.

10 Curioso resulta que uno de los más furibundos detractores de la herencia indiana, el ideólogo del liberalismo, José Victorino Lastarria, no haya criticado el contenido jurídico de esta constitución, ni menos aún su herencia indiana. Algo similar ocurre con Benjamín Vicuña Mackenna, quien tampoco realiza reparos al contenido propiamente jurídico de la carta de 1818. Lastarria, J. (1853). *Historia constitucional de medio siglo*. Santiago. Imprenta El Mercurio, 251-256. Vicuña, B. (1860). *El ostracismo del Jeneral D. Bernardo O’Higgins escrito sobre documentos inéditos y noticias auténticas*. Valparaíso. Imprenta El Mercurio, 365-388.

11 Amunátegui, M. Ob. cit., 256.

12 Fundamenta su juicio, entre otros, en la conspiración de los hermanos Prieto, que intentaron derrocar al gobierno para contar con mayores libertades. Amunátegui, M. Ob. cit., 257 y 259-262.

13 De ahora en adelante solo Director.

14 Importante es señalar que esta crítica apunta, sin proponérselo explícitamente, a la continuidad existente entre el Presidente-gobernador del reino de Chile durante la época indiana y el titular del Ejecutivo en este período. Estimamos que esta crítica es injusta, pues la misma observación cabe para casi todas las constituciones posteriores.

15 Barros, D. (1890). *Historia Jeneral de Chile*. Tomo XI. Santiago. Imprenta Cervantes, 564-565.

de garantías y derechos individuales, Barros observa en el reconocimiento de la libertad y la igualdad civil y en las garantías procesales un progreso, que se desdibujaba por la enorme concentración de poder en la figura del Director¹⁶. Si bien Barros y Amunátegui repararon en la impronta indiana, su crítica fue política, no jurídica. Pese al fino sentido de observación de ambos historiadores ninguno de ellos reparó en la transición jurídica que contemplaba dicha constitución.

Tal omisión tampoco fue subsanada por la historiografía jurídica del siglo XX. Antonio Huneeus se enfocó en la preponderancia del Ejecutivo y en la fórmula de designación de los miembros del senado, criticándole la ausencia de mecanismos democráticos para elegir a los titulares del Ejecutivo y del senado¹⁷. Galdames consideró esta carta como un avance en el Derecho Público chileno, pues abarcaba casi todas las materias del Derecho Constitucional, faltando solo la forma de gobierno, la nacionalidad y la ciudadanía. Galdames destacó la pervivencia de algunas instituciones indianas, hecho que atribuyó a la influencia de Juan Egaña¹⁸. Campos rescató las disposiciones de carácter social, que estimó muy avanzadas para la época, valorando también el influjo del reglamento constitucional de 1812 y de las ideas constitucionales de Juan Egaña. Este autor añade que este texto confirmaba el sistema existente, sin profundizar en ese punto¹⁹. También estudiaron esta carta, pero sin entrar mayormente en el aspecto de la transformación jurídica, Luis Valencia²⁰ y Jaime Eyzaguirre²¹.

Como se verá más adelante, la comisión redactora de esta constitución le asignó un papel fundamental al senado en este proceso de adaptación y cambio del ordenamiento jurídico existente a las nuevas ideas y principios incorporados en el texto fundamental. Hasta el día de hoy, la existencia de ese senado es el principal argumento de quienes rechazan que el período

16 *Ibidem*, 566-567.

17 Huneeus, A. (1933). *La Constitución de 1833. Ensayo sobre nuestra historia constitucional de un siglo*. Santiago. Editorial Splendid, 20.

18 Galdames, L. (1925). *La evolución constitucional de Chile*. Santiago. Imprenta Balcells, 490-504

19 Campos, F. (1951). *Historia Constitucional de Chile*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 434-437.

20 Valencia Avaria explica las falencias de la constitución de 1818 en un acuerdo entre los vecinos de Santiago y el director supremo, a fin de no quebrar los frágiles equilibrios políticos alcanzados en el marco de la guerra contra los realistas y el virreinato del Perú. Valencia, L. (1978). "Orígenes político-sociales de las constituciones de O'Higgins". *Revista de Derecho Público* N° 23, 30.

21 Eyzaguirre se ocupó antes que nada de rebatir la tesis que interpreta el gobierno de O'Higgins como una dictadura.

1818-1822 haya sido una dictadura, porque éste, pese a su integración²², se opuso en varias ocasiones a las medidas del gobierno²³.

Entre los autores contemporáneos, destaca Sergio Carrasco por resumir las diferentes posturas historiográficas sobre esta carta, mencionando tangencialmente el carácter menor de las reformas que el texto consagró, considerándola un aporte al desarrollo del Derecho Constitucional, desestimando las críticas del liberalismo decimonónico, y resaltando los aspectos más relevantes de su contenido, sin indagar en un eventual influjo indiano²⁴.

Por último, Eric Palma analizó recientemente su articulado, comparándolo con el reglamento constitucional de 1812 y con la constitución de 1822, sin entrar en el proceso de transformación jurídica desde el Derecho indiano a un Derecho propiamente decimonónico, mencionando la relación entre constitución y derogación, entendida como aquella en que los textos constitucionales sustituidos vuelven a ser invocados después de haber sido formalmente derogados²⁵. En resumidas cuentas, la derogación y la continuidad en la constitución de 1818 han sido preteridas por los estudios jurídicos en Chile.

III. La constitución de 1818: transacción entre el constitucionalismo y el Derecho indiano

Derrotadas las tropas realistas en Chacabuco, el caos se apoderó de Santiago, siendo saqueado incluso el palacio de los presidentes-gobernadores. El temor al caos hizo que un grupo de vecinos solicitase a Francisco Ruiz-Tagle que asumiese el mando de la ciudad hasta la entrada del

22 Era integrado por cinco miembros, designados por el Director Supremo (art. 3, 2, 1).

23 Más como relato político abiertamente comprometido con uno de los bandos en pugna que como análisis jurídico, Roldán, A. *Los desacuerdos entre O'Higgins y el Senado conservador*. Anales de la Universidad de Chile. Tomo 82. Serie 1, 177-203. De la opinión contraria es Eugenio Orrego, quien destaca que, en muchas de las divergencias entre el senado y el Director supremo, el último respetó el criterio y las sugerencias del órgano colegiado, y que estas fueron muchas más de las que se habrían esperado. Orrego, E. (1924). *El espíritu constitucional de la administración O'Higgins*. Santiago de Chile. Imprenta Cervantes, 60-61. Un buen análisis desde la historiografía jurídica, Aránguiz, H. (1966). "La aplicación de la constitución de 1818", en J. Eyzaguirre, F. Silva, C. Ugarte (Ed.). *Estudios de Historia de las Instituciones Políticas y Sociales*. Santiago.

24 Carrasco, S. (2002). *Génesis y vigencia de los Textos Constitucionales Chilenos*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 43-52.

25 Palma, E. (2019). "La Constitución chilena de 1818 (a 200 años de su promulgación)". *Revista Electrónica de Historia Constitucional* N° 20, 943.

ejército libertador. A su alero, el cabildo de Santiago nombró al argentino José de San Martín Director Supremo, quien dos veces rechazó la investidura²⁶, surgiendo en reemplazo el nombre de Bernardo O'Higgins²⁷. Éste asumió el cargo de "Director Supremo interino del Estado con facultades omnímodas"²⁸, título que se correspondía con un estado de guerra. O'Higgins se propuso asegurar la independencia y no dar espacio a disidencias en el territorio controlado por los patriotas. Por ende, organizó una fiera persecución contra los patriotas simpatizantes de la familia Carrera y los adherentes a la causa realista.

Los últimos, independientemente de si fueren peninsulares o americanos, no solo fueron excluidos del juego político sino que padecieron las juntas de calificación, los destierros, la obligación de entregar a las nuevas autoridades los documentos emitidos por los tribunales de infidencia de Osorio²⁹ y la confiscación de sus derechos y bienes³⁰. Paralelamente, la necesidad de afianzar la independencia y continuar la guerra en Concepción obligó al gobierno patriota a decretar levadas e imponer exacciones³¹. Para ello, O'Higgins se apoyó en la logia lautarina³², integrada, en parte importante, por rioplatenses, cuyos miembros fueron designados en distintos cargos de responsabilidad, dando pábulo a la idea de estar ante una autoridad subyugada a otra "extraña y superior"³³, generándose un clima de recelo y desconfianza.

Esos sentimientos se volvieron insoportables con la designación del argentino Hilarión de la Quintana como Director delegado, pues O'Higgins

26 Ruiz-Tagle convocó a los vecinos a un cabildo abierto para que designasen tres electores, uno por cada provincia del reino, para que designasen a la persona que llevaría la conducción política de Chile. Esa propuesta fue desestimada de inmediato por el cabildo abierto. Amunátegui, M. Ob. cit., 134-135.

27 Muchísimo se ha escrito sobre su persona. Por razones de espacio se omitirá una referencia a su vida y obra.

28 Amunátegui, M. Ob. cit., 135.

29 Gobernador durante la primera parte del período de la reconquista (1814-1816).

30 Con el mero fin de aterrorizar a los realistas, se ahorcó sin fundamentos jurídicos ni pruebas al comerciante peninsular residente en Santiago Manuel Imas. Amunátegui, M. Ob. cit., 141-147.

31 Amunátegui, M. Ob. cit., 142.

32 Fraternidad en la que se encontraban los principales líderes del ejército libertador, entre los que destacaban San Martín, O'Higgins y Pueyrredón. Se caracterizó por su hermetismo, el sigilo y extrema lealtad que sus miembros se guardaban entre sí. Las decisiones que tomaban como grupo obligaban al gobierno. Por eso, se les endosó la designación de rioplatenses en cargos de la administración. Llegó a Chile en 1817 y en Argentina tenía a lo menos 5 años de existencia. Galdames, L. Ob. cit., 469-470.

33 *Ibidem*, 469.

debió trasladarse al sur a monitorear la guerra³⁴. El primero, con el fin de financiar el largo conflicto, impuso a las familias más adineradas de Santiago nuevas contribuciones y ordenó la detención de figuras de alta estimación como Manuel Rodríguez³⁵ y Manuel Gandarillas. La efervescencia provocada por esas decisiones obligó a O'Higgins y San Martín a liberar a los últimos y a reemplazar a Quintana por una junta compuesta por Francisco Antonio Pérez, Luis de la Cruz y José Manuel Astorga, quienes en conjunto ejercerían la dirección suprema delegada³⁶. Ellos mismos no lo aceptaron. Al final, la dirección suprema provisoria tuvo un carácter unipersonal, al recaer en Luis de la Cruz³⁷. Solo la conflagración bélica explica la tolerancia de la sociedad santiaguina, acostumbrada a gobernarse en el cabildo, a un sistema de gobierno tan ajeno a su idiosincrasia.

Pero esa paciencia se agotó con la victoria en la batalla de Maipú³⁸ y la noticia del fusilamiento de los hermanos Carrera³⁹. Doce días después de recibida esta última noticia, un cabildo abierto elevó a O'Higgins un pliego de peticiones, entre las que destacaba una constitución que pusiese fin al poder omnímodo de este último⁴⁰. Tales peticiones no encontraron acogida. O'Higgins seguiría gobernando como lo había hecho y convocaría a una comisión para redactar una constitución provisoria, que estaría vigente hasta

34 Amunátegui, M. Ob. cit., 148-150.

35 Abogado de profesión, perteneciente a una familia de empleados de la administración indiana, durante la guerra por la emancipación política devino en líder del movimiento emancipador, responsable de organizar una guerrilla popular durante el período de la reconquista, conocido por sus habilidades como espía.

36 *Ibidem*, 152.

37 *Ibidem*, 153.

38 Tal enfrentamiento entre realistas, apoyados por fuerzas militares provenientes de Chiloé y el Perú, y patriotas, se produjo *ad portas* de Santiago, e implicó un enfrentamiento entre dos ejércitos preparados y bien equipados, por lo que tal victoria implicó afirmar la emancipación de Santiago, Valparaíso y gran parte de la zona adyacente y de paso, por el avance del movimiento emancipatorio en otras regiones del continente, alejaba el fantasma de la reconquista.

39 Los Carrera, como familia, representaban a parte importante de la elite santiaguina, también conocida por la historiografía chilena como "aristocracia castellano-vasca". Su proyecto político apuntaba a una emancipación de carácter mucho más local, del valle central de Chile. Tal enfoque, unido a su carácter impetuoso y avasallador, y los recursos económicos de los que disponían, los llevó a chocar contra la logia lautarina y su ideal americanista.

40 Además de solicitar una nueva constitución, el cabildo exigió la facultad de conocer y decidir asuntos de gobierno, designar ministros de Estado, mientras no hubiese otro órgano representativo; la vigencia de la ley de imprenta de 1813, la promulgación de una ley de amnistía; la formación de una comisión de residencia y el establecimiento de una junta directorial. El cabildo en la práctica quería un cogobierno. Amunátegui, M. Ob. cit., 251; Barros, D. Ob. cit., 522 y Carrasco, S. Ob. cit., 45-46.

la reunión del congreso, ante el cual depondría su mandato⁴¹. Justificó su decisión en la necesidad de proseguir con la lucha independentista⁴², pero convocó a un grupo de destacados juristas de formación indiana⁴³, con fecha 18 de mayo de 1818, para redactar una nueva carta⁴⁴. Por ende, era esperable que la constitución estuviese impregnada por ese Derecho y que se optase por continuar con las reformas emprendidas en la época borbónica. La comisión trabajó de forma rápida e ingeniosa: la carta fue promulgada y jurada el 23 de octubre de ese año.

La celeridad no fue solo por formación académica y profesional, sino por cálculo político. La experiencia latinoamericana había demostrado que las constituciones que introducían muchas innovaciones podían romper los frágiles equilibrios políticos de los nacientes Estados⁴⁵. Ese temor llevó a O'Higgins y a la comisión a descartar a nivel constitucional reformas como la libertad de culto y el régimen federal, sugeridas por diplomáticos estadounidenses⁴⁶. Probablemente, ese mismo temor explica también por qué reformas que lesionaron intereses creados se discutieron en sede legal⁴⁷. Ese mismo temor explica el carácter transaccional de esta carta, que se manifestará en una distribución del poder estatal entre la elite santiaguina y la logia lautarina. La primera logró el reconocimiento constitucional de varias instituciones de origen indiano en las que estaba representada y que en parte ya había cooptado en el período indiano⁴⁸, dejándole a O'Higgins y a la logia lautarina la titularidad del Poder Ejecutivo –como ya se vio, dotado de un sinnúmero de facultades– y en la obligación constitucional, estableci-

41 Carrasco, S. Ob. cit., 46.

42 Barros, D. Ob. cit., 526.

43 Eran ellos Manuel de Salas, Francisco Antonio Pérez, Joaquín Gandarillas, José María Villarreal y Lorenzo José de Villalón. Aparte de ello, integró la comisión el presbítero Ignacio Cienfuegos. Para ver la trayectoria profesional y jurídica de cada uno de los convocados, véase Bravo, B. (2011). *Anales de la Judicatura Chilena*. Santiago. Poder Judicial.

44 Parte de la historiografía es de la opinión de que el Director Supremo cedió solo para acallar rumores y críticas. Amunátegui, M. Ob. cit., 153.

45 O'Higgins y la comisión tuvieron en cuenta la experiencia de los congresos de Carriaco y el Anáhuac. Valencia, L. Ob. cit., 29-30.

46 Valencia, L. Ob. cit., 29-30. Una relación de los intentos de representantes diplomáticos estadounidenses por influir en el trabajo de la comisión en Ossa, J. (2016). "El gobierno de Bernardo O'Higgins visto a través de cinco agentes estadounidenses, 1817-1823". *Revista Coherencia*. Vol. 13, Nº 25, 139-166.

47 Iniciativas como la abolición de los títulos de nobleza y los mayorazgos, junto con la prohibición de venta de los cargos públicos fueron ataques directos a un grupo reducido, pero de mucho peso social.

48 Tal fue el caso del cabildo, de la judicatura, de las mismas intendencias y de todo el aparato judicial.

da en el artículo 4, 1, 8, de “mantener una estrecha alianza con el gobierno supremo de las Provincias Unidas del Río de la Plata”.

Pero la comisión redactora introdujo innovaciones: sistematizó los derechos fundamentales⁴⁹, estableció una serie de garantías de carácter penal, consagró la idea de los deberes del hombre en sociedad, estableció principios del Estado social, reconoció la teoría de la soberanía nacional y de un régimen de gobierno representativo. La constitución de 1818 es la primera en consagrar el principio de separación de los tres Poderes del Estado. El Ejecutivo recaía en un órgano unipersonal, el Director, quien era secundado por tres ministros de Estado, y representado a nivel territorial por los tenientes-gobernadores, especie de órganos desconcentrados. El reconocimiento del principio de separación de los poderes del Estado no significó, empero, que el constituyente contemplase un sistema de generación autónomo e independiente de cada poder. El Director, titular del Ejecutivo, tenía un alto grado de injerencia en el senado y la judicatura. La innovación respecto de esta última fue antes que nada orgánica. El constituyente “nacionalizó” la judicatura, creando dos tribunales letrados colegiados que aplicarían a nivel nacional la legislación indiana: el tribunal supremo judicial y la cámara de apelaciones. Las normas sustantivas y las normas procesales indianas siguieron vigentes pero ya no había tribunales competentes fuera del territorio nacional. En cuanto al Poder Legislativo, este recayó de manera transitoria en el senado, mientras se esperaba la elección de una cámara de diputados. Aspectos tradicionales los hubo y varios, partiendo por el lenguaje jurídico empleado y el reconocimiento de una serie de instituciones, entre las que se pueden mencionar, sólo a modo de ejemplo, la apelación de los actos de gobierno, la residencia, el tribunal de cuentas, el real patronato, la confesionalidad del Estado, las oficinas, la residencia y el cabildo, entre otros.

Destacable es que regule la organización del Poder Ejecutivo en secretarías o departamentos y que mencione a los gobernadores como su representación territorial, pues de esa manera se reconocía una vez más la institucionalidad indiana, ocupada en parte por criollos. Pero más allá de todo lo anterior, hay un aspecto que no debe perderse de vista: la constitución de 1818 tenía un carácter vinculante y obligatorio. Por ende, esta carta contenía en sí el dilema de cómo armonizar dos sistemas jurídicos distintos: el Derecho indiano y el constitucional. Ambos tenían diferencias en cuanto a los principios que les servían de base, pero sobre todo, en cuanto al siste-

49 Decimos sistematiza pues el Derecho indiano contemplaba la existencia de derechos fundamentales, y a fines del siglo XVIII ya se encuentran una serie de casos de creación jurisprudencial de ellos.

ma político al que servían de sustento: el Derecho indiano estaba pensado para una monarquía, en el marco de una corona; mientras que la aludida constitución estaba concebida para un Estado independiente que rechazaba la monarquía, aunque aún no definía claramente la forma de gobierno. Lo llamativo es que la comisión redactora previó no solamente estas contradicciones a nivel teórico, sino en la cotidianeidad. Es en este último nivel donde la carta y el nuevo orden político encontrarían o no legitimidad social.

Por eso, el texto de la constitución contempló criterios de validez e interpretación del Derecho existente, a fin de darle continuidad y vigencia, pero acorde a la nueva realidad política. Empero, antes de entrar a analizar esas cláusulas, es necesario tener presente que la existencia de esas normas no significaba inamovilidad ni tampoco la renuncia a nuevas reformas. Esas normas no tenían el carácter de pétreas e inmodificables. Prueba de ello es la declaración formulada por O'Higgins el 23 de julio de 1822, en la que manifiesta su intención de adoptar los cinco códigos franceses⁵⁰.

IV. Cláusulas de validez del Derecho indiano en la constitución

Las cláusulas de validez obligaban a todos los poderes del Estado y estaban consagradas expresamente en cada capítulo referido a los poderes del Estado. En otras palabras, el Derecho indiano debía ser aplicado o reformulado por cada poder del Estado. En el caso del senado, el artículo 2, 3, 6 dispuso la abolición de “leyes incompatibles con la independencia”. Dable es cuestionarse a qué se refiere esa expresión. Claramente no se aludió a discusiones y reformas pendientes desde el período indiano, pues durante el período 1818-1822 se prosiguió con su ejecución⁵¹. Tampoco significa que

50 Guzmán Brito, A. (1979). *Para la historia de la fijación del Derecho Civil en Chile durante la República (I): la época de la fijación del Derecho Civil y sus divisiones*. Historia N° 14. Instituto de Historia. Pontificia Universidad Católica de Chile, 320.

51 El mejor ejemplo de ello es que la primera gran discusión jurídica de ese período fue la nueva regulación de cementerios, que prohibía el entierro dentro del recinto eclesiástico. Dicha normativa, si bien fue temprana para el caso chileno, en términos comparados, se trata de la tardía implementación de una reforma borbónica. Baste apreciar el caso de Montevideo, cuyo cabildo, el año 1790, solicitó al virrey de Buenos Aires la creación de un cementerio extramuros. Véase Seaone, M. (1992). *Buenos Aires vista por sus procuradores (1580-1821)*. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 161-162. Para un estudio histórico-jurídico acerca de esa reforma cementerios en Chile, véase Westermeyer, F. (2010). “Pervivencia del Derecho indiano en la regulación de cementerios en el Chile del siglo XIX”, en A. Guzmán Brito (Editor académico). *El Derecho de las Indias occidentales y su pervivencia en los derechos patrios de América*. Tomo I. Valparaíso. Ediciones Universitarias de Valparaíso, 763-780.

la independencia buscaba el quiebre con la cultura jurídica previa, como lo demuestra la profusa obra legislativa del período 1818-1822⁵². Nos atrevemos a aventurar que esa frase es una “nacionalización” del Derecho indiano, cuya finalidad era la derogación tácita de aquellas normas que remitían a órganos con asiento fuera del nuevo Estado independiente o que aludían al sistema monárquico⁵³.

Enseguida, el artículo 2, 3, 7 establece la facultad del senado para, en casos particulares, aclarar las dudas acerca de la inteligencia de “lo ya establecido o que nuevamente se estableciese”. Esa disposición admite varias interpretaciones: puede referirse únicamente a las normas promulgadas por el senado, que en el caso concreto se consideren oscuras o también a aquellas normas oscuras del Derecho indiano, que el senado modificó o ratificó o a aquellos casos en que no pareciese clara la compatibilidad del Derecho indiano con las normas o principios del sistema liberal. El artículo 4, 1, 19 hace lo mismo con el Director, ofreciendo una doble vinculación con el Derecho indiano. Por una parte, reconoce que al Director posee la “superintendencia de todos los ramos y caudales del Estado” y, por otra, establece que el ejercicio de esa superintendencia “se arreglará a las disposiciones y ordenanzas actualmente vigentes”. Esa norma consagra el principio de la juridicidad, vigente en el Derecho indiano⁵⁴, y, a la vez, reconoce que el Director se sujeta en el ejercicio del poder a la normativa indiana.

En materia administrativa, con ocasión de los Gobernadores-Intendentes, el artículo 4, 4, 3 establece que estos y sus tenientes, en su calidad de jueces ordinarios, se deberían regir “por el código respectivo”.

La decisión del constituyente es reiterada para la judicatura. Según el artículo 5, 1, 2, “miembros del Poder Judicial juzgarán todas las causas por las leyes, cédulas y pragmáticas que hasta aquí han regido”. La opción de continuidad en este caso ofrece la singularidad de restringir mucho la capacidad de los tribunales como creadores de norma. Si bien el texto reconoce la voluntad política de sentar las bases de un sistema liberal, esa tarea quedaba radicada solo en el Legislativo.

52 Zuñiga, A. Ob. cit.

53 Prueba de ello es la regulación de la judicatura, en la que se crearon nuevos tribunales superiores que prácticamente tuvieron las mismas competencias que los tribunales superiores indianos, con la diferencia de que los nuevos tribunales tenían asiento en el territorio nacional. Emblemático es el caso del Supremo Tribunal Judiciario, que venía a reemplazar al Consejo de Indias, mientras la Cámara de Apelaciones ocupó el lugar de la Real Audiencia. El primero de los tribunales mencionados existió solo en el papel; sin embargo, muestra una determinada intención.

54 Rec. Ind. 2, 1, 9.

Los tribunales no tenían espacio para dejar en el desuso las normas indianas. Tal restricción puede entenderse como la recepción de ideas propias del constitucionalismo clásico o como una crítica a la excesiva discrecionalidad de la que gozaban los tribunales en Indias y en la práctica de éstos de legislar por medio de autoacordados que, generalmente, abordaban muchas materias que iban bastante más allá del Derecho Procesal. En resumidas cuentas, es dable afirmar que esta carta cumplió con los requisitos materiales del constitucionalismo: un catálogo de derechos individuales y la consagración del principio de división de los poderes del Estado. Lo que resulta interesante es que el constituyente contempló la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos distintos, y la obligación de regirse por el Derecho vigente: compatibilizar el Derecho indiano con el constitucionalismo fue una opción política. Lo importante es ver cómo fue el proceso de implementación legislativo de esa constitución.

V. Labor legislativa

La constitución no pasa de ser una mera declaración si no es efectivamente observada por los órganos legislativos ni por la judicatura. Lo interesante en este caso es determinar si efectivamente los nuevos órganos constitucionales emplearon las facultades ofrecidas por el constituyente, no solo para legislar, sino para aprovechar esta “coexistencia de ordenamientos jurídicos”. Los márgenes de este trabajo no nos permiten hacer un análisis exhaustivo de la obra legislativa del período⁵⁵; por ende, nos remitiremos a algunas discusiones jurídicas concretas. No obstante, las normas legales promulgadas en el período en estudio se pueden reunir en tres distintos grupos, atendiendo su *ratio legis*: leyes que implementan políticas provenientes del Derecho indiano, leyes que adaptan el Derecho indiano a las nuevas circunstancias y leyes que representan una ruptura con el mundo indiano. Las dos primeras son casos de continuidad; mientras la tercera, de derogación.

A) Continuidad: entre las primeras medidas en esa dirección cuenta la creación de alcaldes de barrio, jueces típicos del Derecho indiano, inexistentes en el reino de Chile, en una clara muestra de implementación de políticas indianas⁵⁶. Un autoacordado de la Real Audiencia de Santiago de

⁵⁵ Zuñiga, A. Ob. cit.

⁵⁶ Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Creación de alcaldes de barrio”.

1778 dividió la ciudad en cuatro carteles, entregando cada uno a un oidor del máximo tribunal del reino, debiendo residir en él y encargándose de administrar justicia en sus barrios algunos días de la semana, durante las tardes. Ante la inexistencia de la Real Audiencia –disuelta por primera vez en abril de 1811 y luego tras la batalla de Chacabuco–, se optó por estatuir los alcaldes de barrio y cuartel, pues ya no se contaba con el aludido tribunal; pero sí con la división de la ciudad en cuarteles. A falta de Real Audiencia se recurrió a otro tribunal indiano. Pero a poco andar, al parecer la carga de trabajo de al menos uno de los alcaldes fue mucha, por lo que hubo que dictar otra ley, del 22 de junio de 1818, nombrando, para uno de los alcaldes, José María Guzmán, un asesor letrado⁵⁷. Los alcaldes de barrio eran competentes para conocer demandas verbales de hasta \$12 y estaban dotados de facultad de imperio, pudiendo solicitar para ello el auxilio de la tropa del cuartel del respectivo barrio⁵⁸.

También en materia procesal penal, el 10 de noviembre de 1818, se ratifica la institución de las visitas a la cárcel que semanalmente debían realizar los jueces de cada villa o ciudad⁵⁹. Las visitas tenían una larguísima rai-gambre indiana y en toda la América hispano-parlante, y constituían una de las mejores vías para materializar la concepción de cárcel del Derecho castellano y del indiano: un resguardo para el procesado; no un castigo⁶⁰. Tal obligación legal para las autoridades encargadas de la administración de justicia no es más que una concretización del Capítulo Primero del Título I de esta carta, que consagró una serie de garantías, varias de ellas de carácter penal. Esta norma constituye prueba fehaciente de que la constitución no solo es un texto vinculante, sino que también el legislador estaba obligado a legislar acorde con su contenido, especificando las obligaciones que del texto se desprendían.

En el mismo sentido, citando incluso el texto constitucional como fundamento de la norma (art. 3, 3, 9), se promulga la ley que determina la composición de la comisión de residencia, que se regiría en su actuar por las normas vigentes en ese momento y que estaría encargada de ese procedimiento respecto de todos los funcionarios públicos⁶¹.

57 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Nombramiento de un asesor para el despacho de las causas criminales”.

58 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Reglamento que deben observar los inspectores y alcaldes de barrio para la mejor administración de justicia”.

59 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Visitas de cárceles”.

60 Una buena explicación de esta institución en el Río de la Plata, extrapolable a todo el mundo indiano, en Martiré, E. (1987). “La visita de cárcel en Buenos Aires durante el virreinato”. *Revista Chilena de Historia del Derecho* N° 13, 39-59.

61 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Juicios de residencia”.

Pero no bastó con crear un nuevo órgano competente para conocer de ese procedimiento, sino que fue necesario introducir algunas modificaciones en el ordenamiento jurídico vigente. De ese modo, por medio de ley dictada el 18 de mayo de 1819, se acordó que la autoridad sucesora del empleado o autoridad sujeto a residencia debía dictar y mandar a publicar un edicto en los lugares en los que el residenciado prestó servicios, para que dentro del plazo de cuarenta días todos los agraviados pudiesen hacer ejercicio de sus derechos de queja contra la autoridad saliente, so pena de que expirado el plazo antes indicado las reclamaciones serían declaradas inadmisibles por extemporáneas. El texto de la ley fijó como fundamento de la norma el artículo 3, 3, 9 de la constitución⁶². De ese modo, no solo se daba protección a los gobernados frente a los gobernantes, sino que también se ponía coto a los extranjeros que ocupaban altas magistraturas, aplicando una norma constitucional que, a su vez, elevaba dicho rango a una institución indiana.

También en el marco de la aplicación del Derecho indiano, en la discusión legislativa de la antes mencionada ley que prohibía los entierros dentro de las Iglesias, en la sesión del 26 de agosto de 1819, se fundamentaba la necesidad de promulgar esa nueva ley en “el cumplimiento de la cédula del 15 de mayo de 1804”, que en aras de la salud pública mandaba a edificar nuevos cementerios⁶³.

Algo similar ocurrió con los intendentes, sujetos a las cláusulas de continuidad, y que en su calidad de jueces debían fallar por su “código respectivo”. Tal código era la ordenanza de intendentes, vigente en Chile desde 1786, modificado por un reglamento adicional de agosto de 1821, que rectifica la ordenanza acorde a la “constitución y los senadoconsultos”⁶⁴. Lo que hizo el nuevo reglamento fue adaptar ese cuerpo normativo materia de subrogación e integración a la nueva realidad política. Solo se contaba con los letrados y el personal que vivía en Chile, especialmente, en el territorio perteneciente a Santiago. Los principios e ideas fundamentales de esta institución permanecieron intactos.

En materia de relaciones internacionales y Derecho Tributario, a fines de abril de 1820 se promulgó una ley que ampliaba el plazo dado a los comerciantes bonaerenses para el pago de los derechos de aduana y almoja-

62 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Comisión de residencia”.

63 Letelier, V. (editor) (1902). *Sesiones de los cuerpos legislativos de la república de Chile. 1811-1843*. Recopilación según instrucciones de la Comisión de Policía de la Cámara de Diputados. Tomo III. Santiago. Imprenta Cervantes, 182 y sigs.

64 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Reglamento adicional a la ordenanza de intendentes”.

rifazgo⁶⁵ –típicos tributos indianos–, ratificando de este modo la validez del Derecho indiano en las relaciones con el Río de la Plata.

Hubo otras normas que demuestran una alta valoración por la institucionalidad indiana y prueban la intención de que esta última siga vigente, pero dadas las excepcionales circunstancias, ameritaban un régimen excepcional, como fue el caso del estanco del tabaco, varias veces suspendido⁶⁶. En materia administrativa hubo que hacer varias adaptaciones. Así, en el marco de los principios de probidad y transparencia, se dictó la prohibición para los empleados civiles de acumular dos o más sueldos, dándoseles la posibilidad de quedarse con el más ventajoso⁶⁷. El caos administrativo ocasionado por el conflicto bélico, la expulsión de peninsulares y la falta de gente con preparación en los organismos del Estado, unido a las dificultades del erario nacional y las penurias económicas de la guerra, hicieron lo suyo. El caos debe haber sido de tal nivel que pocas semanas después de la dictación de esa ley fue necesario dictar otra –datada el 3 de diciembre de 1818– que fijase expresamente quiénes eran los encargados de percibir y custodiar los fondos fiscales: los tenientes⁶⁸. Pero esta norma no bastó para asentar algún grado de orden administrativo relativamente aceptable. El 11 de enero de 1819 fue necesario dictar un bando, fundamentado en el artículo 4, 1, 19, a través del cual se establecía que la autoridad encargada de recibir las fianzas de todos aquellos que tenían a su cargo bienes públicos era el Contador mayor. La fianza debía otorgarse por escritura ante el escribano mayor del gobierno, depositando copia en el departamento de hacienda del ministerio homónimo. Esta obligación abarcaba a todos los empleados públicos que manejaban fondos fiscales, a los compradores de bienes que estaban bajo régimen de secuestro y a los que administraren cualquier propiedad perteneciente al fisco⁶⁹. Probablemente, todas esas medidas no lograron apaciguar los ánimos de los empleados públicos. Oportuno es recordar que la Administración Pública estaba desde fines del siglo XVIII cooptada por sectores de la elite santiaguina. Es plausible interpretar todas estas leyes administrativas como intentos de

65 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Ampliación del plazo para el pago de derechos por los comerciantes de Buenos Aires”.

66 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Suspensión temporal del estanco del tabaco”.

67 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Se prohíbe a los empleados civiles acumular dos o más sueldos”.

68 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Depositarios de fondos fiscales”. Claro está que la norma dictada por el legislador abrevió el nombre de la institución. Se trataba de los tenientes -gobernadores, regulados en el título del Poder Ejecutivo, como subalternos del intendente.

69 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Otorgamiento de fianzas por parte de los que administren bienes fiscales o tienen a su cargo fondos nacionales”.

aplacar las inquietudes de la elite o de sus subalternos frente a los intereses de la logia lautarina, más aún en un contexto en que la figura de O'Higgins no calzaba con la idiosincrasia de importantes sectores del país.

En esa dirección va la ley del 3 de abril de 1819, que establece un régimen de relativa estabilidad para los empleados, ya que podían ser destituidos por ineptitud o malversación, previa audiencia y causal debidamente acreditada⁷⁰. El régimen especial de protección de los empleados consistía en que, acorde con el artículo 4, 1, 14, estos procedimientos, aparte de ser conocidos por la junta integrada por el presidente del Tribunal de Apelaciones, el Contador mayor, el ministro más antiguo del erario y el fiscal, podían ser suplicados ante la misma junta y luego apelados en tercera instancia ante el “supremo poder judicial”⁷¹. Lo interesante es que el fundamento dado por el legislador para las dos instancias superiores –no contempladas en la constitución– era la protección del honor personal.

Sin embargo, no todas las adaptaciones administrativas eran tan etéreas. Era necesario reglar aspectos básicos como el funcionamiento de las nuevas oficinas gubernamentales. Dichos aspectos eran de naturaleza estrictamente reglamentaria, pero en el marco de un naciente Derecho nacional no podían obviarse. De esa manera, el Director dictó un reglamento con el título “Reglamento para el despacho de los negocios relativos al Supremo Gobierno”, que regía para las Secretarías de Estado, Escribanías, Tribunal de Cuentas y tesorería, fijando los horarios de trabajo, horarios de atención al público, recepción de partes y documentos, audiencias y horario de recepción por parte del Director⁷².

B) Adaptación a las circunstancias: un caso de adaptación muy cercano a la derogación es la normativa que regula las mandas forzosas y su aplicación⁷³, afectando los fondos obtenidos a un nuevo fin: el financiamiento del Instituto Nacional⁷⁴. La manda forzosa era una institución de muy larga

70 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Garantías para los empleados”.

71 Resulta llamativa esta denominación, dado que la carta en comento, en su artículo 5, 1, 1, habla de “Supremo Tribunal Judicial”.

72 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Reglamento para el despacho de los negocios relativos al supremo Gobierno”.

73 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Reglamento sobre mandas forzosas i su aplicación”.

74 Institución concebida al comienzo del proceso emancipatorio que agrupaba a todas las instituciones educativas existentes en Santiago hasta 1810. Buscaba ser un centro que, acorde con los ideales ilustrados, agrupara todas las áreas del saber, académico y técnico, a fin de que sus estudiantes se enriquecieran en todas las verdades, tratando además de que esta nueva institución tuviese una existencia menos azarosa que las instituciones indianas.

data en el Derecho castellano e indiano⁷⁵, arraigada en todo el mundo hispanoparlante e intrínsecamente ligada a la sucesión por causa de muerte y al sentimiento religioso. Esta donación siempre tuvo como fundamento los sentimientos píos y la necesidad de las almas de obtener la salvación. En base a esos sentimientos, el reglamento en análisis sostuvo expresamente en su numeral 15 que la afectación de los bienes al instituto nacional era una muestra más de religiosidad y gratitud cristiana. La legislación patria se hace cargo de esa realidad, invocando como fundamento de la reforma el desuso en el que habían caído las normas vigentes, pues los fondos obtenidos no se destinaban a los fines citados.

El reglamento en cuestión cita como fundamento de esa aseveración la Ley 5, 2, 5 N° 5 de Recopilación de Leyes de Castilla; una Real Cédula de fecha 22 de septiembre de 1793, sobre rescate de españoles cautivos entre indios, acordada en parlamentos y cédulas de mayo de 1543 y del 13 de julio de 1801 sobre cobro de sucesiones intestadas por parte de peninsulares residentes en España. El cambio consistió en una verdadera derogación de la institución originaria, manteniendo el nombre. La reforma se fundamentó en la existencia de un “deber natural” de que los bienes o el producto obtenido con éstos no deben salir del lugar donde el testador los adquirió. Para ello se fijó un cargo de \$6 por testamento dictado, aboliendo las mandas forzosas, los que serían destinados a la institución educativa aludida. La afectación de esos dineros a un fin distinto solo podría permitirse por autorización expresa de “los altos poderes del Estado”. A ello se agregó que, en caso de fallecer el sucesor intestado dejando herederos forzosos, el gravamen consistiría en el pago de \$12. El cobro de tales derechos se le entregaba al párroco, quien a su vez debía entregárselo al ecónomo de la catedral de la diócesis respectiva, quien actuaría como depositario hasta el paso del rector del instituto, a quien debían entregarle la suma final. En los hechos, el sentimiento religioso de la mayoría fue desplazado por los intereses de una minoría ilustrada.

C) Derogación: una medida que muestra la intención de independizarse, dando cuenta de la otra cara de este proceso, la derogación, es el bando del 9 de junio de 1817, que establece un nuevo sello para las monedas de plata que circulen en Chile: en el anverso, una estrella, y sobre ella la inscripción que diga libertad, y alrededor de esta otra que diga unión y fuerza⁷⁶.

⁷⁵ Esta ley no tiene ninguna relación con la reforma que impulsaron las Cortes de Cádiz como un impuesto para los testamentos y sucesiones intestadas para financiar las pensiones de los lisiados, viudas y huérfanos de la guerra contra Napoleón.

⁷⁶ Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Sello de la moneda nacional”.

Pero más relevante que esa medida, al fin y al cabo de carácter obvio, fue la temprana abolición de los títulos de nobleza. Dicha medida evidenciaba la intención de romper con la herencia monárquica, sentar las bases de un nuevo sistema social y da muestras de que, tras ese espíritu de transacción política y continuidad, había espacio para que distintos grupos pugnasen por imponer su agenda en el espacio público. Constituyó en sí misma una fuerte señal de carácter legislativo, en el sentido de sentar las bases de una futura república, aspecto que en la carta de 1818 permaneció completamente indefinido. Dicha abolición fue de carácter general, recogiendo las distintas categorías nobiliarias propias del Derecho indiano, y el carácter comparativamente más difuso de la nobleza hispana e indiana. El texto de la norma habla por sí solo: “Todo título, dignidad o nobleza hereditaria queda enteramente abolida”⁷⁷.

También recogiendo ese espacio que queda a la entera discrecionalidad del legislador, o mejor dicho, entregado a los distintos proyectos políticos, merece un comentario la primera regulación de la nacionalidad. Dicha institución no fue ni siquiera mencionada en la carta de 1818⁷⁸. Probablemente, lo difuso de los límites y contornos, la necesidad de contar con un ejército libertador numeroso, primero en Concepción y luego en el Perú, y las rupturas que había provocado la guerra de la emancipación en muchas familias no hacían aconsejable entrar a regular ese tema en la carta magna. Fue el legislador el que se encargó de llenar ese vacío, aunque de manera indirecta, abrogando la categoría jurídica de indio, reconociendo la ciudadanía chilena a los indígenas del país⁷⁹. Lo interesante de este caso es que en el tenor literal de la norma no queda clara la diferencia entre igualdad y ciudadanía. La voz ciudadanía se emplea como un caballo de Troya para instaurar una mayor igualdad en el trato o igualdad ante la ley. Fiel reflejo del siglo que despunta, esta ley acaba con un estatuto especial. De un plumazo termina no solo con la categoría jurídica del indígena sino que también con las formas jurídicas de protección con las que contaba: el estatuto de menor de edad y el protector de naturales. Del mismo modo, la ley en comento asimila la ciudadanía con la plena capacidad en materia contractual, con la posibilidad de litigar y defenderse en tribunales por su cuenta, y con el derecho a contraer matrimonio, a celebrar actos de comercio, con la libertad para trabajar y elegir un oficio a ejercer y para acceder a empleos públi-

⁷⁷ Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Abolición de títulos de nobleza”.

⁷⁸ Galdames, L. Ob. cit.

⁷⁹ Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Ciudadanía chilena a favor de los naturales del país”.

cos, fuesen estos de carácter civil o militar⁸⁰. Interesante es que al final del texto en comento, la nacionalidad también se hace sinónimo de libertad, yendo esta y la igualdad aparejadas con la obligación de contribuir con las cargas públicas, siendo una de las principales el pago de las pensiones a todos los individuos que tenían merecimientos, especialmente a aquellos que eran acreedores de una pensión por servicios personalmente prestados en la guerra por la independencia, o por ser familiares directos de estos. En resumidas cuentas, esa norma fue más bien una homologación de derechos y obligaciones entre distintos grupos, en la que claramente al estado de Chile le interesaba contar con mayor cantidad de contribuyentes para sostener el pago de prestaciones de seguridad social.

Pero la derogación y la continuidad no dan plenamente cuenta acerca de la obligatoriedad de una carta fundamental, sino hasta el momento en que la nueva legislación también abarca otros órganos ajenos a los que tienen facultades legisladoras. Tal fue el caso del cabildo, regulado en la constitución sobre el modelo del cabildo de Santiago y entendido como baluarte de la elite santiaguina, opositora empedernida de la logia lautarina. A esa elite le interesaba resguardar y fortalecer las instituciones en las que estaba enseñoreada. De ahí que se dictaran normas que reconocieran y fortalecieran la autonomía económica del cabildo, de la administración de sus propios. En octubre de 1819 se reconoció por ley al cabildo de Santiago la facultad de reclamar los inmuebles que consideraba de su propiedad, exigiendo a sus detentadores dentro de un plazo perentorio la presentación de los papeles que los autorizaban a habitar en determinados sectores, como el barrio de Tajamar y ambas riberas del Mapocho⁸¹. En resumen, la actividad legislativa del período 1818-1822 favoreció a todos los grupos que participaron del pacto político que dio lugar a la constitución de 1818.

VI. Continuidad y jurisprudencia de los tribunales

La cláusula de continuidad de la judicatura requiere un párrafo aparte, pues si bien la constitución tuvo una vigencia transitoria, en este aspecto aludió a una práctica que se perpetuaría por largo tiempo. Los tribunales tuvieron espacio para la interpretación, pero este era menor que en el Derecho indiano. Por ende, fallarían de acuerdo con la legislación vigente, buscando establecer qué quedaba de las antiguas competencias de la Real

⁸⁰ Las aseveraciones efectuadas por el legislador en esa norma requieren una matización, que por razones de extensión y objeto de este trabajo no se pueden efectuar.

⁸¹ Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título "Administración de los propios de la ciudad".

Audiencia y del Consejo de Indias y los nuevos límites entre la judicatura, el legislativo y el ejecutivo, reconocidos a nivel constitucional; pero inexistentes en una legislación que no fue pensada en el esquema de la separación de los poderes del Estado⁸².

Tal tarea no se agotaría en el período de vigencia de la constitución de 1818, sino que duraría hasta el término de la codificación procesal⁸³. La labor de la jurisprudencia para delimitar caso a caso los nuevos límites, para sentar las bases de la judicatura y para armonizar la legislación indiana con la nueva legislación –que en el período estudiado fue muy profusa en materia de Derecho Procesal orgánico– realza el realismo con el que los redactores de la constitución de 1818 pensaron esa carta y el rol que se le asignaba a la judicatura en ese momento. El Derecho indiano se constituyó en base a la judicatura, y, pese a las restricciones que trae el constitucionalismo, en esta regulación también hay aspectos importantes de continuidad. Los tribunales ya eran objeto de destacadas reformas que apuntaban a una mayor profesionalización desde la segunda mitad del siglo XVIII. Se buscaba una mayor separación de las funciones estrictamente jurisdiccionales de las administrativas, a fin de garantizar una mejor administración de justicia. Esas políticas reflejaron un trabajo de la doctrina jurídica ilustrada, que tuvo eco en una de las primeras obras críticas del naciente Derecho patrio⁸⁴.

VII. Derogación y continuidad: relación entre el Derecho y los cambios políticos de comienzos del siglo XIX. El caso chileno

Acorde con los esquemas que ha propuesto la historiografía para entender los procesos políticos del siglo XIX y su dimensión jurídica, es importante tener presente que el concepto de revolución en la centuria indicada es radicalmente distinto al que surgirá con posterioridad a la revolución bolchevique. En el siglo XIX la revolución consistía en modificar la constitución escrita por fuera de las vías institucionales⁸⁵, acudiendo a la idea de justicia. La revolución pasa a ser entendida como un proceso para crear De-

82 Dougnac, A. (2003). “Del Derecho indiano al patrio: el tránsito del magistrado Juan de Dios Vial del Río (1776-1850)”. *Revista Chilena de Historia del Derecho* N° 19, 89.

83 Lo que recién ocurrió en 1906, con la promulgación del Código de procedimiento penal.

84 Nos referimos a uno de los juristas que vivió el proceso de emancipación política: Juan Egaña Risco (1820). *Cartas Pehuenches*. Varias ediciones. Uno de los temas que trata es el de la administración de justicia.

85 André-Vincent, P. (1982). *Revolución y Derecho*. Buenos Aires. Ediciones Ghersi, 22.

recho desconociendo el Derecho Positivo⁸⁶, fundamentándose en el Derecho Natural iusracionalista⁸⁷. Por lo tanto, las revoluciones, vía reforma, legitiman el Derecho y, por lo general, le dan continuidad, aunque las formas que esta adquiere deben ser analizadas caso a caso.

Por este motivo, André-Vincent indica que la idea de Derecho, aun la más revolucionaria, llevaba implícito el respeto al orden jurídico existente. Lo que cambió a partir de las revoluciones de fines del siglo XVIII es la manera de relacionar el Derecho con los cambios políticos. Desde esa época se hará uso de la interpretación y de la argumentación jurídica para cambiar las leyes. La derogación perderá fuerza, o, mejor dicho, será reformulada. Por esta vía surgirán las revoluciones silenciosas⁸⁸.

Los pilares de esta concepción jurídica serán las declaraciones solemnes de derechos individuales como fundamento de todo el orden político, la sustitución del rey por la nación como titular del poder, la ley como expresión del gobierno de la nación –la que a su vez es la expresión de la voluntad general de los ciudadanos–, la articulación entre la ley y los derechos, mandato de legalidad y condena a la arbitrariedad como un atentado contra la legalidad⁸⁹. En la Francia revolucionaria, tales ideas significaron introducir una serie de reformas en el Derecho Procesal orgánico y funcional, fortaleciendo su carácter público; en el Derecho Tributario, por medio de una resignificación del aforismo jurídico *nullum tributum sine lege*, y en el Derecho Administrativo, en la idea de que el funcionario público es un mero agente de la ley⁹⁰.

Al llevar esta propuesta conceptual europea al caso de la América hispano parlante⁹¹, este fenómeno se manifestará en lo que la historiografía jurídica denomina “pervivencia del Derecho indiano”. Este fenómeno tuvo muchas formas, atendiendo regiones y tiempos. Pese a su carácter provisorio, la constitución en comento contenía un catálogo de derechos fundamentales, se orientaba por la idea de nación⁹² y, prosiguiendo con el sentido jurídico

86 *Ibidem*, 21.

87 *Ibidem*, 29.

88 *Ibidem*, 52.

89 Un interesante esquema conceptual para entender esta transformación en la letra de la ley, en García de Enterría, E. (1994). *La lengua de los derechos: la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa*. Madrid. Alianza Editorial, 97-152.

90 *Ibidem*, 156-197.

91 Es importante destacar que el esquema conceptual de García de Enterría es elaborado para la realidad europea y con los parámetros de la realidad jurídica del Derecho europeo anterior a la Revolución francesa, que tenía importantes matices con el Derecho indiano, que al final hacen importantes diferencias. Se usa esta propuesta, pues a pesar de esos reparos, este esquema es más lo que ilumina el análisis que lo que distorsiona u oculta.

92 Decimos orientaba pues no hay una mención expresa a esta figura ni a la república;

indiano, se inclinaba por un marcado legalismo. Este último, manifestado en las cláusulas de continuidad, en la labor legislativa y en el trabajo que por décadas realizaría el Poder Judicial, se manifiesta con fuerza en el texto para el juramento de la constitución⁹³. Dicha declaración, concebida para producir efectos jurídicos, destaca el rol estabilizador de la constitución, pues “calma las inquietudes, fija las esperanzas públicas i restablece el imperio del orden i de la justicia”. Aparte de ello, es destacable que se refiera a los “derechos de la nación”, fijando como objetivos la realización de intereses públicos, la depuración de la Administración Pública y el fortalecimiento de la probidad.

Este texto era una declaración política que aludía a la realización de objetivos anhelados por un sector de la población, asume la ruptura con la Corona y la necesidad de reformas, pero no mucho más que eso. En consecuencia, resulta llamativo que esta carta y sus documentos anexos revelen la dinámica que subyace a la derogación y a la continuidad, en cuanto fenómenos jurídicos. Las cartas fundamentales normalmente omiten estas figuras jurídicas, por inevitable que sea su uso. La peculiaridad de la carta en cuestión se da por la coexistencia explícita y literal de distintos proyectos políticos y sistemas jurídicos. La constitución provisoria de 1818 admitió expresamente su carácter transaccional, algo que no volvió a ocurrir en la historia de Chile⁹⁴. Sin embargo, el hecho de que la mayoría de las constituciones no admitan ese carácter –como se mencionó más arriba– no significa que no lo posean. Las declaraciones políticas que acompañan a las constitu-

pero sí hubo una serie de políticas que iban en esa dirección, siendo la más importante el rechazo explícito de O’Higgins a cualquier intento de establecer una monarquía en estos territorios.

⁹³ Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Jura de la constitución provisoria”.

⁹⁴ Los textos de las constituciones de 1822, 1823, 1828, 1833, 1925 no fueron redactadas con la idea de admitir expresamente que eran producto de una transacción política entre distintos grupos. Las cartas de 1828, 1833 y 1925 fueron redactadas sobre la estructura de la constitución de 1822. Todas las reformas e instituciones que se incorporan se agregan a la estructura que venía provenía de la constitución de 1822. Cada institución se agregó a la distribución de poder original contemplada en esa carta. Es así como se puede resumir la evolución constitucional como la recepción del texto gaditano en 1822, el fortalecimiento del liberalismo de fines del siglo XVIII y de algunas ideas ilustradas en la constitución de 1828, una nueva estructura de relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo, basado en una enorme concentración de poder en el primero, con el contrapeso de la aprobación de leyes periódicas sin las cuales el Ejecutivo y la Administración Pública no podían funcionar y en la de 1925 se agregan las instituciones que caracterizarán al constitucionalismo social posterior a la Primera Guerra Mundial. Westermeyer, F. (2012). *Chile y la constitución de Cádiz. Un primer acercamiento a una relación preterida*. M. Mingarro. Cuando las Cortes de Cádiz. Panorama jurídico 1812. Jornada conmemorativa del bicentenario. Ciudad de México. Universidad Nacional Autónoma de México, 121-157.

ciones tienden a realzar el rol de la derogación y a minusvalorar tanto el rol de la continuidad como el de la arriba mencionada “revolución silenciosa”, ambas labores propias de los juristas.

Paralelamente, no puede olvidarse que en un Derecho legal como el contemporáneo la derogación es un proceso de sustitución lento, que generalmente va a la zaga del tráfico jurídico y los cambios sociales, dejando lagunas legales. Los redactores de este texto previeron que el proceso codificador sería mucho más lento de lo que se esperaba a fines de la segunda década del siglo XIX⁹⁵. En resumen, la comisión redactora partió de la base de que la recepción de las ideas del constitucionalismo, especialmente del principio de separación de los poderes del Estado, no podía dar pie a ningún atisbo de una derogación orgánica.

VIII. Consideraciones finales

Lo llamativo de la constitución de 1818 es, primero, que reconociese expresamente su provisoriedad y, segundo, que regulase la relación entre el Derecho hasta ese momento vigente, y el Derecho que se pretendía introducir, inspirado en la codificación. Interesante resulta ver cómo la labor legislativa del período estudiado integró el articulado de la constitución, observando su espíritu e intenciones y, a la vez, aprovechando los márgenes de libertad que la carta fundamental daba a los órganos legislativos.

También es destacable el realismo con que los miembros de la comisión redactora previeron los conflictos entre la nueva carta y sus principios y una legislación pensada para otra realidad e inspirada en otras ideas. Resulta inconcuso que continuidad y derogación son dos aspectos del mismo fenómeno en un Derecho de corte legal, como el que se consolida a partir de la Revolución francesa.

No obstante lo anterior, la continuidad es la regla general, pues por diversas vías otorga al ordenamiento jurídico la flexibilidad para adaptarse a las nuevas realidades y requerimientos políticos y sociales. La derogación, contrario a lo que se cree, es la excepción. Dicha realidad es la contracara de las revoluciones políticas, que durante el siglo XIX fueron mucho más respetuosas del Derecho y la legalidad de lo que se quiere creer. El discurso político y la realidad jurídica no van de la mano. Las rupturas políticas no siempre traen los prometidos cambios jurídicos. En el caso de gran parte de la América hispanoparlante, la emancipación política significó, en la mayo-

⁹⁵ En Chile este proceso empezó con la promulgación del Código Civil en 1855 y terminó con la promulgación del Código de procedimiento penal en 1906.

ría de las disciplinas jurídicas, una nacionalización del Derecho indiano, y en el Derecho Público, y sobre todo en el constitucional, la proliferación de distintas formas de tránsito entre el Derecho vigente y otro que se apropiase de las ideas del constitucionalismo. La constitución provisoria de 1818 y la labor legislativa que marcó su, para esa época, largo período de vigencia, es solo una forma de tránsito más; pero una que tuvo varias particularidades que pueden resultar interesantes hasta el día de hoy.

Bibliografía

- Amunátegui, M. (1914). *La dictadura de O'Higgins*. Memoria presentada a la Universidad de Chile en sesión solemne el 11 de diciembre de 1853. Santiago de Chile. Imprenta Barcelona.
- Aránguiz, H. (1966). "La aplicación de la constitución de 1818", en Eyzaguirre, J. (Ed.). *Estudios de Historia de las Instituciones Políticas y Sociales*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 27.
- Barros, D. (1890). *Historia Jeneral de Chile*. Tomo XI. Santiago. Rafael Jover, Editor.
- Bravo, B. (2011). *Anales de la Judicatura Chilena*. Tomo II. Santiago. Poder Judicial.
- Briseño, R. (1849). *Memoria histórico-crítica del Derecho Público chileno desde 1840 hasta nuestros días*. Santiago. Imprenta de Julio Belin.
- Campos, F. (1951). *Historia Constitucional de Chile*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- Carrasco, S. (2002). *Génesis y vigencia de los Textos Constitucionales Chilenos*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- Dougnac, A. (1998). *Manual de Historia del Derecho indiano*. Ciudad de México. McGraw Hill.
- Galdames, L. (1925). *La evolución constitucional de Chile*. Santiago. Imprenta Balcells.
- Huneus, A. (1933). *La Constitución de 1833. Ensayo sobre nuestra historia constitucional de un siglo*. Santiago. Editorial Splendid.
- Lastarria, J. (1853). *Historia constitucional de medio siglo*. Santiago. Imprenta del Mercurio.
- Ossa, J. (2016). "El gobierno de Bernardo O'Higgins visto a través de cinco agentes estadounidenses, 1817-1823". *Revista Coherencia*. Vol. 13, N° 25, 139-166.
- Palma, E. (2019). "La Constitución chilena de 1818 (a 200 años de su promulgación)". *Revista Electrónica de Historia Constitucional* N° 20, 941-997.
- Roldán, A. (1892-1893). *Los desacuerdos entre O'Higgins y el Senado conservador*. Anales de la Universidad de Chile. Tomo 82. Serie 1, 177-203.
- Valencia, L. (1978). "Orígenes político-sociales de las constituciones de O'Higgins". *Revista de Derecho Público* N° 23, 25-35.
- Vicuña, B. (1860). *El ostracismo del Jeneral D. Bernardo O'Higgins escrito sobre documentos inéditos y noticias auténticas*. Valparaíso. Imprenta El Mercurio.

¿HAY DELITOS DE OMISIÓN? UN MALENTENDIDO PENDIENTE

Miguel Juan Ramón De Lezica

Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina

Contacto: lezica@uca.edu.ar

Recibido: 4 de febrero de 2022

Aprobado: 15 de marzo de 2022

Para citar este artículo:

De Lezica, M. J. R. (2022). “¿Hay delitos de omisión? Un malentendido pendiente”. *Prudentia Iuris*, N. 93, pp. 231-248

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.93.2022.pp.231-248>

Resumen: Los detractores de la noción de delitos de acción por omisión afirman que se trata de una analogía prohibida lesiva del principio de legalidad. La solución, un tipo específico o una cláusula de equivalencia. Por el contrario, la ubicación de la omisión como estructura típica, o la doctrina de la acción como el supuesto material a ser valorado por la norma en el tipo, conducen a una aporía que entendemos no resuelta. Si la omisión debe ubicarse en el tipo; sí, a la vez, caracterizamos al delito como acción, típica, antijurídica y culpable; la omisión no es acción, luego no es delito. Aquí se propone una alternativa desde la doctrina de la voluntariedad como causa formal del acto humano. Si voluntariedad importa dominio del acto, somos tan dueños de obrar y querer como de no obrar y no querer.

Palabras clave: Delito, Acción por omisión, Cláusula de equivalencia, Estructura típica, Voluntariedad, Acto humano.

Are there crimes of omission? A pending misunderstanding

Abstract: Detractors of the notion of crimes of action by omission affirm that it is a prohibited analogy that is harmful to the principle of legality. The solution, a specific type, or an equivalence clause. On the contrary, the location of the omission as a typical structure, or the doctrine of the action as the material assumption to be valued by the norm in the type, lead to an aporia that we understand is not resolved. If the omission must be located in the type; if, at the same time, we characterize the crime as a typical, unlawful and guilty action; the omission is not an action, therefore it is not a crime. Here an alternative is proposed from the doctrine of voluntariness as a formal cause of the human act. If voluntariness matters mastery of the act, we are as masters of acting and wanting as of not acting and not wanting.

Keywords: *Crime, Default action, Equivalence clause, Typical structure, Willfulness, Human act.*

Ci sono reati di omissione? Un malinteso in sospeso

Sommario: I detrattori della nozione di reato di azione per omissione affermano che si tratta di un'analogia vietata e lesiva del principio di legalità. La soluzione, un tipo specifico o una clausola di equivalenza. Al contrario, la collocazione dell'omissione come struttura tipica, o la dottrina dell'azione come presupposto materiale da valorizzare dalla norma nel tipo, portano ad un'aporia che comprendiamo non risolta. Se l'omissione deve trovarsi nel tipo; se, allo stesso tempo, caratterizziamo il reato come un atto tipico, illegittimo e colpevole; l'omissione non è un atto, quindi non è un reato. Qui si propone un'alternativa dalla dottrina della volontarietà come causa formale dell'atto umano. Se la volontarietà conta per la padronanza dell'atto, noi siamo padroni dell'agire e del volere come del non agire e del non volere.

Parole chiave: Criminalità, Azione predefinita, Clausola di equivalenza, Struttura típica, Caparbietà, Atto umano.

I. Introducción

Las presentes líneas son, en parte, fruto de las discusiones y reflexiones suscitadas en las reuniones del Centro de Filosofía de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UCA. Vaya nuestro agradecimiento para sus miembros y para los demás participantes de esos eventos.

Es innegable que el tema del título es trillado. Tomando una de las acepciones de este último término, podría decirse, falto de originalidad. No obstante, a pesar de que en la jurisprudencia aparecen condenas por omisiones constitutivas de delitos, y que parte de la doctrina acepta la posibilidad sin problema, también es cierto que, a la vez, perdura la tacha de inconstitucionalidad y la acusación de vulneración del denominado principio de legalidad.

La objeción consiste en que los delitos son acciones mientras que la omisión lo será si hay un tipo específico que así lo determine. Lo que resulta inadmisibles para esas corrientes es la noción de comisión por omisión, a menos que el legislador haya previsto lo que hoy se conoce como una cláusula de equivalencia. De lo contrario, habría una violación al principio de legalidad.

Un modelo de esta cláusula puede encontrarse en el artículo 11 del Código Penal español, que dice: “Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

Es abundante la doctrina que destaca este reparo. “La objeción fundamental contra la existencia de estos delitos, como cuando sucede en el Derecho argentino, es que no están regulados en la ley, su tipicidad está basada en operaciones analógicas en cuya virtud se procuran establecer presupuestos bajo los cuales la no evitación de un resultado pueda equipararse a su producción”¹.

Y si bien se han intentado las más diversas explicaciones, la cuestión sigue en la encrucijada de la cláusula de equivalencia o el uso de una analogía prohibida.

1 Righi, E. (2016). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 454. Véase también, entre otros, Vitale, G. L. (2018). *Dolo como actuar deliberado*. Buenos Aires. Hammurabi, 38 y 39; Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. Hammurabi, 541 y 542.

El problema se puede volver más complejo si se aborda desde la distinción entre acción y omisión. Ello supone en gran medida reeditar la hoy vieja disputa en torno a la noción de acción. Sin embargo, discusión aparte, en la actualidad se admite casi sin objeciones que el delito es acción, típica antijurídica y culpable. Luego, si partimos de que todo delito es acción, o la omisión sobra o hay que revisar el concepto de acción, o el de delito.

Pero esto parece un camino sin sentido, una vuelta atrás en todo el desarrollo de esta temática. De ahí la necesidad de intentar otros rumbos con la esperanza de acercarse a alguna solución.

Conviene aclarar previamente que veo, al menos, dos motivos para volver sobre el tema trillado. El primero es que, a pesar de su aceptación doctrinaria y jurisprudencial, los objetores mantienen su reclamo de inconstitucionalidad por ausencia de tipicidad estricta. El segundo es discutir si el delito, efectivamente, es acción, sin más, o hay algo que agregar o decir al respecto.

II. La omisión en el Derecho Penal

1. Omisión y dogmática penal

La última frase del acápite anterior puede parecer que contraviene la advertencia previa de que no volveríamos sobre una discusión ya conocida por todos. Y así lo haremos, no retomaremos aquí toda la disputa en torno al concepto de acción. Intentaremos, sin embargo, sopesar si la noción de delito es solo reducible a la acción o, si, por el contrario, hay alguna otra posibilidad.

Pero previo a ello, conviene comenzar por lo más sencillo: ¿qué es la omisión para el Derecho Penal?

Donna, por ejemplo, entiende que la noción de acción es la base de toda la teoría del delito. Se refiere a la acción en sentido kantiano, y afirma que hay acción cuando el hecho puede ser imputado a la actuación libre del autor². Su propósito es, sencillamente, distinguir el acto libre conducido por la voluntad capaz de autodeterminarse, de los hechos de la naturaleza. Así, los actos humanos, en tanto dirigidos por la voluntad, son imputables al sujeto, no así en cambio los hechos de la naturaleza.

En cuanto a la omisión, cita a Welzel, cuando este decía que “el poder de la voluntad humana no se agota en el ejercicio de la actividad final, sino

² Donna, E. A. (2010). *Derecho Penal. Parte General*. T. II. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, 172.

que comprende también la omisión de ella. Junto a la acción aparece la omisión como una segunda forma independiente dentro de la conducta humana, susceptible de ser regida por la voluntad dirigida por el fin”³.

Por su parte, Zaffaroni, quien se declara seguidor del finalismo de Welzel, pone especial preocupación en distinguir omisión de acción. La primera no es una modalidad de la acción, no hay una noción ontológica de omisión; por el contrario, se trata sencillamente de una estructura típica.

“Tanto en los delitos dolosos como en los culposos, en los activos como en los omisivos, lo que la ley prohíbe (en los tipos) es una conducta final: ‘dolo’ y ‘culpa’ no son formas de la culpabilidad, ‘actividad’ y ‘omisión’ tampoco son formas de la conducta, sino que se trata de cuatro diferentes formas de tipicidad, que responden a otras tantas formas estructurales distintas de tipos penales”⁴.

Y para que no queden dudas, dice: “Como la omisión no es una mera ‘no acción’, sino un ‘no hacer algo’ (no hay omisión de nada), siempre habrá que tener una instancia de comparación valorativa. El concepto de omisión es necesariamente normativo. En el plano óntico existen solo acciones. La omisión presupone la existencia de una norma que imponga la acción omitida. Si pretendemos fundar la sistemática del delito sobre una base óntico-ontológica no valorativa, como es la conducta humana, el concepto de acción deberá estar en la base, pero no el de omisión. Sintéticamente: la omisión requiere valoración y lo pretípico es aún avalorado, falta toda referencia al valor jurídico”⁵.

Silva Sánchez⁶ plantea el tema de la omisión desde dos perspectivas a las que llama concepto y sistema. Éstas aluden a dos problemas distintos: el primero será el concepto de omisión, o sea, qué es y, en su caso, si es parte de la acción o si puede hablarse de un género común que abarque a ambas; el segundo es el del lugar que ocuparía la omisión en la sistemática del delito. Aquí ya estamos dentro de la denominada dogmática, específicamente en la teoría del delito. En este plano habrá que discernir dónde ubicar la omisión, si en la acción, la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad.

Explica su posición en los siguientes términos: “Así se señala que lo decisivo no es hallar el concepto ‘verdadero’, ontológico de acción (u omisión), sino el concepto que subyace a los tipos penales del Código. No se trata, en

3 Welzel, H. (1970). *Derecho Penal alemán. Parte General*. 11ª edición. Santiago de Chile. Jurídica de Chile, 237, citado por Donna. Ob. cit., 141.

4 Zaffaroni, E. (2009). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. T. III. Buenos Aires. EDIAR, 83 y 84.

5 *Ibidem*, 450.

6 Silva Sánchez, J. M. (2020). *El delito de omisión, concepto y sistema*. Buenos Aires. Editorial BdeF.

definitiva, de determinar ‘el concepto correcto’, sino el ‘adecuado’⁷. Entendemos que, en esta cita, sobre la que volveremos más adelante, se encuentra el núcleo de la cuestión, del problema, y del malentendido anunciado en el título.

En definitiva, para Silva Sánchez, la omisión también importa o al menos debe explicarse desde la tipicidad. Pero los matices de su posición y las diferencias que puede suponer respecto de la de Zaffaroni, exigen un mínimo desarrollo de ambas explicaciones.

2. La omisión como estructura típica

2.1. La posición de Zaffaroni

Este autor entiende que, al nivel de la conducta, previo a cualquier referencia típica, solo hay acciones. No es posible, según Zaffaroni, hablar de una omisión pretípica porque omitir no es un mero no hacer; por el contrario, se trata de no hacer lo que se debe hacer, pero esto nunca puede advertirse con prescindencia de la norma, o sea, en el ámbito de la tipicidad.

Critica los intentos de ubicar la omisión juntamente con la acción o aquellos que pretendieron identificar un género común a acción y omisión, principalmente porque esto distorsiona la noción de acción e impacta, en definitiva, en la estructura del delito. Esta postura es estrictamente dependiente de la noción de acción en la que Zaffaroni es cultor del finalismo de Welzel.

La distinción es necesaria ante el rechazo de una noción “ontológica” de omisión que se reconoce en cambio con relación a la acción. El Derecho, dirá Zaffaroni, es un orden regulador de conductas y para ello no puede prescindir del ser de la conducta, so riesgo de regular cualquier otra cosa. “Si el Derecho no reconoce y respeta el concepto óntico-ontológico de conducta, regulará cualquier otra cosa, pero no conducta”⁸.

La conducta que puede ser delito es una conducta humana. No hay, para Zaffaroni, una noción jurídico penal de acción, sino una noción prejurídica que implica una estructura lógico-objetiva. La acción, por su parte, supone voluntariedad, sin voluntad no hay conducta, y lo voluntario es un querer activo que se ordena hacia algo. La voluntad siempre implica finali-

7 *Ibidem*, 19.

8 Zaffaroni, E. (1997). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. EDIAR, 338.

dad porque no es posible que haya voluntad de nada, siempre la voluntad es voluntad de algo, o sea, tiene un “contenido” que es una finalidad.

“Con esta caracterización de la esencia de la acción humana nos incorporamos a una gran tradición filosófica. Desde que Aristóteles mostrara la estructura de la acción por primera vez, a través de la finalidad, esta comprensión se impuso en la Edad Media (ante todo por obra de Santo Tomás) y quedó reconocida generalmente hasta Hegel. Solo a fines del siglo XIX, cuando las ciencias mecánicas naturales invaden el campo del Derecho, se trató de hacer también de la acción un proceso causal exterior”⁹.

La actividad finalista de la acción se basa en que el hombre puede tener cierta previsión de las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos y dirigir la acción según un plan. En base a su conocimiento causal previo puede dirigir el suceder causal exterior hacia un objetivo y, así, determinarlo de modo finalista.

No hay, en cambio, una noción ontológica de omisión y no puede haberla. Las doctrinas que han pretendido justificar su existencia son insostenibles; por ejemplo, la conocida teoría de la “acción esperada”, para la que hay omisión cuando el sujeto no realiza una acción esperada. “Cabe preguntar quién espera [...] Si son las pautas culturales, ello implica una total ‘etización social’ del Derecho Penal, por lo que rechazamos esta respuesta. Si es el orden jurídico, estamos confundiendo niveles de análisis: el de la acción y el del tipo”¹⁰. Por eso, pretender una unidad entre acción y omisión es pretender una unidad de acción y tipicidad.

Volvamos, entonces, a la omisión como estructura típica. Acción y omisión son técnicas diferentes de prohibir conductas humanas. Si bien todas las normas penales son prohibitivas, su enunciado puede ser prohibitivo (no matarás) o preceptivo (ayudarás). Así, mientras que el enunciado prohibitivo prohíbe la acción individualizada en el verbo típico, el preceptivo prohíbe realizar cualquier otra acción que no sea la individualizada en el tipo¹¹.

El tipo omisivo, dirá Zaffaroni, tiene un aspecto objetivo y uno subjetivo, pero presenta características distintas del tipo activo doloso. El tipo omisivo debe ser circunstanciado e implicar una voluntad distinta de la voluntad realizadora de la conducta debida. Pero no hay en el tipo omisivo una relación de causalidad, como puede haberlo en el tipo activo, o sea, la conducta distinta de la debida no causa el resultado típico.

“La madre que en lugar de alimentar al niño teje calcetines, no causa la muerte del niño en sentido físico: la conducta de tejer calcetines ‘causa’

9 Welzel, H. (1951). *Teoría de la acción finalista*. Buenos Aires. Astrea, 18 y 19.

10 Zaffaroni, E. *Tratado...* Ob. cit., 451.

11 Zaffaroni, E. *Manual...* Ob. cit., 451.

los calcetines, pero no la muerte del niño. En realidad, la muerte del niño es causada por la inanición, es decir, por un proceso causal que se desarrolla en forma independiente. En el tipo omisivo no se requiere un nexo de causación entre la conducta prohibida (distinta de la debida) y el resultado, sino un *nexo de evitación*, es decir, la muy alta probabilidad de que la conducta debida hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó en el resultado”¹².

Este autor abordará también el tema de la denominada omisión impropia a la que presenta como un problema. Estos tipos se generan mediante la conversión del enunciado de una norma prohibitiva en una norma preceptiva. Sin embargo, esta conversión puede traer muchos inconvenientes ya que un enunciado prohibitivo tiene un alcance mucho menor del que surge de uno preceptivo. De ahí la necesidad de establecer algún límite a una prohibición amplia e indeterminada que puede surgir de una norma preceptiva.

Zaffaroni entiende que esto solo es posible a partir de la doctrina conocida como “posición de garante”. Solo pueden ser autores de delitos de omisión impropia quienes se hallen en una posición tal, respecto del sujeto pasivo, que se encuentren obligados a garantizar especialmente la conservación, reparación o restauración del bien jurídico penalmente tutelado.

Esta doctrina cobra especial relevancia porque en general los tipos de omisión impropia son no escritos, y, en consecuencia, podría verse afectado el principio de legalidad. Corresponde, entonces, precisar en qué se funda la exigencia que nace de la posición de garante. En definitiva, ¿cómo se coloca un sujeto en posición de garante?

Zaffaroni identifica tres fuentes, a saber: la ley, el contrato y la conducta anterior del sujeto, previniendo, sin embargo, que se trata de indicadores generales y que su determinación surgirá del análisis de cada caso. Ejemplo de una obligación legal es la de los padres respecto de los hijos; de una contractual, la enfermera que se obliga a cuidar a un enfermo o el guía que se obliga a conducir a alguien por terreno peligroso; por último, de la conducta precedente del sujeto, puede ser el caso de quien determina a otro a que emprenda una empresa arriesgada dándole la seguridad de que habrá de asistirle. Esta última fuente, sin embargo, suele provocar gran incertidumbre.

En conclusión, la omisión es una estructura típica y los casos de omisión impropia se explican a partir de la doctrina de posición de garante con las limitaciones aquí indicadas.

12 *Ibidem*, 453.

2.2. *La posición de Silva Sánchez*

Asiste razón a Silva Sánchez cuando destaca que la omisión como problema surge a partir del auge de la noción de acción del causalismo naturalista en la dogmática penal. La concepción causal del delito estructurada en torno a la acción como elemento básico del sistema tornaba difícil la ubicación y determinación de la omisión.

Este autor, por su parte, se opone a toda asunción ontológica de conceptos penales, ya se trate de acción u omisión. Justifica esta posición alegando que sostener que solo los comportamientos humanos pueden ser constitutivos de delitos no importa una necesidad ontológica, sino una exigencia proveniente de un determinado concepto de antijuridicidad¹³.

El núcleo central y esclarecedor de toda la doctrina de este autor es el que sigue. Todo fenómeno natural puede ser explicado desde distintas perspectivas, la de la física, la química, la biología, etc. Sin embargo, para algunos aspectos de estos fenómenos resulta insuficiente un análisis meramente “empírico-externo”, ya que no son solo “explicables”, sino también “interpretables”, en tanto es posible asignarles un sentido y un significado. Sentado esto solo queda determinar los criterios asumidos por el observador para la interpretación.

“En nuestro caso, la base no puede ser otra que la esencia de la anti-juridicidad penal y la función motivadora de las normas (imperativos) jurídico-penales. Desde este punto de vista, sólo se podrá calificar de *conductas* aquellos procesos que contengan los elementos mínimos necesarios para poder advertir en ellos tomas de posturas frente a las normas; aquellos que sean interpretables desde la óptica normativa”¹⁴.

Establecida la perspectiva metodológica del análisis es posible avanzar sobre su objeto. Aquí también será necesario, para precisar mejor el concepto de omisión, distinguirla de la acción. Mientras el aspecto interpretativo corresponde al ámbito de los tipos penales como encargados de conferir contenidos de sentido, el papel de la noción de conducta es determinar qué procesos serán interpretables, o accesibles a la interpretación típica.

Ahora bien, no debe confundirse la ausencia de acción con la omisión. En la ausencia de acción concurren determinadas elementos y características respecto de los cuales la doctrina es prácticamente unánime. En consecuencia, frente a un supuesto de inactividad, si no concurren causales de ausencia de acción habrá que conferirle carácter de acción porque no hay una tercera alternativa.

13 Silva Sánchez. Ob. cit., 155.

14 *Ibidem*, 157.

Por su parte, puede decirse de la comisión que implica atribuir (imputar) a una conducta el sentido de crear o incrementar por vía eficiente un riesgo para un bien jurídico. El autor aclara que se está refiriendo con esta afirmación a la doctrina de la imputación objetiva.

“La omisión es también producto de la interpretación que se efectúa a partir de los tipos penales. El sustrato de esta interpretación es, como en el caso de la comisión, la conducta real efectiva –actividad o inactividad– que el sujeto desarrolla al omitir. Es, en efecto, a dicha conducta a la que se imputa o atribuye la omisión como realización típica omisiva”¹⁵.

“La omisión no es en ningún caso una ‘forma de comportamiento’, ni distinta del hacer ni coincidente con él. La conducta efectiva, real, juega ciertamente un papel en la configuración del concepto de omisión. Pero éste es algo diferente. Más bien, aparece constituido por la atribución, a dicha conducta efectivamente realizada, *de un determinado sentido, sobre la base de que no responde a la pretensión (protección activa) que dimana de un bien jurídico en una determinada situación y es recogida por un tipo penal*. La conducta en sí (con ‘carácter de acción’) no ofrece todavía un contenido determinado; no es aún ni ‘comisión’ ni ‘omisión’. Solo deviene lo uno o lo otro, en sentido penal, mediante la ‘interpretación’ (imputación típica). Ésta pone en relación la conducta con las expectativas que parten del bien jurídico. Es pues, precisamente, el contenido de tal expectativa el que permite *atribuir* a la conducta real un concreto sentido –para el Derecho Penal– omisivo”¹⁶.

Por último, dirá el autor en análisis: “La omisión surge como tal en el enunciado que expresa la relación de discordancia de la conducta efectiva con la pretensión que dimana del bien jurídico, criterio rector del tipo. Estructuralmente, ocurre lo mismo con la comisión: también ésta surge en el enunciado (de imputación) que expresa la relación de discordancia entre la conducta efectiva del sujeto y la expectativa del bien jurídico. Desde la perspectiva formal, pues, ‘comisión’ y ‘omisión’ podrían verse como recursos técnicos equivalentes y eventualmente intercambiables. Sin embargo, existe, como se verá más detenidamente, una diferencia sustancial en los contenidos materiales de las relaciones que expresan. Su base se halla en el distinto carácter de las *pretensiones de los bienes jurídicos* en uno y otro caso”¹⁷.

Al igual que en los supuestos de comisión, el sustrato o contenido material del enunciado típico (contenido formal) que expresa la relación de omisión se encuentra en la conducta efectiva, real, que lleva a cabo el sujeto.

15 *Ibidem*, 167.

16 *Ibidem*, 169.

17 *Ibidem*, 170.

En el tipo omisivo siempre hay algún tipo de conducta, por eso, como ya se dijo, no puede identificarse sin más con la falta de acción. La falta de acción no es omisión en sentido típico.

Silva Sánchez acude al ejemplo del sujeto a quien por estar atado o encerrado se le impide brindar auxilio a otro. En su situación hay posibilidad de acción, puede gritar, agitarse, en definitiva, moverse dentro de los límites de sujeción. Pero en la imposibilidad de prestar auxilio, no solo le falta la tipicidad omisiva, ante la imposibilidad de realizar en concreto la acción de ayuda, más bien le falta el sustrato adecuado al “juicio de omisión”. El sustrato material, conducta contrapuesta o alternativa a la indicada para el auxilio, no ha sido decidido ni controlado por el sujeto.

En este sentido, la omisión es un juicio valorativo de imputación o atribución a una conducta, entendida como disposición del sujeto respecto a la protección de un bien jurídico, que opera como sustrato de esa valoración.

III. Exploración de una alternativa

1. *¿Una aporía sin solución?*

Conviene precisar algo más las posiciones transcriptas ante la posibilidad de una aporía sin solución, aunque los autores citados crean haberla resuelto. Muy sintéticamente, si la omisión nada tiene que ver con la acción, si no hay una noción *ontológica*, como afirman los doctrinarios de marras, si la omisión es una estructura típica o se corresponde con la tipicidad, queda claro que la omisión no es acción.

Ahora, el delito es acción, típica, antijurídica y culpable. La acción es el supuesto o soporte al que califican las demás propiedades enunciadas; luego si no hay punto de partida, si no hay acción, desaparecen las propiedades que la convertirían en delito. En consecuencia, si la omisión no es acción, pareciera que no puede hablarse de una omisión, típica, antijurídica y culpable, o sea, la omisión no podría ser delito.

Tanto Zaffaroni como Silva Sánchez han hecho un gran esfuerzo para sortear esta pretendida contradicción. No queda claro, sin embargo, que lo hayan hecho con éxito.

El primero de los autores resuelve el problema alegando que el enunciado preceptivo es el que prohíbe realizar cualquier otra acción que no sea la individualizada en el tipo. El tipo omisivo debe ser circunstanciado e implicar una voluntad distinta de la voluntad realizadora de la conducta debida. Pero esto no significa que haya una relación de causalidad entre la acción realizada y el resultado típico; por el contrario, se trata de una relación de evitación, donde la acción mandada por la ley tiende a interrumpir un

proceso causal que desembocará en un resultado no querido por la norma. En definitiva, la norma valora algo relativo a la conducta. Toda norma versa sobre una conducta prohibida o sobre una conducta prescripta, castigando su no realización. Así, la omisión como estructura típica sigue estando vinculada de algún modo a la acción.

Para Silva Sánchez, por su parte, la omisión es, de algún modo, un juicio de imputación. Ese juicio exige como presupuesto una conducta real y efectiva. Al igual que en los supuestos de comisión, el sustrato o contenido material del enunciado típico que expresa la relación de omisión se encuentra en la conducta efectiva, real, que lleva a cabo el sujeto. En el tipo omisivo siempre hay algún tipo de conducta, por eso, como ya se dijo, no puede identificarse sin más con la falta de acción. La falta de acción no es omisión en sentido típico.

En definitiva, de un modo u otro, ambos autores toman a la acción como el presupuesto de la tipicidad o de la omisión como estructura típica. Desde el punto de vista de la denominada dogmática, la omisión se ubicaría a nivel del tipo, pero el sustrato imprescindible es la acción.

2. ¿Qué es la acción?

2.1. Aclaraciones previas

Previo a avanzar es necesario hacer algunas aclaraciones. La primera de ellas, como ya se dijo al principio, es que no pretendemos reelaborar aquí toda discusión penal en torno a la acción.

La siguiente es desconocer la posición que afirma que el Derecho supone una perspectiva interpretativa cuya valoración es exclusivamente de índole normativa. No es posible sin embargo abocarse aquí a este tema. Ello exigiría un análisis lindante con la metafísica, acerca del ser del Derecho, que excede ampliamente el objeto de estas líneas.

Sin entrar en tan honda cuestión, nos limitaremos a desarrollar la posición sobre la acción humana que se remonta a Aristóteles y que fue continuada por la tradición moral y jurídica occidental hasta su rechazo por la modernidad. Esquivando también otra discusión, y al solo efecto de indicar un claro momento de oposición a la tradición invocada, podríamos, por ejemplo, mencionar a Kant, al menos como uno de los principales sistematizadores de esa ruptura¹⁸.

¹⁸ Nos limitamos en el texto a indicar un momento de síntesis y quizás de ruptura definitiva con la tradición. Si hubiera que enumerar precedentes de ruptura sería necesario

Acudimos a esa tradición por diversas razones. Una de ellas, aunque no la principal, es que Zaffaroni reconoce que de algún modo el concepto de acción por él admitido tiene sus raíces en la concepción aristotélica de la conducta. Otra, aunque no la admitamos, es que puede ser invocada dentro de la lógica propuesta por Silva Sánchez. Si el Derecho no supone una realidad con fundamento en el ser, sino que más bien sería una interpretación dependiente de la perspectiva de antijuridicidad que se asuma, no vemos por qué no partir de esta concepción o “perspectiva” de la conducta.

Más allá de entender que esta posición es verdadera en tanto se funda en la realidad, porque como se intentará demostrar, no repugna en nada a la razón, impide elaboraciones artificiales que en definitiva se fundan en una elección poco justificada y conduce a soluciones no arbitrarias. Buena parte de la denominada dogmática reconoce a la acción humana como presupuesto indispensable del que se predicen las propiedades que confieren a la conducta carácter delictivo.

No nos convence, por su parte, la actitud intelectual de tomar como punto de partida una explicación posible, aunque sin justificación suficiente de esa elección, y luego exigir como único criterio de validez cierta coherencia lógica con el punto de partida asumido. El fenómeno jurídico versa sobre bienes, y la pretensión humana respecto de ellos no es una mera hipótesis explicativa. En Derecho Penal está en juego nada menos que la libertad y la paz social. Luego, disponer del patrimonio o de la libertad de alguien con fundamento en una hipótesis y no en el esfuerzo de intelección y justificación de las cosas humanas, no puede ser un camino admisible.

“Todo esto es contrario al sentido común, al lenguaje cotidiano y a la verdad del ser y del Derecho. De hecho, tanto el sujeto como su conducta son una realidad independiente del dato normativo, porque constituyen aquello que indudablemente existe como base ineliminable de la experiencia jurídica. No es el Derecho el que constituye el sujeto jurídico, sino que el Derecho toma en cuenta que el sujeto humano con sus acciones es aquél que constituye el presupuesto insustituible del ordenamiento jurídico. Esto implica que la imputación moral es el fundamento de la imputación jurídica. El sujeto capaz de imputación moral, con sus acciones, intrínsecamente buenas o malas, justas o injustas, no está construido por el Derecho, sino que es un dato ontológico que le viene impuesto al Derecho”¹⁹.

remitirse al nominalismo de Ockham, al empirismo de Hume, o a las corrientes pactistas representadas por Locke, Hobbes y Rousseau, entre otros.

19 Ronco, M. (2013). Prólogo al libro de Félix A. Lamas, *El hombre y su conducta*. Colección Circa Humana Philosophia. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 11.

2.2. *Lo voluntario y lo involuntario*

Toda acción y elección parecen tender a algún bien, por esto se ha dicho con razón que el bien es aquello a que todas las cosas tienden. Así comienza la *Ética* a Nicómaco. Todo el que obra lo hace por un fin, que tiene razón de bien. La noción de fin importa necesariamente un fin último, término de todo el movimiento; caso contrario, se seguiría hasta el infinito y todo deseo sería vano y vacío.

En lo que toca a los actos, dirá Aristóteles que, si existe algún fin de ellos que queramos por él mismo y los demás por él, y no elegimos todo por otra cosa, es evidente que ese fin será lo bueno y lo mejor. Veamos más detenidamente esta cuestión. Comenzaremos por la noción de acto.

Si analizamos los términos de la expresión “acto humano”, podemos obtener una noticia bastante precisa de lo que designamos con ella. El diccionario de la lengua dice en la voz “acto”: tratándose de un ser vivo, movimiento adaptado a un fin; manifestación de la voluntad humana: acto de caridad; movimiento del alma hacia Dios; el diccionario remite a la voz “acción”, cuyas acepciones son: ejercicio de una potencia; operación o impresión de cualquier agente en el paciente.

En las acepciones transcritas podemos observar que la noción de acto implica cierta especie de movimiento. El movimiento solo es inteligible desde la consideración de un punto de partida y un término de reposo. El acto, entonces, será necesariamente cierto movimiento hacia un término. En la acción humana, el término se identifica con el objeto de la misma o, más aún, con el fin propio de la acción. Todo agente que obra, lo hace por un fin.

El adjetivo humano que predicamos del sustantivo acto posee también una referencia específica. Podemos mencionar aquí la distinción de los actos realizados por el hombre en: a) actos del hombre: dentro de ésta categoría debemos distinguir los actos meramente naturales, procedentes de las potencias vegetativas y sensitivas, que son comunes con los animales, v. gr., la nutrición, digestión, circulación de la sangre, el sentimiento de placer o dolor, etc., de aquellos actos que se realizan sin deliberación o voluntariedad. Estos últimos se destacan por la ausencia de racionalidad, como es el caso de los niños pequeños o los enfermos mentales, o porque falta la racionalidad al momento de realizar el acto, como acontece con quienes actúan dormidos, hipnotizados o embriagados; y b) actos humanos, que podemos definir como aquellos actos que proceden de la voluntad deliberada del hombre.

Estos actos son propiamente humanos porque está presente en ellos la nota especificativa que distingue al hombre del resto de los seres, a saber, la racionalidad. En la definición precedente se habla de acciones con voluntad deliberada, razón por la cual, también se llama a este tipo de actos “acto intencional”. Intencional significa, aquí, referencia a un objeto. Pero en

el hombre esa referencia no es una atracción ciega suscitada por el objeto que despierta un instinto, sino que es una referencia consiente en que el objeto, en tanto inteligible, es percibido por el hombre, que tiende o se siente atraído al conocimiento de la realidad. Por supuesto debemos distinguir los dos grandes ámbitos de la intencionalidad, que son el cognoscitivo y el apetitivo o tendencial. La realidad entonces en cuanto inteligible es objeto de la inteligencia que presenta a la voluntad la perfección que implica la existencia, lo que, a su vez, hace al objeto amable y, por lo tanto, apetecible por la voluntad.

Por su parte, se llaman voluntarios a aquellos actos cuyo principio está en el agente. Así, por ejemplo, son involuntarias las acciones que se hacen por fuerza, en tanto el principio del movimiento es exterior. Aquí cabe una aclaración. Hay en rigor dos actos de la voluntad, uno que es inmediato y propio suyo, el mismo querer, del que se dice, espirado; y otro que es imperado por la voluntad, pero ejercido por otra potencia, como por ejemplo caminar, moverse, etc.

El querer propiamente dicho no puede ser movido por fuerza alguna. “Y la razón de esto es que el acto de la voluntad no es más que cierta tendencia procedente del principio intrínseco cognitivo [...]”²⁰. Los actos imperados, en cambio, sí son pasibles de violencia, en tanto el movimiento puede ser impedido por una fuerza exterior.

Pero para hablar de voluntario no alcanza con que el principio esté en el agente, porque de lo que se mueve por un principio intrínseco, unos se mueven a sí mismos y otros no. Se mueve a sí mismo aquél que tiene conocimiento del fin. De donde, el que obra por un principio intrínseco con noción del fin, tiene en sí mismo el principio para obrar y para hacerlo por un fin. El que, en cambio, no tiene noticia del fin, posee el principio de su movimiento, pero no el principio de su tendencia a moverse por un fin, sino que este principio está en otro que lo mueve al fin, como ocurre, por ejemplo, en los animales. Éstos se mueven al fin, pero sin advertir qué es fin.

Acto voluntario, entonces, es el que procede de un principio intrínseco y con conocimiento del fin. La voluntariedad es la cualidad formal del acto humano. Nos detuvimos en la noción de voluntario y sus implicancias porque Santo Tomás afirma que puede haber voluntario sin acto.

Explica el santo que lo que proviene de la voluntad puede ser de dos modos, directo o indirecto. El primer caso es el de la causa agente; el segundo, por falta de la operación respectiva. Como se verá, este segundo caso es el de la omisión. En el primer caso hay relación de causalidad entre el acto

20 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q 6, a 4, resp.

y el resultado. La voluntad, causa agente, mueve a obrar, y el acto se especifica por su objeto, que a la vez puede ser interior y exterior.

En la omisión, en cambio, las consecuencias de no obrar se atribuyen como causa al agente, por el hecho de no actuar, solamente cuando éste puede y debe obrar. “[...] así se atribuye al piloto el hundimiento de la nave, porque aquél deja de gobernarla [...] puesto que la voluntad queriendo y obrando puede, y a veces debe, impedir el no querer y el no obrar, tales omisiones de la acción se le imputan como si procediesen de ella”²¹.

En definitiva, si voluntariedad importa dominio del acto, somos tan dueños de obrar y querer como de no obrar y no querer. Pero aquí cabe una distinción ya señalada por Santo Tomás. En la simple omisión voluntaria basta que pueda omitirse una acción que se advierte como realizable, mas para que la omisión voluntaria resulte culpable, la acción omitida debe estar ligada al agente por una obligación, o sea, debe ser exigible al agente²².

Como ya vimos, en la doctrina penal, es habitual impugnar la identificación de acción y omisión o la posibilidad de un género común a ambas. Entendemos que esto se debe a una errónea, o al menos incompleta conceptualización del concepto de acción. En su caso, a la identificación exclusiva de la acción con la causalidad del resultado, a veces con una causalidad meramente instrumental. En esta perspectiva, la omisión es falta de acción y consecuentemente ausencia de causalidad entre omisión y resultado.

En cambio, si entendemos a la voluntariedad como cualidad formal del acto humano esa pretendida contradicción desaparece. La voluntad es causa eficiente de los actos humanos, activos y omisivos. Y en tanto hay voluntariedad en la omisión el resultado puede ser imputado al sujeto.

IV. Conclusión

Nos propusimos aquí analizar la temática de los denominados delitos de acción por omisión. Recorrimos las objeciones principales y acudimos a los autores que se esforzaron por proponer una explicación exhaustiva que sorteara las objeciones planteadas.

A esta altura, podemos afirmar que, a pesar de las divergencias señaladas con los doctrinarios aquí citados, es posible, al menos en algunos casos, que en el análisis concreto de algún supuesto de omisión arribemos a soluciones similares.

²¹ *Suma Teológica*, I-II, q 6, a 3, resp.

²² Adviértase que en el texto se está hablando de la omisión en sentido moral con la finalidad de determinar en qué consiste la omisión como acto reprochable.

Entendemos que este extraño fenómeno se debe a que, en concreto, la realidad y sus exigencias se imponen a toda elaboración hipotética. Negar la existencia de daños provocados por la omisión voluntaria, en definitiva, por la denominada comisión por omisión, por la imposibilidad de ubicar una categoría en un esquema teórico, parece inadmisibile.

La ubicación de la omisión como estructura típica conduce a una aporía que entendemos no resuelta más allá del esfuerzo explicativo realizado por los autores mencionados. Si la omisión debe ubicarse en el tipo; si, a la vez, caracterizamos al delito como acción, típica, antijurídica y culpable; la omisión no es acción, luego no es delito.

No parece admisible la ubicación de la omisión solamente como una estructura típica desligada de la acción. No alcanza con afirmar que la acción es el supuesto material a ser valorado por la norma en el tipo. Silva Sánchez se acerca mucho, sin embargo, cuando afirma que la conducta es el sustrato material, en tanto conducta contrapuesta o alternativa que no ha sido decidida ni controlada por el sujeto. Esta última parte, la posibilidad de decisión o control por parte del sujeto, es la clave del asunto porque necesariamente conduce a la causa de esa posibilidad de control, la voluntariedad.

No obstante, más allá de la posible coincidencia en los resultados, nuestra objeción está en el fundamento de las conclusiones. Ello así porque en consonancia con el giro copernicano propio del criticismo, donde el conocimiento se reduce al sujeto, la imputación no es aquí la atribución de una conducta y su valoración al agente, sino el juicio del sujeto imputante.

Si miramos la denominada teoría del delito sucede algo similar. Por lo menos desde el siglo XIX a esta parte se admite pacíficamente que los elementos que conforman la noción de delito son la acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Estas categorías han reemplazado progresivamente la noción de imputación y han ocupado su lugar. Pero el esquema sigue siendo el mismo, ya que la elaboración de estos elementos no siempre se hace mirando la realidad de la conducta y sus circunstancias, sino que se elaboran nociones que luego serán aplicadas a la conducta.

Inclusive si se observan las hoy denominadas corrientes funcionalistas que pretenden poner en crisis las mentadas categorías, se advertirá el mismo fenómeno. Por ejemplo, la denominada teoría del riesgo permitido es la elaboración de un ámbito desde el cual se evaluarán y calificarán las acciones.

La hoy denominada teoría del delito es, en su estructura, heredera de la noción de imputación de Kant. Así, en la actualidad, la noción de imputación y la misma noción de delito son un constructo, determinado o completado según quién elabore el correspondiente juicio de imputación.

Esta actitud intelectual desemboca, al decir de Ronco, en “[...] la abierta negación del ser, de lo verdadero, del bien y de lo justo y, consecuentemente

mente, en la reducción del sujeto humano a mero punto de referencia lógico del discurso científico, con la negación en él de todo aquello que es voluntad, operatividad real sobre el mundo y, en definitiva, de la finalidad intrínseca hacia el bien natural, a más que el sobrenatural. Lo que se predica del bien no sería verificable; por lo tanto, los argumentos propuestos para sostener la naturaleza del bien de una cierta realidad no tendrían sentido. El bien sería indefinible porque los juicios de valor dependerían de la voluntad y de la elección de cada individuo. Esta tesis aplicada al campo del Derecho excluye la posibilidad de juzgar las normas como justas o injustas, porque los juicios de valor normativo (es decir, de “validez”) dependerían exclusivamente de los actos de voluntad de aquellos que detentan el poder de producción normativa”²³.

Bibliografía

- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. Hammurabi, 541 y 542.
- Donna, E. A. (2010). *Derecho Penal. Parte General. T. II*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, 172.
- Righi, E. (2016). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 454.
- Ronco, M. (2013). Prólogo al libro de Félix A. Lamas, *El hombre y su conducta*. Colección Circa Humana Philosophia. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 11.
- Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q 6, a 4, resp.
- Silva Sánchez, J. M. (2020). *El delito de omisión, concepto y sistema*. Buenos Aires. Editorial BdeF.
- Vitale, G. L. (2018). *Dolo como actuar deliberado*. Buenos Aires. Hammurabi, 38 y 39.
- Welzel, H. (1951). *Teoría de la acción finalista*. Buenos Aires. Astrea, 18 y 19.
- Welzel, H. (1970). *Derecho Penal alemán. Parte General*. 11ª edición. Santiago de Chile. Jurídica de Chile, 237.
- Zaffaroni, E. (1997). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. EDIAR, 338.
- Zaffaroni, E. (2009). *Tratado de Derecho Penal, Parte General. T. III*. Buenos Aires. EDIAR, 83 y 84.

23 Ronco, M. Ob. cit., 9 y 10.

EL SENTIDO DEL DERECHO. LA FINALIDAD DEL MUNDO JURÍDICO

Lucila Adriana Bossini

Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina

Contacto: lucilabossini@uca.edu.ar

Recibido: 7 de febrero de 2022

Aprobado: 13 de marzo de 2022

Para citar este artículo:

Bossini, L. A. (2022). “El sentido del Derecho. La finalidad del mundo jurídico”.

Prudentia Iuris, N. 93, pp. 249-267

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.93.2022.pp.249-267>

Resumen: Esta investigación tiene el objeto de abordar el tema de la inteligibilidad del Derecho y de los demás fenómenos jurídicos a partir de la consideración del fin como principio. Expone los lineamientos principales del pensamiento clásico y los confronta con el pensamiento moderno, que impugna el fin como principio. Al analizar la esencia del Derecho, que se materializa en conductas humanas, el orden al fin aparece manifiesto en el propio concepto de Derecho, en sus distintas manifestaciones.

Palabras claves: Derecho, Finalidad del Derecho, Racionalidad del Derecho, Conducta jurídica, Principios prácticos, Naturaleza, Ley natural, Sínderesis.

**The sense of Law.
The purpose of legal world**

Abstract: This research aims to deal with the intelligible of the law and other legal phenomena taking into account that the finality of the law works as a principle. It shows the main alignments of the classical thinking and contrasts them with the modern thinking, which challenges the finality as a principle. When analyzing the essence of the law, which is materialized in the human behavior, the order at least appears within the notion of law, in its different dimensions.

Keywords: *Law, Finality of the law, Rationality of the law, Legal conduct, Practical principles, Nature, Natural law, Synderesis.*

**Il senso del diritto.
Lo scopo del mondo giuridico**

Sommario: Questa ricerca si propone di affrontare l'intelligibile del diritto e di altri fenomeni giuridici tenendo conto che la finalità del diritto funziona come principio. Mostra i principali allineamenti del pensiero classico e li contrasta con il pensiero moderno, che sfida la finalità come principio. Analizzando l'essenza del diritto, che si materializza nel comportamento umano, l'ordine appare almeno all'interno della nozione di diritto, nelle sue diverse dimensioni.

Parole chiave: Diritto, Finalità della legge, Razionalità della legge, Condotta legale, Principi pratici, Natura, Legge naturale, Sinderesi.

1. Introducción

Plantearse el sentido del Derecho y de todo el mundo jurídico, en y para la vida humana, implica investigar qué es, es decir, su esencia. A este asunto

dediqué mi obra *La verdad del Derecho*¹. Pero ahora conviene insistir en dos aspectos: la racionalidad y el principio justificante de dicha racionalidad y, en definitiva, la raíz última de su esencia e inteligibilidad. Para hallarla se debe conocer, en primer lugar, cuál es el concepto de Derecho y los demás fenómenos jurídicos.

El primer dato que salta a la vista es que el Derecho es una propiedad humana de la que surge su racionalidad. Ello es así porque la materia del fenómeno jurídico son las conductas humanas.

Si el Derecho es una norma jurídica, como sostienen los positivistas normativistas, esta, en última instancia, se refiere a acciones; o si es el resultado de una conducta jurídica, como sostiene Santo Tomás de Aquino; o si es una facultad moral, como dice Francisco Suárez, que también se refiere a un poder que se materializa en actos; o si simplemente es una acción, como lo definen Georges Kalinowski² o Guido Soaje Ramos³, entonces, el Derecho siempre refiere a una conducta humana: se realiza principalmente en la acción y por ello es esencialmente práctico.

En estos términos, el Derecho tiene en la conducta humana, exterior y social su realidad material inmediata. Ella es el soporte óntico de todo el mundo jurídico. Es también el soporte noético, pues toda la perceptibilidad de lo jurídico se actualiza empíricamente como un momento de significación de la conducta, dado que ella es lo primero que aparece en la experiencia. Así, desde un punto de vista material, la conducta aparece como el eje de articulación de todo el contenido del campo jurídico. Y en la medida en que es el soporte inmediato de la realidad jurídica, el hombre es su soporte radical, como fuente de la realidad de la conducta y de todo el Derecho⁴.

Pero el Derecho no es solo una acción que se realiza en un lugar y tiempo determinado y cualificada por todas sus circunstancias, sino que además tiene un elemento formal que supone la igualdad de la justicia y que, en primer lugar, es una ordenación inmediata de la conducta debida al merecimiento de otro y una ordenación mediata de dicha conducta al bien común y, en segundo lugar, una ordenación de la conducta a la norma jurídica, que

1 Bossini, L. A. (2020). *La verdad del Derecho. Justicia, orden y bien común*. Buenos Aires. IEF "Santo Tomás de Aquino".

2 Kalinowski, G. (1982). *Concepto, fundamento y concreción del Derecho* (estudio preliminar de C. I. Massini y traducción de C. E. Arias de Ronchietto, B. B. Calderón y C. I. Massini). Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 19. Una síntesis del concepto de Derecho como conducta en Kalinowski puede hallarse en: Herrera, D. A. (2005). *La noción de Derecho en Villey y Kalinowski*. Buenos Aires. Educa, 26.

3 Soaje Ramos, G. (1998). "El concepto de Derecho. Examen de algunos términos pertinentes". *Circa Humana Philosophia*, Año II, Nro. 3, 79-105.

4 Cfr. Lamas, F. A. (1991). *La experiencia jurídica*. Buenos Aires. IEF "Santo Tomás de Aquino".

es precisamente ordenación racional al fin (la ley opera como principio formal extrínseco de la conducta, modelo de la misma, causa ejemplar y orden racional al fin)⁵. Aquí aparece el problema de la determinación de la unidad de significación, que no es otra cosa que el núcleo inteligible del fenómeno jurídico. En el plano de la experiencia jurídica, se observa al Derecho conformando una totalidad de un conjunto de elementos que se integran en un todo de orden, por lo que debe contemplarse en el fenómeno jurídico: a) su complejidad, ya que está compuesto por elementos diversos; b) su totalidad, ya que estos elementos se hallan integrados en un todo y constituyen una unidad; c) su singularidad, ya que cada uno es distinto de otros y con notas propias⁶.

Fue Aristóteles quien elaboró la primera teoría de la acción humana (*praxis*) como acto voluntario a partir de las facultades y operaciones del alma. La *praxis* es una cierta totalidad o síntesis dinámica que incluye la intención del fin, la libertad de elección, la deliberación, las circunstancias, el imperio, la imputación, etc. Estos actos humanos voluntarios se presentan, entonces, con una estructura compleja que tiene una unidad interior que le confiere estructura inteligible, por lo que su autor es dueño de ella y responsable de sus consecuencias⁷.

Según Searle, en su libro *La racionalidad de la acción*⁸, la acción humana es esencialmente racional. Esta tesis central de su obra puede completarse con la de Brock, en *Acción y conducta*⁹, cuando afirma que el fin es la causa o explicación de la conducta.

Ahora bien, respecto a la inteligibilidad y racionalidad de la conducta humana, en general, y de los fenómenos jurídicos en particular, hay dos modelos teóricos antagónicos:

a) De una parte, el pensamiento clásico –Platón, Aristóteles, Santo Tomás de Aquino y el resto de la Escolástica, incluyendo la Segunda Escolástica– afirma la inteligibilidad y racionalidad intrínseca de la conducta humana, porque entiende que la voluntad y la razón están recíprocamente imbricadas. Consiguientemente, para esta línea doctrinal, los fines naturales de la voluntad expresan el pensamiento teleológico de la inteligencia

5 Las normas resultan ser modelo de las conductas entre los hombres y ordenan racional y necesariamente estas conductas y medios en función de determinados fines, los cuales tienden al principio y fin de toda la vida social y del Derecho, que es inmediatamente el bien particular del otro y mediatamente el bien común. En estos términos, la ley es modelo de conducta buena y justa y, por ello, causa ejemplar de aquello que modela.

6 Cf. Bossini, L. A. *La verdad del Derecho...* Ob. cit., 23-4.

7 Cf. ibídem, 25.

8 Cf. Searle, J. R. (2003). *La razionalità dell'azione*. Milano. Raffaello Cortina Editore.

9 Cf. Brock, S. L. (2000). *Acción y conducta. Tomás de Aquino y la teoría de la acción* (traducción de D. Chiner). Barcelona. Herder.

y ambos constituyen los principios de los que procede la inteligibilidad y racionalidad de la vida.

b) De otra parte, el nominalismo y voluntarismo modernos entienden que la acción humana y los demás fenómenos prácticos son intrínsecamente irracionales –o al menos “a-rationales”–, y que la inteligibilidad y racionalidad solo les puede advenir extrínsecamente. La negación del principio de finalidad es consiguiente a una doble ruptura: la inteligencia humana está divorciada del ser de las cosas, y la voluntad es independiente de la razón y principio de ella misma (autonomía de la voluntad).

2. Los principios prácticos¹⁰

Pero antes de continuar con este argumento, conviene detenernos en un breve *excursus* sobre la noción general de *principio* y su aplicación al ámbito práctico.

“[...] a todos los principios es común ser lo primero desde lo cual algo es o se hace o se conoce. Y de estos unos son intrínsecos y otros extrínsecos. Por eso es principio la naturaleza, el elemento, el designio, la sustancia y la causa final, pues el principio del conocimiento y del movimiento de muchas cosas es lo bueno y lo bello”¹¹.

Hay, pues, principios entitativos (causas), noéticos y operativos. En materia práctica, es decir, en todo aquello referido a la acción humana, el fin es principio en los tres sentidos: “*Manifestum est enim quod principia operabilium sunt fines, cuius gratia fiunt operabilia: quae ita se habent in operabilibus, sicut principia in demonstrationibus, ut habetur in secundo Physicorum*”¹².

“Y como en la razón especulativa hay cosas conocidas naturalmente, de las que se ocupa la inteligencia de los primeros principios, y otras que se conocen por medio de ellas, que pertenecen a la ciencia, así en la razón práctica preexisten ciertos principios naturalmente conocidos, que son los fines de las virtudes morales, ya que, como hemos dicho, el fin en el orden

10 En nuestro medio, Félix Lamas dedicó su atención al tema de los principios desde 1974 a nuestros días. Cf. Lamas, F. (1974). *Los principios internacionales*. Buenos Aires. Forum; (1991). *La experiencia jurídica*. Libro I, Cap. 7, V, Libro II, Cap. 7, V y Conclusión. Buenos Aires. IEF Santo Tomás de Aquino; (2002). *Los principios y el Derecho Natural*. Cap. 1. Buenos Aires. EDUCA; y en el Congreso “*Cognoscens in actu est ipsum cognitumin actu*. Sobre los tipos y grados de conocimiento”, 19, 20 y 21 de julio de 2016, Universidad Santo Tomás de Aquino, Santiago de Chile.

11 Aristóteles. *Metafísica*, Libro V, 1013 a 17-23.

12 Santo Tomás de Aquino. *In Ethicorum*, 1170.

de la acción es como el del principio en el del conocimiento; y, a su vez, hay conclusiones, que son los medios, a los cuales llegamos por los mismos fines. De estos se ocupa la prudencia, que aplica los principios universales a las conclusiones particulares del orden de la acción”¹³.

En materia práctica el fin es el primer principio, el cual está determinado por la propia naturaleza humana, en tanto incluye una constitutiva tendencia al fin que recibe el nombre de apetito natural. Al afirmar Santo Tomás que la naturaleza determina los fines que constituyen los principios del conocimiento práctico, establece que todo el orden del conocimiento práctico se asienta, como en su principio, en un conocimiento especulativo. “Así como el ente es la noción absolutamente primera del conocimiento, así el bien es lo primero que se alcanza por la aprehensión de la razón práctica, ordenada a la operación; porque todo agente obra por un fin, y el fin tiene razón de bien”¹⁴.

Los llamados principios en materia práctica son principios que enuncian un orden de cosas –la conducta y todas las circunstancias que la rodean– con el fin. De modo que el intelecto, que está en los dos extremos, no solo tiene que ver el fin como principio en la primera premisa del silogismo, sino también la congruencia del medio con el fin en concreto, para la ejecución del acto¹⁵.

El Aquinate dice que “la regla y medida de nuestros actos es la razón, que, [...] constituye el primer principio de los actos humanos, puesto que propio de la razón es ordenar al fin, y el fin es, según enseña el Filósofo, el primer principio en el orden operativo”¹⁶. Este “primer principio en el orden operativo, del que se ocupa la razón práctica, es el último fin”¹⁷.

3. La tesis principal del pensamiento clásico

Conforme con la tesis principal del pensamiento clásico, el orden jurídico se inscribe en el marco mayor del orden moral, vale decir, el orden de la conducta humana. Tanto uno como otro tienen como principio –a la vez real y noético– el fin.

13 Santo Tomás de Aquino (2010). *Suma Teológica*. Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos. II-II, q 47, a 6, resp.

14 *Ibidem*, I-II, q 94, a 2, resp.

15 Cf. Bossini, L. A. (2021). *La ley natural según Santo Tomás de Aquino. Tres consideraciones y tres conceptos*. Recuperado de http://www.viadialectica.com/libros/ley_natural_bossini.html, 77-78.

16 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q 90, a 1, resp.

17 *Ibidem*, a 2, resp.

No debe confundirse el fin como orden de perfección de la naturaleza con el fin como propósito. A su vez, debe distinguirse entre fines naturales y fines electivos; el primero es principio absoluto; el segundo, en cambio, es solo principio de una serie de conductas.

Platón había establecido los fundamentos de la doctrina de la ley natural al identificar el orden de las tendencias naturales del hombre con las reglas de la razón que las expresan. *Katá phýsin* (obrar de acuerdo con la naturaleza)¹⁸ y *katá lógon* (obrar de acuerdo con la razón)¹⁹ no son principios extrínsecos el uno al otro, porque la naturaleza humana es ella misma racional. Lo cual implica la racionalidad e inteligibilidad del querer de la voluntad. Y del imperio de la razón, y del conocimiento y querer del Bien surge la justicia como perfección del alma y de la *polis*. El bien humano, la justicia y el Derecho encuentran en la compenetración de ser, verdad y bien su fundamento metafísico inquebrantable²⁰.

Ahora bien, el que es propiamente principio es el fin natural del hombre, es decir, el fin de la naturaleza humana. Radicalmente y/o metafísicamente hablando, el fin de la naturaleza general no es otro que la perfección de esta naturaleza, pues, como dice Aristóteles en la *Física*, la naturaleza es fin, es decir, la entelequia que se identifica con el desarrollo o despliegue perfectivo de la forma sustancial natural²¹.

Para el pensamiento clásico *to dikaion* o *ius* solo se entiende en el marco de la perfección moral, que, para hablar en términos aristotélicos, es la perfección de la vida humana. En el orden social esta perfección se denomina bien común o felicidad (eudemonía o beatitud). Estas expresiones –eudemonía, felicidad, beatitud– deben ser entendidas, primariamente, en su sentido objetivo como perfección de la vida, y solo secundariamente hacen referencia a la connotación afectiva –gozo, *fruitio*–.

La inteligibilidad del Derecho, por lo tanto, debe ser comprendida como orden u ordenación a la finalidad específica de los fenómenos jurídicos, a su vez, incardinada en la finalidad genérica del orden moral o de la vida humana.

Como sostiene Lamas²², toda conducta parte de un principio intencional hacia su resultado o efecto. El término de la acción o el movimiento, en

18 Ejemplos de uso de la expresión *katá phýsin*: cf. Platón. *Las leyes*, IV 715 a, 716 a, VIII 838 c, 839 a, 841 d.

19 Por ejemplo, cf. Platón. *La república*, VI 500 c-d. También, *Las leyes*, L. I., 631e.

20 Cf. Bossini, L. A. (2022). *La ley natural según Santo Tomás de Aquino. Tres consideraciones y tres conceptos*. Buenos Aires. IEF “Santo Tomás de Aquino”, especialmente el Capítulo IV “Platón”, 67-76.

21 Aristóteles (1995). *Física* (traducción y notas de Guillermo R. Echandía). Madrid. Editorial Gredos S.A., 193 a.

22 Con respecto al tema en estudio en el presente capítulo, el principio de finalidad, se

cuanto término intencional, y el de la causa eficiente –que es su principio–, es el fin o causa final –aquello por cuya razón algo es–. Dicho término es un efecto del principio moviente a la vez que es principio motivo del mismo principio moviente. “Las causas eficiente y final se corresponden recíprocamente, puesto que la eficiente es principio del movimiento y el fin término [...] La causa eficiente es, por consiguiente, causa del fin, y el fin, a su vez, causa de la eficiente [...] la causa eficiente tiene su causalidad a partir de la causa final”²³ porque “aunque el fin sea último en el orden del ser en algunas cosas, siempre es primero en orden a la causalidad. De donde se dice que es causa de las causas, porque es causa de la causalidad en todas las causas”²⁴.

En este sentido, cabe hablar de dos mociones: una, en el orden del ejercicio cuya primacía debe ser atribuida a la causa eficiente; otra, en el orden de la especificación, cuya primacía corresponde a la causa final²⁵. De esto se sigue una consecuencia de suma importancia: el fin atrae al agente en la medida en que está intencionalmente en él (ha sido participado por él) al haber sido conocido como fin.

Santo Tomás, en el *Tratado de los actos humanos*, al tratar el objeto y fin del acto voluntario²⁶, le da forma acabada a esta teoría. Según el Aquinate, la intención se refiere al fin como término del movimiento voluntario. Como en todo movimiento, el término puede ser doble: a) el término último, en el cual se descansa y donde termina todo el movimiento; b) el término medio, principio de una parte del movimiento y término de la anterior. En el hombre el modo de intención del fin, que mueve a la acción, en cuanto ordena el movimiento propio o de otro, se realiza mediante la razón.

Con la proposición *todo agente obra por un fin*²⁷, Santo Tomás expresa el principio de finalidad. Es un principio en tanto no requiere demostración, ya que, por el contrario, él mismo es principio de demostración. Por ello es usado como primer principio absoluto en las demostraciones morales, siendo la *sindéresis* –debe hacerse el bien y evitarse el mal– la aplicación del principio de finalidad a la acción humana.

sigue el texto: Lamas, F. A. (2013). *El hombre y su conducta*. Buenos Aires. IEF Santo Tomás de Aquino, 220-239.

23 Tomás de Aquino. *In V Metaphysicorum*, lec. II, 775.

24 *Ibidem*, lec. III, 782.

25 *Finis etsi sit postremus in executione, est tamen primus in intentione agentis* (Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II q 1, a 1, ad. 1).

26 Cf. Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-IIae, q 12, a. 2, 4.

27 *Omne agens agit propter finem: alloquin ex actione agentis non magis sequeretur hao quam illeud, nisi a casu* (*ibidem*, I q 44, a 4).

Señala Santo Tomás que en las obras humanas, para que pueda haber alguna rectitud, es conveniente hallar un principio permanente, que tenga una rectitud inmutable, de modo que todos los actos humanos puedan ser examinados de acuerdo con este principio permanente, por el cual debe resistirse todo mal y asentirse todo bien²⁸.

Solo los actos finales del hombre, mediante los cuales alcanza su fin último –Dios: Verdad y Bondad infinitas–, son absolutamente perfectos. En cambio, todos los actos vitales del hombre que no consisten en el fin último formal de este, deben ser considerados como movimientos –reducidos en su formalidad a medios– hacia el fin.

4. Los orígenes de la impugnación del fin como principio

La Edad Moderna se caracteriza por ser un período de rupturas sucesivas. Fue un tiempo de lucha entre los defensores de la *Universitas Christianorum* y quienes pretendían inaugurar un nuevo ciclo histórico-cultural divorciado de los principios de la civilización clásica, del orden natural y de la Revelación Cristiana. El racionalismo y el empirismo, resumidos en el criticismo kantiano, tuvieron en común el principio de la inmanencia gnoseológica y constituyeron el umbral del idealismo, el positivismo y el materialismo. La tendencia fue pensar, a partir de Hume, que el mundo y la realidad en general no implican en sí una dimensión valiosa; es decir, que el valor es ajeno a la constitución del ser; se trazó así la senda que debía conducir al escepticismo, al subjetivismo, al relativismo o al irracionalismo axiológico²⁹.

28 Cf. Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-IIae, q 16, a 2, resp.

29 Cf. Lamas, F. A. (1985). *Ensayo sobre el orden social*. Buenos Aires. IEF “Santo Tomás de Aquino”, 83-86. En el Capítulo II “El mundo moderno y la quiebra del orden social cristiano”, Lamas señala: “Este giro copernicano del teocentrismo cristiano al antropocentrismo moderno tuvo graves consecuencias en las artes, en la unidad de los saberes y en la ordenación de las conductas. Desvinculado el pensamiento de sus raíces en la realidad, quedó librado a un proceso de atomización y de desarrollo de compartimentos estancos. Dentro de tal marco fue posible la separación que *Maquiavelo* formulara entre la política y la moral; y que posteriormente se hiciera explícita entre el orden moral y el Derecho y la economía. Fue lógico el ciclo decadente de las bellas artes. Y se comprende la babel ideológica, filosófica y científica que caracteriza al mundo de hoy. El humanismo moderno creó las condiciones de la aniquilación del hombre; porque al querer exaltarle, en el mismo acto le amputó su referencia a un principio trascendente, única fuente y garantía de su realidad y plenitud. El hombre, desordenado de su principio, no tiene otro camino que el de su desfiguración. Por eso, el humanismo, naturalista y antropocéntrico, devino por necesidad en sensualismo, materialismo y corrupción”. *Ibidem*, 86.

El pensamiento moderno tiene sus fuentes en el voluntarismo medieval. El voluntarismo, en general, implica el debilitamiento, en el plano del pensamiento, de las estructuras permanentes de la realidad, en la misma medida en que afecta al ejemplarismo divino. Implica, también, un debilitamiento de la confianza en la capacidad de la inteligencia humana para descubrir la estructura de la realidad. Ello trae como consecuencia, en el pensamiento social, jurídico y político, el resquebrajamiento de los fundamentos del Derecho Natural y, por lo tanto, el desconocimiento de las orientaciones finalistas y perfectivas que son inmanentes a la esencia del hombre y al resto de la realidad, así como un alejamiento progresivo de la actitud objetiva del pensamiento clásico. A partir del afianzamiento de estas corrientes, la realidad humana se va a explicar más por decisiones, arbitrios, acuerdos, que por la estructura misma del hombre³⁰.

La tesis clásica implica el reconocimiento de la realidad de la naturaleza específica y de su cognoscibilidad, naturalmente referida a los fines naturales humanos. En el nominalismo inaugurado por Ockham se niega explícitamente este fundamento —el nominalismo consiste en la negación de la realidad de las esencias específicas y la identificación de pensamiento y lenguaje—. A su vez, como consecuencia del voluntarismo —del que surgirá el contractualismo—, el fin natural fue desplazado por el fin electivo. En este contexto, los fines de la vida humana se reducen a propósitos con toda la contingencia individual que ellos implican.

Desde este punto de vista, no hay fines naturales humanos específicos, ni el fin tiene valor de causa. Si se piensa que la ley natural es una ordenación racional hacia fines naturales, es evidente que para esta concepción metafísica carece de sentido hablar de ley natural, por lo menos, en el sentido clásico. Esto afecta en la raíz la posibilidad de intelección de la vida moral y el Derecho como orden de conductas. De ese modo, los fines naturales y, más específicamente, el concepto de bien común, serán sustituidos por el gusto o el placer, el interés general o la absolutización del sujeto como fin.

5. Tres autores que sintetizan las líneas principales del pensamiento moderno

5.1. Hume

En su crítica al pactismo, David Hume establece que la justicia es fruto de la razón utilitaria, “las reglas de la equidad y de la justicia dependen

30 Cf. Lamas, F. A. (1975). *La concordia política*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 135-137.

por completo del estado y condición particulares en que los hombres están situados, y deben su origen y existencia a la utilidad que resulta para el público de su observación estricta y regular”³¹.

La utilidad, a su vez, “es solo una tendencia hacia cierto fin”³². Los fines no son racionales. “Parece evidente que los fines últimos de las acciones humanas no pueden ser explicados, en ningún caso, por la razón, sino que se recomiendan por entero a los sentimientos y afecciones del género humano, sin dependencia de las facultades intelectuales”³³. La felicidad, a su vez, está constituida por el gusto, como opuesto al dolor³⁴.

Para Hume, la finalidad social es la utilidad. En lugar de establecer un fin que sea un bien en sí mismo, la utilidad resulta ser un medio para obtener un fin meramente subjetivo: el gusto o la felicidad como sentimiento³⁵.

La filosofía de Hume conduce a una moral utilitarista, fundada en el sentimiento y el placer, se caracteriza por el voluntarismo, el nominalismo y la desvalorización de la inteligencia humana. Ella solo puede discurrir acerca de los medios, de lo útil, pero no acerca de los fines. De este modo, el escepticismo especulativo conduce al escepticismo moral. La noción de interés y de útil, que desde el nacimiento del utilitarismo hasta nuestros días está presente en las corrientes escépticas o relativistas en materia ético-política, se distancia profundamente del sentido que tenía para los clásicos y el cristianismo medieval o para la Segunda Escolástica³⁶.

5.2. Rousseau

El pensamiento roussoniano parte de una tesis que opera como principio. Se trata de la autonomía de la voluntad que, en definitiva, puede formularse de este modo: “[...] la voluntad humana (que es libertad) solo puede ser obligada por ella misma”. Ahora bien, ¿cómo justificar la autoridad política y la obligación jurídica a partir de este principio? He aquí el problema.

Pero repárese en estas palabras del filósofo ginebrino: “[...] si la aparición de los intereses particulares ha hecho necesaria la creación de las sociedades, es el acuerdo de estos mismos intereses lo que la ha hecho posible. Es

31 Hume, D. (1968). *Investigación sobre los principios de la moral* (traducción y prólogo de M. Fuentes Benot). Buenos Aires. Aguilar, Sección III, Parte I, parágrafo 17, 43.

32 Ídem.

33 *Ibidem*, ap. I, par 112, 175.

34 *Ibidem*, par. 114, 177.

35 Esta concepción de la felicidad como sentimiento será recogida por Kant, al negar que pueda ser fin del Estado y la ley, y fin objetivo de la moralidad, como se verá después.

36 Cf. Lamas, F. A. *La concordia política*. Ob. cit., 168-169.

lo que de común hay en los diferentes intereses lo que constituye el vínculo social, y, si no hubiera algún punto de coincidencia en todos los intereses, no podría existir ninguna sociedad. Ahora bien, la sociedad únicamente debe ser regida sobre ese interés común³⁷.

Una vez constituido el Estado mediante el pacto, la unidad es conservada por la voluntad general. Esta no consiste en el número de votos sino más bien en el querer “el interés común que los une”³⁸. Por ello hay “gran diferencia entre la voluntad de todos y voluntad general; esta se refiere al interés común; la otra, al interés privado, y no es más que una suma de voluntades particulares: pero quitada de esas mismas voluntades los más y los menos que se destruyen entre sí, y queda como suma de las diferencias la voluntad general”³⁹. Pero si bien la voluntad general no coincide con la voluntad de los votantes, lo cierto es que la votación es la única manera de llegar a conocerla; de tal forma la mayoría viene siempre a tener razón: “[...] del cálculo de votos se saca la declaración de la voluntad general y cuando vence la opinión contraria a la mía, ello no prueba otra cosa que me había equivocado, y lo que yo creía la voluntad general no lo era. Si hubiera vencido mi opinión particular, yo habría hecho cosa distinta de la que quería, y es entonces cuando no habría sido libre”⁴⁰. La voluntad general siempre tiene razón⁴¹, porque ella es la expresión abstracta del interés general.

Señala Rousseau que el acuerdo entre los intereses particulares es lo que hace posible la existencia de la sociedad, lo que hay de común en los diferentes intereses es lo que constituye el vínculo social⁴². “El interés general, común a todos, es el vínculo de unión en la sociedad; el interés particular, por el contrario, es la fuente de la disolución del estado”⁴³. Por ello, la vida social o se funda en la fuerza –que es lo contrario a la justicia y al Derecho– o en el pacto social –en el que el hombre encuentra la garantía de que su libertad y sus derechos serán respetados, ya que es absurdo pensar que al suscribirlo todos los ciudadanos vayan en su totalidad a esclavizarse⁴⁴. “El que se niegue a obedecer a la voluntad general será obligado a ello por todo el cuerpo, lo cual no significa otra cosa que se le obligará a ser libre”⁴⁵.

37 Rousseau, J. (1970). *Contrato Social* (introducción de A. Rodríguez Huescar y traducción de C. Bergés). Madrid. Aguilar, L. 2, C. 1, 27.

38 *Ibidem*, L. II, C. IV, 34.

39 *Ibidem*, L. II, C. II, 113-114.

40 *Ibidem*, L. IV, C. 2, 113-114.

41 Cf. *ibidem*, L. IV, C. 1.

42 Cf. *ibidem*, L. 2, C. 1, 27.

43 Lamas, F. (1975). *La concordia política*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 154.

44 Cf. Rousseau, J. *Ob. cit.*, L. 2, C. III.

45 *Ibidem*, L. I, C. VII, 21.

“Así como la Naturaleza da a cada hombre un poder absoluto sobre todos sus miembros, el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos, y es este poder el que, dirigido por la voluntad general, lleva, como he dicho, el nombre de soberanía”⁴⁶.

En la postura clásica el Estado surge de la concordia política, de la unión de los miembros de la sociedad surgida de la convergencia de voluntades natural y objetiva. En cambio, Rousseau recurre a la ficción de un pacto social que no ha ocurrido en la historia y a partir del cual la unidad es conservada por la voluntad general.

Esta voluntad general siempre tiene razón, no se equivoca, es infalible, ya que parte de un acuerdo abstracto en el interés común. Como no se trata de un acuerdo concreto, en los hechos, el querer de la voluntad general que también es abstracta –como el mismo pacto y como la asamblea o el pueblo– puede estar dirigido a objetivos injustos, ajenos al bien común; convirtiéndose su doctrina en la base de todos los totalitarismos posteriores.

5.3. *Kant*

“La causa del derecho no es la felicidad [...] sino la libertad”⁴⁷. Esta tesis, enunciada ya en el curso del semestre de verano de 1784, será reiterada en las obras sucesivas (*Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, *Crítica de la razón práctica*, *Metafísica de las costumbres*, *Doctrina del Derecho*, *Teoría y práctica del Derecho Político*). En la *Crítica de la razón práctica* (L. 1, Cap. I, Teorema 2, Observación 2), Kant justifica dicha afirmación en términos absolutamente universales. La felicidad no puede ser principio de la Moral, del Estado y del Derecho por su carácter empírico y contingente, dado que ella se reduce a un estado de bienestar, de placer o gusto. Sigue en este punto, como se ve, a la posición de Hume a la que ya hiciéramos referencia. Así entendida, la felicidad es un fenómeno meramente individual que no puede constituir ni el principio ni la regla de la voluntad pura, que se identifica con la misma razón práctica pura. Voluntad pura y razón práctica pura son entendidas formalmente como libertad sujeta a la condición de posibilidad de una libertad universal. “La libertad del hombre es la condición según la cual el hombre puede ser un fin en sí mismo”⁴⁸. De ahí se sigue la famosa definición del Derecho: “[...] el Derecho es la limitación de la libertad en base a la cual la libertad puede coexistir con aquella de cualquier otro

46 *Ibidem*, L. II, C. 4, 32.

47 Kant, I. (2016). *Naturrech Feyerabend, Lezione sul Diritto Naturale* (traducción de N. Hinske y G. Sadun Bordoni). Milano. Bompiani il pensiero occidentale, 1329.

48 *Ibidem*, 1320.

según una regla universal⁴⁹. Esta definición será reiterada con ligeras modificaciones a lo largo de toda la obra posterior del filósofo.

Repárese que “la coacción es la limitación de la libertad” en la que consiste el Derecho⁵⁰. Esto implica dos cosas: 1) el Derecho estricto se identifica con la fuerza coactiva que limita la libertad exterior de los hombres y cuyo fin es la seguridad del Estado y de su orden institucional; 2) la equidad, que es “un Derecho ético”, es el ideal del Derecho, pero no Derecho vigente, sujeto a la ley universal de libertad bajo la cual el hombre puede ser un fin para sí mismo⁵¹.

Para Kant, lo definatorio es la coacción, el límite mismo de la libertad, límite que él confunde en última instancia con la fuerza. Ni el Derecho, ni la justicia, ni el fin del Estado, ni el pacto aluden a intereses concretos y reales del hombre. La abstracción y el formalismo han llegado a uno de sus momentos culminantes y de mayor alejamiento de la realidad. El vínculo de unión del Estado no es otra cosa que el poder. Con las antinomias kantianas entre libertad y poder, moral y Derecho, etc., está ya preparado el camino que va a llevar al pensamiento contemporáneo⁵².

6. Conclusiones

Para el pensamiento clásico, el fin como principio se identifica con el fin de la naturaleza humana que se realiza o concreta en la perfección de esa naturaleza o entelequia. Esta perfección consiste en el desarrollo completo de la forma sustancial. Se trata, en definitiva, de la perfección de la vida moral del hombre, la felicidad o eudemonía, y que en tanto es vida social, implica al Derecho, con la consiguiente realización inmediata de la justicia particular y, mediatamente, el bien común. El fin del Derecho es el bien particular del otro y, luego, el bien común, que primariamente es solo percibido como interés general o utilidad común. Es el principio del orden del mundo jurídico y el principio de ordenación de la conducta jurídica. Esta referencia al interés general o bien común de la conducta justa, no es otra cosa que la

49 Ídem.

50 *Ibidem*, 1328.

51 Confróntese toda la introducción de la obra. Lamas, en ¿Es la persona un fin para sí mismo?, afirma que el enunciado “la persona es fin para sí misma, de sí misma y para sí misma” es absurdo y autocontradictorio. Lamas, F. (2014). “La persona: divina, angélica, humana”. *Actas del I Congreso Internacional Tomista* (81-95). Santiago de Chile, CET.

52 Lamas, F. A. *La concordia política*. Ob. cit., 163-165. En el campo jurídico, por ejemplo, Hans Kelsen –neo-kantiano de la escuela de Marburgo– va a ser quien enfatizará más la dicotomía racional-empírico en el Derecho y quien con más claridad va a insistir en que el Derecho no es otra cosa que coacción organizada. Cf. *ibidem*, 164-165.

forma del fenómeno jurídico y aquello que convierte a la conducta en jurídica. La juridicidad, como razón formal del Derecho, consiste en una doble adecuación u ordenación: a) una ordenación inmediata de la conducta debida al merecimiento del otro y una ordenación mediata de dicha conducta al fin social (interés general o bien común); b) una adecuación de la conducta a la norma jurídica, que es precisamente la ordenación racional al fin⁵³.

La esencia del Derecho y su inteligibilidad debe investigarse en torno al objeto terminativo del acto de justicia, o, en otras palabras, de la acción o conducta humana que realiza esta igualdad. Pese a la diversidad y pluralidad de factores que integran los fenómenos jurídicos se puede encontrar el elemento inteligibilizador en su naturaleza racional práctica, es decir, en el orden a un fin realizado por conductas. En el orden reside la unidad de sentido que le da inteligibilidad a un estado de cosas que integran el mundo de lo jurídico. Así, cada hecho singular puede ser entendido a luz del dinamismo del orden⁵⁴.

En la analogía del término “Derecho” aparece la conducta justa en su objetividad terminal como aquello que con mayor propiedad es llamado Derecho. La conducta social es la materia del fenómeno jurídico, es decir, aquello sobre lo que recae la experiencia jurídica. Esta conducta es atribuida al hombre como sujeto racional, volitivo, libre y responsable. Se encuentra determinada por tres notas: humanidad, exterioridad y alteridad. Esta última guarda estrecha relación con la sociabilidad y politicidad del hombre. La conducta, si bien tiene un principio interior del cual procede su inteligibilidad como acontecimiento específicamente humano (racional), también debe poseer una exteriorización social, en tanto debe ingresar en el mundo del conocimiento social⁵⁵.

No se trata de una conducta aislada, sino de una conducta social en la que están implicados otros sujetos, porque es una conducta interactiva y, además, comunitaria. La materia del Derecho, entonces, no es una cosa simple, sino, como ya se ha dicho, es compleja. Por ello es necesario analizar el orden de los elementos que lo integran.

El hombre realiza el bien que le es propio como valor personal, o como fin perfectivo de su naturaleza, mediante su acción específica: el acto voluntario. Y ese bien o valor consiste en una doble ordenación al fin y a la norma. Este es el orden formal constitutivo de la moral y del Derecho. En el ámbito jurídico, el orden formal de la conducta justa se identifica con el orden de la justicia. Ella es la índole general del Derecho que como valor constituye el

53 Cf. Lamas, F. A. *La experiencia jurídica*. Ob. cit., 367.

54 Cf. Bossini, L. A. *La verdad del Derecho*. Ob. cit., 57-59, 93-94.

55 Cf. Lamas, F. *La experiencia jurídica*. Ob. cit., 356-9.

bien del Derecho y se materializa en la igualdad que significa que cada uno tenga lo suyo⁵⁶.

Según Santo Tomás de Aquino, el principio de finalidad se expresa en el axioma “todo agente obra por un fin”. Su aplicación a la conducta humana se enuncia en el primer principio de la *praxis* “debe hacerse el bien y evitarse el mal”.

En palabras del Aquinate, la conclusión final del pensamiento clásico puede enunciarse en estos términos: “[...] así como nada hay firme en el ámbito de la razón especulativa a no ser por reducción a los primeros principios indemostrables, así nada hay consistente en el terreno de la razón práctica sino por reducción al fin último, que es el bien común. Mas lo que la razón establece de este modo tiene carácter de ley”⁵⁷. Estos principios expresan los fines primarios de la naturaleza humana, que son inmediatamente evidentes, a los cuales está ordenada e inclinada naturalmente. Por eso, estos principios se abstraen en nuestra experiencia moral, y de un modo obvio y natural, de las inclinaciones primarias de nuestra naturaleza hacia sus fines fundamentales, el bien y la felicidad, es decir, el último fin⁵⁸.

En cambio, se ha visto que si no existe una naturaleza específica no pueden existir fines naturales. Consiguientemente, la felicidad (eudemonía, beatitud), lejos de ser una perfección final objetiva, es solo un sentimiento o estado subjetivo de bienestar y, si se entiende que los clásicos identificaron el bien político como la felicidad de la *polis*, es obvio que este concepto no puede ser reconocido, ni entendido por la mentalidad moderna. Para el pensamiento moderno, ni el bien común, ni la felicidad objetiva pueden ser fines de la moral, del Estado y del Derecho.

Curiosamente, Rousseau y Kant, aunque parten de la libertad como principio o, lo que es lo mismo, del principio de autonomía de la voluntad, arriban a una concepción en la que, de hecho, la obligación jurídica y política se resuelve en una necesidad coactiva y así, tal como lo habían sostenido Hobbes y Espinoza, el Derecho se reduce a la fuerza. Por su parte, Hume, aunque rechazando el pactismo, al partir de una noción de justicia fruto de la razón utilitaria, desemboca en un escepticismo y relativismo en materia

56 Cf. Bossini, L. A. *La verdad del Derecho*. Ob. cit., 216. En palabras de Aristóteles, “la justicia es una clase de posición intermedia” (*Ética Nicomáquea*, V, 1, 1129 a 2-3), “hay algún término medio de lo desigual, que es lo igual” (ibídem, V, 3, 1131 a 11-12), “y puesto que lo igual es un medio, lo justo será también una especie de medio” (ibídem, V, 1, 1129 a 13-14). Se trata de un medio entre un provecho y una pérdida, entre lo más y lo menos y consiste en tener una cantidad equivalente antes y después, “ya que tener menos es sufrir injusticia y tener más es cometerla” (ibídem, V, 4, 1134 a 14-15).

57 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-IIae, q 90, a 2, ad. 3.

58 Cf. Soria, C. en Santo Tomás de Aquino (2013). *Suma Teológica*. Tomo VI. Madrid. BAC, comentario a la q 94, 114.

ético-política, que plantea una vida social problemática en torno de gustos, placeres y sentimientos que son siempre subjetivos e irracionales.

Como consecuencia del voluntarismo se vio afectado todo el orden de fines; a raíz de ello, se produjo una grave mutación del concepto de ley, la cual ya no podía ser admitida como una *ordinatio rationis* o verdad práctica objetiva, sino como un mandato voluntario, no sujeto a ninguna predeterminación racional. También debió modificarse el concepto de Derecho; el pensamiento moderno no lo entendió como lo justo objetivo o la *ipsa res iusta*, sino como una mera facultad moral o poder subjetivo. En cuanto al tema del orden social y de su constitución, una consecuencia evidente del voluntarismo fue el contractualismo, como corriente jurídico-política característica de toda la modernidad⁵⁹.

Como es lógico, el principio de inmanencia que caracteriza al racionalismo y a la Filosofía contemporánea se extendió también al Derecho. El proceso va desde los autores racionalistas fundadores de la Escuela (racionalista) del Derecho Natural hasta los empiristas y positivistas. Es decir, hay un proceso de progresiva inmanencia en el Derecho.

El primer paso consistió en afirmar que el Derecho no tiene otro fundamento de validez fuera de sí mismo. Y este fundamento, al que se denomina “Derecho Natural”, es un dato de la conciencia. De ahí se siguen dos órdenes jurídicos paralelos: el Derecho Natural, como un Derecho completo en sí mismo y el Derecho Positivo, igualmente completo. El primero es orientación del segundo, pero no constituye con este –como lo es para la doctrina

59 Cf. Lamas, F. A. *Ensayo sobre el orden social*. Ob. cit., 89-90. Señala Lamas: “En el Derecho, el contractualismo se manifestó dando primacía al contrato dentro de las fuentes jurídicas. En su forma más aguda consideraba al contrato como la última fundamentación posible de todo régimen obligatorio. Sus fundamentos, implícitos o explícitos, según los casos, consistían en una conceptualización del Derecho como poder, facultad o libertad, y el *principio de la autonomía de la voluntad*, que encontrará como máximos expositores a *Rousseau* y *Kant*. Ello llevó no solo a una profunda alteración del concepto de Derecho sino también a un cambio profundo de la doctrina de la justicia. *Lo justo* –que para la concepción clásica y tomista tenía un contenido objetivo– se relativiza o formaliza; cualquier materia puede ser justa o injusta, según que haya sido o no convenida. *Lo justo* se convirtió así en sinónimo del cumplimiento de los pactos, con prescindencia de su contenido en orden al bien común, de la distribución según títulos no contractuales y, en el ámbito de las conmutaciones, aun con prescindencia de la reciprocidad en los cambios. Repárese en la magnitud del giro cumplido: el *Derecho* no es lo *justo*, sino poder, facultad o libertad; la justicia del bien común y la distributiva se reducen a la conmutativa; ésta, a su vez, es despojada de su dimensión objetiva y es asimilada al deber de cumplir los pactos. De tal forma, estaban puestas las bases para una transformación en la raíz de todo el orden social, pues todo el tráfico comercial, financiero, industrial, agrario, laboral, familiar, etc., iba a configurarse progresivamente sobre los moldes arbitrarios del contrato; vale decir, el orden social se vio forzado a constituirse sobre la base de la pugna de intereses”. *Ibidem*, 90.

clásica⁶⁰– una unidad válida y vigente. En otras palabras, parecen desvincularse validez y vigencia; la validez es atributo del Derecho Natural y el Derecho Positivo queda reducido a fuerza o coacción. Y, en todo caso, no hay principios trascendentes al Derecho: así, ni Dios, ni el bien común resultan principios últimos de validez del orden jurídico⁶¹.

Bibliografía

- Aristóteles (1995). *Física* (traducción y notas de Guillermo R. Echandía). Madrid. Editorial Gredos S.A., 193 a.
- Aristóteles. *Metafísica*, Libro V, 1013 a 17-23.
- Bossini, L. A. (2020). *La verdad del Derecho. Justicia, orden y bien común*. Buenos Aires. IEF “Santo Tomás de Aquino”.
- Bossini, L. A. (2021). *La ley natural según Santo Tomás de Aquino. Tres consideraciones y tres conceptos*. Recuperado de http://www.viadialectica.com/libros/ley_natural_bossini.html, 77-78.
- Bossini, L. A. (2022). *La ley natural según Santo Tomás de Aquino. Tres consideraciones y tres conceptos*. Buenos Aires. IEF “Santo Tomás de Aquino”, especialmente el Capítulo IV “Platón”, 67-76.
- Brock, S. L. (2000). *Acción y conducta. Tomás de Aquino y la teoría de la acción* (traducción de D. Chiner). Barcelona. Herder.
- Herrera, D. A. (2005). *La noción de Derecho en Villey y Kalinowski*. Buenos Aires. Educa, 26.
- Hume, D. (1968). *Investigación sobre los principios de la moral* (traducción y prólogo de M. Fuentes Benot). Buenos Aires. Aguilar, Sección III, Parte I, parágrafo 17, 43.
- Kalinowski, G. (1982). *Concepto, fundamento y concreción del Derecho* (estudio preliminar de C. I. Massini y traducción de C. E. Arias de Ronchietto, B. B. Calderón y C. I. Massini). Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 19.
- Kant, I. (2016). *Naturrech Feyerabend, Lezione sul Diritto Naturale* (traducción de N. Hinske y G. Sadun Bordoni). Milano. Bompiani il pensiero occidentale, 1329.
- Lamas, F. (1975). *La concordia política*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 154.
- Lamas, F. (1974). *Los principios internacionales*. Buenos Aires. Forum.
- Lamas, F. (1985). *Ensayo sobre el orden social*. Buenos Aires. IEF “Santo Tomás de Aquino”, 83-86.

60 Para la doctrina clásica, validez y vigencia son dos propiedades de un único Derecho, que es, a la vez, válido y vigente.

61 Basado en apuntes de clases del Prof. Félix Lamas. Este dualismo de dos derechos no puede sostenerse. En consecuencia, al dualismo iusnaturalista le siguió el monismo positivista, según el cual no hay Derecho Natural, sino solo Positivo. Esta será la conclusión de Hobbes, Hume, Kant, Hegel y los positivistas contemporáneos.

- Lamas, F. (1991). *La experiencia jurídica*. Buenos Aires. IEF “Santo Tomás de Aquino”.
- Lamas, F. (1991). *La experiencia jurídica*. Libro I, Cap. 7, V, Libro II, Cap. 7, V y Conclusión. Buenos Aires. IEF Santo Tomás de Aquino.
- Lamas, F. (2002). *Los principios y el Derecho Natural*. Cap. 1. Buenos Aires. EDUCA
- Lamas, F. A. (2013). *El hombre y su conducta*. Buenos Aires. IEF Santo Tomás de Aquino, 220-239.
- Lamas, F. (2014). “La persona: divina, angélica, humana”. *Actas del I Congreso Internacional Tomista* (81-95). Santiago de Chile, CET.
- Lamas, F. Congreso “*Cognoscens in actu est ipsum cognitum in actu*. Sobre los tipos y grados de conocimiento”, 19, 20 y 21 de julio de 2016, Universidad Santo Tomás de Aquino, Santiago de Chile.
- Platón. *Las leyes*, IV 715 a, 716 a, VIII 838 c, 839 a, 841 d.
- Platón. *La república*, VI 500 c-d. También, *Las leyes*, L. I., 631e.
- Rousseau, J. (1970). *Contrato Social* (introducción de A. Rodríguez Huescar y traducción de C. Bergés). Madrid. Aguilar, L. 2, C. 1, 27.
- Santo Tomás de Aquino. *In Ethicorum*, 1170.
- Santo Tomás de Aquino (2010). *Suma Teológica*. Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos. II-II, q 47, a 6, resp.
- Searle, J. R. (2003). *La razionalità dell'azione*. Milano. Raffaello Cortina Editore.
- Soaje Ramos, G. (1998). “El concepto de Derecho. Examen de algunos términos pertinentes”. *Circa Humana Philosophia*, Año II, Nro. 3, 79-105.
- Soria, C., en Santo Tomás de Aquino (2013). *Suma Teológica*. Tomo VI. Madrid. BAC, comentario a la q 94, 114.
- Tomás de Aquino. *In V Metaphysicorum*, lec. II, 775.
- Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II q 1, a 1, ad. 1.

PARTE III

NOTAS Y COMENTARIOS

UN PROYECTO DE LEY QUE ADMITE LA EUTANASIA ACTIVA

Eduardo A. Sambrizzi

Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina

Contacto: eduardosambrizzi@uca.edu.ar

Recibido: 10 de febrero de 2022

Aprobado: 16 de marzo de 2022

Para citar este artículo:

Sambrizzi, E. A. (2022). “Un Proyecto de ley que admite la eutanasia activa”.

Prudentia Iuris, N. 93, pp. 271-285

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.93.2022.pp.271-285>

Resumen: El reciente Proyecto de ley presentado ante el Congreso de la Nación en Argentina busca la legalización de la eutanasia fundamentando, principalmente, que tal acción permitiría el acceso de las personas comprendidas en la ley a una muerte digna. Aquí se expone cómo la dignidad inherente a todos los seres humanos basta para condenar la eutanasia, resultando inadmisibles los enfoques éticos que buscan legalizar el fin de una persona de manera provocada. Si bien la protección de la vida no debe justificar prácticas conocidas como encarnizamiento terapéutico, ello no implica que la eutanasia aporte una verdadera solución al problema del sufrimiento humano. Siguiendo las consideraciones mencionadas, a continuación, se explican de manera sucinta los principales puntos del Proyecto de ley.

Palabras clave: Eutanasia, Proyecto de ley, Dignidad humana, Encarnizamiento terapéutico, Eutanasia activa.

A bill that admits active euthanasia

Abstract: The recent bill presented to the National Congress in Argentina, seeks the legalization of euthanasia, basing mainly on the fact that such an action would allow the access of persons covered by the law to a dignified death. Here it is exposed how the inherent dignity of all human beings is enough to condemn euthanasia, resulting inadmissible ethical approaches that seek to legalize the end of a person in a provoked manner. Although the protection of life should not justify practices known as therapeutic cruelty, this does not imply that euthanasia provides a true solution to the problem of human suffering. Following the aforementioned considerations, the main points of the bill are briefly explained below.

Keywords: *Euthanasia, Bill, Human dignity, Therapeutic fierceness, Active euthanasia.*

Una bolletta che ammette l'eutanasia attiva

Sommario: Il recente disegno di legge presentato al Congresso Nazionale in Argentina, mira alla legalizzazione dell'eutanasia, basandosi principalmente sul fatto che tale azione consentirebbe l'accesso delle persone incluse nella legge a una morte dignitosa. Qui viene esposto come la dignità intrinseca di tutti gli esseri umani sia sufficiente per condannare l'eutanasia, con conseguenti approcci etici inammissibili che cercano di legalizzare la fine di una persona in modo provocatorio. Sebbene la protezione della vita non debba giustificare pratiche note come crudeltà terapeutiche, ciò non implica che l'eutanasia fornisca una vera soluzione al problema della sofferenza umana. A seguito delle suddette considerazioni, di seguito vengono brevemente illustrati i punti salienti del disegno di legge.

Parole chiave: Eutanasia, Conto, Dignità umana, Ferocia terapéutica, Eutanasia attiva.

1. El Proyecto de ley presentado en el Congreso

Los Diputados Alfredo Cornejo, Jimena Latorre y Alejandro Cacace presentaron en la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación un Proyecto de ley que admite la eutanasia a pedido de la persona que sufre una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico o incapacitante, debiendo considerarse como tal, a todos los efectos de la ley –según resulta de su artículo 4º–, “a la situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable”.

Varios son los cuestionamientos de diversa especie –inclusive de carácter técnico– que pueden hacerse con respecto al Proyecto; antes de entrar en ellos, me ocuparé de las razones que fundamentan mi rechazo a la sanción de una ley como la que se pretende.

2. Se suele fundamentar la procedencia de la eutanasia con la afirmación de que la persona debe tener una muerte digna

Se suele afirmar –y el Proyecto no escapa a ello– que todas las personas deben tener una muerte digna, habiendo quienes entienden que dicha circunstancia lleva a la posibilidad, en ciertas situaciones, de poder practicar la eutanasia con enfermos con determinadas limitaciones. Si bien nadie puede estar seriamente en desacuerdo con respecto al derecho que corresponde a toda persona y, en particular, al moribundo, de tener una muerte digna, lo cierto es que la eutanasia nada tiene que ver al respecto.

Son varios los aspectos involucrados en el ejercicio del derecho de tener una muerte digna, entre los que puede señalarse el de morir con el apoyo de medicina paliativa, en un ambiente de paz y serenidad, acompañado el enfermo de sus seres queridos y manteniendo una relación enriquecedora con las personas que lo rodean, confortado espiritualmente, en paz consigo mismo y con Dios. Se trata de morir serena y naturalmente, en el momento en que la muerte llega, sin que nadie la adelante en forma artificial y sin sufrimientos inútiles o innecesarios.

Una muerte digna requiere, asimismo, evitar que el paciente sea objeto contra su voluntad de experimentaciones y de que se le apliquen técnicas

médicas peligrosas o gravosas, teniendo derecho a recibir atención médica para aliviar el dolor o el sufrimiento, aun cuando pudiera eventualmente tener como efecto secundario no querido el de acortar la vida.

3. La dignidad que tiene y le corresponde al ser humano basta por sí misma para condenar la eutanasia

Debo destacar que esa dignidad es ínsita al ser humano desde que es persona, lo que deriva del hecho de constituir un ser que ha sido creado a imagen y semejanza de Dios, y por tener un fin trascendente. Por la dignidad que esas circunstancias le confieren, la persona tiene una serie de derechos fundamentales de carácter inviolable, que no pueden ser impunemente conculcados, entre otros, a que se respete su vida desde el comienzo de su existencia hasta su conclusión en forma natural, por oposición a *provocada*. Lo que es así con independencia de su condición, de su estado de salud, de su raza y de cualquier otra circunstancia.

Cualquiera que sea la situación física o psíquica en la que se encuentre la persona, ésta conserva siempre su dignidad –desde la concepción hasta la muerte–, la cual no es susceptible de grados: no podemos ni perderla ni ganarla, incrementarla o disminuirla, ni está sujeta a la calidad de la vida, por lo que no varía por la enfermedad o el sufrimiento, la malformación o la demencia.

4. Resultan inadmisibles los enfoques éticos que pretenden justificar la eutanasia

Resultan sin duda inadmisibles los enfoques éticos que, en defensa de la eutanasia, rechazan el concepto de la inviolabilidad de la vida humana, partiendo al respecto de la falsa distinción entre una vida digna y otra que no lo es. Con fundamento en lo cual, afirman que sería dable negar el derecho a la vida tanto al ser discapacitado o enfermo, como también a otras personas improductivas o inútiles, negando de tal manera la personalidad humana a quienes carecen de la conciencia de sí mismos, de la racionalidad y de la autonomía, o sea, de la posibilidad de decidir cada persona lo que es mejor para ella. Lo cual ha llevado a la justificación de la eutanasia, ya que, para esos enfoques, centrados en lo que algunos han denominado *ética de la calidad de vida*, ésta tiene un valor extrínseco y relativo, y sólo existe como tal mientras se mantenga en la persona un

cierto nivel de *calidad*, derivado de la posesión de ciertas cualidades o ventajas. Con lo que se deja de lado el valor inconmensurable que tiene cada vida humana.

Conocida es la noción de la denominada “pendiente resbaladiza de los pasos sucesivos”, que hace que una vez abierta una brecha en el principio de la intangibilidad de la vida humana, sobre el presupuesto del *móvil compasivo* se vaya extendiendo la eutanasia, de la omisiva a la activa del moribundo, del enfermo incurable no terminal a los seres deformes, como, asimismo, por qué no, también a los ancianos, a los disminuidos psíquicos o a los enfermos mentales.

La eutanasia conlleva anexa una concepción ética utilitarista del hombre, al que considera como una especie de hombre-cosa al que se puede instrumentalizar para el logro de fines extrapersonales, lo que es contrapuesto a la concepción personalista de la persona humana, que le confiere al hombre un valor por sí mismo, en razón de la dignidad ínsita a todo ser humano por el hecho de ser tal.

Perdida la piedad por la muerte, la eutanasia invoca la muerte por piedad. Pero lo real y verdadero es que la eutanasia consiste en un acto de falsa piedad hacia el que sufre, puesto que la verdadera solidaridad –en la cual se halla comprendida la piedad, como un valor ínsito a la misma– consiste en prestarle asistencia a ese ser, en lugar de eliminarlo. La eutanasia no puede ser considerada como una actitud piadosa, sino exactamente lo contrario; la verdadera piedad y compasión no es la que quita la vida, sino la que la cuida hasta que sobreviene su final natural; la verdadera compasión hace solidarios con el dolor de los demás, en lugar de eliminar a la persona cuyo dolor no se puede soportar.

La eutanasia no aporta una verdadera solución al problema del sufrimiento humano, sino que, más bien, la esquivo, porque pretende eliminar el dolor exterminando a quienes lo sufren. El hecho de pronunciarse a favor de la eutanasia constituye, ni más ni menos, que un claro efecto del creciente desprecio por la vida humana –y particularmente, por la de las personas débiles, enfermas, dependientes o discapacitadas–, que se viene manifestando desde hace ya un tiempo en Occidente como una consecuencia directa de la progresiva imposición de la denominada *cultura de la muerte*, que hace que se considere que no todas las personas son iguales en dignidad y en derechos. La eutanasia no constituye una forma de Medicina, sino una forma de homicidio, y el médico que la practique estará negando la razón de ser de la Medicina.

5. Lo antes dicho no implica que la protección de la vida no tenga un cierto límite

En efecto, sin perjuicio de lo hasta aquí expresado, debe quedar en claro que la protección de la vida de la persona humana no puede llevarse al extremo de lo que se conoce como encarnizamiento terapéutico, que consiste en el alargamiento en forma innecesaria y artificial, además de contraproducente, de la vida de una persona, lo que se considera una *mala praxis* médica. Tal conducta resulta del hecho ciertamente irracional de la no aceptación de la muerte como una circunstancia inevitable en la vida del hombre, viéndosela, en cambio, como un mal al que hay que vencer a toda costa.

6. Sobre el contenido del Proyecto presentado

Sin perjuicio de la crítica que resulta de lo hasta aquí expresado con relación a la procedencia de la eutanasia, seguidamente analizaré en forma sucinta algunos aspectos del Proyecto –no todos, ni tampoco ingresaré en las cuestiones poco relevantes– que me interesa destacar.

a) En el Proyecto solo se contempla la llamada eutanasia activa

En los Fundamentos del Proyecto se destaca que en él solo se contempla la denominada *eutanasia activa* (o *eutanasia por comisión*, agrego por mi parte), que consiste en la acción que se pone en movimiento con la finalidad de causar –acelerándola– la muerte de una persona, por oposición a la omisión en la que se incurre de prestar los auxilios ordinarios y útiles que serían necesarios –al menos, potencialmente– para evitar su muerte.

b) Edad desde la cual se puede requerir la prestación de ayuda para morir

Si bien entre los requisitos que se deben cumplir para solicitar la *prestación de ayuda para morir*, el inciso b) del artículo 4º del Proyecto requiere *ser mayor de edad*, en una clara contradicción, el artículo 6º permite que el procedimiento en cuestión pueda ser aplicado a personas de cualquier edad.

c) El requisito de ser ciudadano argentino

El precitado artículo 4º enumera, entre los requisitos para poder acceder a la prestación de ayuda para morir, *ser ciudadano argentino*, con lo que se dejan de lado las prescripciones constitucionales establecidas en el 2º párrafo del artículo 16 –referido a la igualdad de todos los habitantes ante la ley–, y en el primer párrafo del artículo 20, en cuanto éste dispone que *los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano*.

d) El Proyecto no requiere que la persona se encuentre en un estado terminal

Tal como resulta del artículo 4º del Proyecto –transcripto al comienzo de esta nota–, para que pueda autorizarse la eutanasia deben concurrir los requisitos establecidos en dicha norma, que no requiere que la persona se encuentre en un estado terminal de salud.

Según los artículos 10 y 12, dichos requisitos deben ser avalados por dos integrantes (un profesional médico y un jurista) que designe al respecto una “Comisión Médica de Asistencia y Evaluación” de carácter multidisciplinar, que debe existir en cada provincia y en la ciudad de Buenos Aires.

e) Disposiciones innecesarias o erróneas

En el Proyecto existen ciertas normas observables, ya sea por resultar innecesarias o ser directamente erróneas, cuestiones a las que seguidamente haré referencia.

e)1. Innecesariedad de la norma proyectada en el inciso c) del artículo 6º

El inciso c) del artículo 6º del Proyecto establece: “[...] si se tratare de una persona con capacidad restringida por sentencia judicial y la restricción no tuviere relación con el ejercicio de los derechos que otorga la presente ley, podrá prestar su consentimiento informado sin ningún impedimento ni necesidad de autorización previa alguna y, si lo deseara, con la asistencia del sistema de apoyo previsto en el artículo 43 del Código Civil y Comercial de la Nación”.

Dicha disposición es claramente innecesaria, por cuanto de conformidad a lo dispuesto en el artículo 32 del Código Civil y Comercial, los actos que la persona con capacidad restringida no puede realizar son únicamente los que el juez indique en su resolución, por lo que si nada hubiera dispuesto el sentenciante con relación al pedido de ayuda para morir, la persona se encuentra plenamente legitimada para efectuar un reclamo de esa naturaleza.

e)2. El alcance de los apoyos con relación a la persona con capacidad restringida

Por su parte, en el inciso d) del precitado artículo 6° se dispone que “las personas que actúan como sistema de apoyo no representan ni sustituyen a la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos y, por tanto, es necesario que el diseño del sistema de apoyos incorpore salvaguardas adecuadas para que no existan abusos y las decisiones sean tomadas por la titular del derecho”.

Además de ser jurídicamente incorrecto hablar de “discapacidad” con relación a la persona a la que se le restringe la capacidad (ya que no se trata de una *persona discapacitada*, sino con *capacidad restringida*: art. 32, Código Civil y Comercial), es errónea la afirmación efectuada sin aclaración alguna en el sentido de que quienes actúan como sistema de apoyo no representan a la persona a quienes se les ha restringido la capacidad en el ejercicio de sus derechos, debiendo al respecto recordar que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 101 de dicho Código, “son representantes: [...] c) de las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados cuando, conforme a la sentencia, éstos tengan representación para determinados actos”¹.

Por lo que al respecto debe estarse en cada caso a lo que se disponga en la sentencia, debiendo por tanto distinguirse la *representación*, de la *asistencia*; se trata, como se advierte, de dos tareas distintas, por cuanto, como es sabido, no es lo mismo la *representación* –en que una persona actúa por otra–, a la *asistencia*, en la que no existe representación, sino más bien una especie de ayuda o asesoramiento sobre cómo actuar en determinadas circunstancias. Pero debe quedar en claro que aun cuando en la sentencia se resolviera que para el caso de eutanasia la persona debe ser representada por el o los apoyos que se le designen, lo cierto es que, con independencia de la representación, la decisión de reclamar ayuda para morir solo corres-

1 Véase, asimismo, la última parte del art. 38 del Código Civil y Comercial.

ponde que sea tomada por la persona representada, por tratarse de un acto personalísimo.

e)3. Sentencia de restricción de la capacidad que impida prestar el consentimiento para la eutanasia

Según resulta del inciso e) del artículo 6º del Proyecto, “si la sentencia judicial de restricción a la capacidad impide prestar el consentimiento para el ejercicio de los derechos previstos en la presente ley, o la persona ha sido declarada incapaz judicialmente, deberá prestar su consentimiento con la asistencia de su representante legal o, a falta o ausencia de éste o esta, la de una persona allegada, en los términos del artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación”.

La norma contempla dos supuestos, siendo uno de ellos el de la persona a la que se le ha restringido la capacidad, habiéndosele impedido en la sentencia prestar consentimiento por sí mismo para practicar la eutanasia; en tal caso, podrá prestarlo únicamente con intervención del apoyo.

Distinto es el supuesto de la persona declarada incapaz judicialmente, por cuanto al no poder la misma expresar su voluntad (conf. art. 32 *in fine*, CCyC), y por tratarse la práctica de la eutanasia de un acto personalísimo, la voluntad del incapaz no puede ser suplida por su curador ni por las demás personas enumeradas en el artículo 59 del Código, por cuanto dicha disposición solo admite el consentimiento de esos terceros “siempre que medie una situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud”, por lo que solo pueden prestar ese consentimiento para la protección de la salud o de la vida de la persona, pero no para eliminarla.

f) Los plazos del procedimiento para la resolución del caso y la prestación de ayuda para morir

Del artículo 12 resulta que las dos personas designadas por la Comisión Médica de Asistencia y Evaluación a fin de que verifiquen la concurrencia de los requisitos y condiciones establecidas para el correcto ejercicio del derecho a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir, deben expedir su informe dentro de los cinco días corridos (que puede abarcar un fin de semana o días feriados), luego de acceder tanto a la historia clínica como al paciente.

Aparte de no haberse establecido ninguna consecuencia para el incumplimiento de dicho plazo –ni tampoco de los restantes, a los que también

haré referencia—, creo que el mismo es sumamente limitado, dada la relevancia de la cuestión y las dificultades que pueden existir para determinar la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos, que, según las circunstancias, posiblemente puedan llevar un tiempo mucho más extenso; al menos, si lo que se quiere es cumplir acabadamente con las tareas necesarias, con la seriedad y eficacia con que deben ser cumplidas.

La misma crítica merece, a mi juicio, tanto el plazo de dos días corridos establecido para el supuesto de que los evaluadores no se hayan puesto de acuerdo en la evaluación de la situación —supuesto en el cual deberán en ese término tomar una decisión en conjunto con el presidente de la Comisión—, como también el de otros cinco días corridos para que la Comisión en pleno se expida, esto último en caso de que resulte negativo el informe para la práctica de la eutanasia.

Por la misma razón, también resulta a mi juicio criticable, por escaso, el plazo máximo de diez días corridos para practicar la eutanasia, computado a partir de la fecha de emisión de la resolución que la autoriza; en particular, para el supuesto de que la eutanasia sea practicada por el propio paciente —supuesto contemplado en la última parte del artículo 13 del Proyecto—, puesto que en ese caso la efectiva autoadministración de la sustancia solo dependerá del interesado.

g) Con respecto al modo de practicar la eutanasia

En el comienzo del 2º párrafo del artículo 13 se dispone que, de encontrarse consciente, el paciente “deberá comunicar al médico responsable la modalidad en la que quiere recibir la prestación de ayuda para morir”. De lo que parecería resultar la existencia de un sinnúmero de posibilidades —cualesquiera sean— que el interesado puede elegir para morir.

Sin embargo, ello no es así, no solo con fundamento en el inciso f) del artículo 9º (del que resulta que se le debe suministrar al paciente “información sobre los distintos métodos que se pueden utilizar de ayuda para un buen morir [...]”), sino también si se advierte que a continuación el artículo 13 contempla únicamente la posibilidad de poder el paciente requerir la administración directa de una sustancia a tal efecto (aunque no se especifica qué tipo de sustancia, que al parecer puede ser elegida por el interesado), que le deberá ser directamente suministrada por parte del profesional médico competente, el que lo deberá asistir hasta la muerte. No obstante, también puede optar por requerir que se le prescriba o suministre una determinada sustancia que pueda ser autoadministrada para causar su propia muerte, caso en que el médico debe proceder a observar y apoyar a la persona hasta su fallecimiento.

Sin perjuicio de lo expresado, señalo que, al parecer, por aplicación del artículo 18 del Proyecto, la práctica de que se trata debe ser realizada “en todas las formas que la Organización Mundial de la Salud recomienda”, lo que implica una limitación al respecto.

h) La objeción de conciencia por parte de los profesionales sanitarios

En el artículo 16 del Proyecto se dispone que el profesional de salud que deba intervenir de forma directa para ayudar a morir a una persona, tiene derecho a ejercer la objeción de conciencia, la que deberá manifestarse anticipadamente y por escrito, debiendo a los fines de su ejercicio y bajo pena de sanciones disciplinarias, administrativas, penales y civiles, según corresponda, mantener su decisión en todos los ámbitos en los que ejerza su profesión, derivar de buena fe al paciente para que sea atendido por otro profesional en forma temporánea y oportuna, y cumplir con el resto de sus deberes profesionales y obligaciones jurídicas.

Varias son las objeciones que tengo con relación a la norma proyectada, debiendo por de pronto señalar que ejecutar o cooperar en forma directa o indirecta con un acto de eutanasia, puede ofender la conciencia, por considerarse esa conducta como contraria, ya sea a la ley moral, a las normas deontológicas o a las religiosas.

La necesidad de que la objeción de conciencia sea manifestada *anticipadamente y por escrito* constituye una restricción cuestionable, puesto que no se puede limitar el tiempo en el que los médicos deben explicitar su derecho de ser objetores de conciencia ante la práctica de un acto eutanásico; lo que es así, porque pasado determinado tiempo –cualquiera sea– sin haber manifestado su voluntad de ser objetores de conciencia, se les estaría imponiendo una obligación a participar en esa especie de actos, lo que podría constituir un atentado a su conciencia, así como al sentido último de la profesión médica, e incluso a su dignidad personal y al libre desarrollo de su personalidad, al tratarse de profesionales que por su vocación se encuentran llamados a la defensa de la vida humana². El ejercicio de la objeción de conciencia no se puede limitar de esa forma, porque constituye un derecho

² Lafferriere, N. (2012). “Aborto y objeción de conciencia”, en AA. VV. *El médico frente al aborto*, publicación de la Pontificia Universidad Católica Argentina, 30. Conf., entre otros, Berti García, M. M. y B., y Nasazzi, F. “El derecho de ejercer la objeción de conciencia a un año del fallo de la Corte Suprema de Justicia en la causa F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, *ED*, 252-823.

de raigambre constitucional³, que consiste en que nadie debe ser forzado a contrariar las propias convicciones morales y científicas, ejecutando o haciendo ejecutar actos incompatibles con ellas; por lo que limitar su ejercicio se opone a la esencia misma del instituto, verdadero derecho fundamental que se posee en forma continuada en el tiempo y no sólo en una oportunidad determinada⁴.

Resulta por demás innegable que la conciencia no puede congelarse en el tiempo, pudiendo toda persona cambiar de creencias, como se reconoce, entre otras Convenciones incorporadas a la CN, en el artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos del año 1969, y en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del año 1966. La persona puede evolucionar, incluso moralmente, y lo que una determinada acción –como un acto de eutanasia– que en una época o momento admitió como válida, puede luego cuestionarla cuando se le requiera proceder a sacrificar una vida humana contra el juramento hipocrático que oportunamente prestó, de velar por la vida de sus pacientes. Como afirma Siro De Martini, “los problemas de conciencia deben plantearse cuando se presentan. El hombre no es una máquina cuyas convicciones o decisiones morales pueden ser tomadas de una vez para siempre, y mantenidas de esa forma de modo inalterable”⁵.

Además, el precitado artículo 16 establece ciertas limitaciones –que en parte creo irrazonables–, como la de tener que “derivar de buena fe al paciente para que sea atendido por otro u otra profesional en forma temporaria y oportuna, sin dilaciones”; o sea –en otras palabras–, para que este último mate al paciente o le provea de los medios para morir. De esa manera, al objetor de conciencia se le está imponiendo que colabore con un acto que considera inmoral, lo que constituye una violación de sus convicciones y, por tanto, una indebida limitación a su derecho constitucional de libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; y ello, bajo la amenaza de *sanciones disciplinarias, administrativas, penales y civiles, según corresponda*. Resulta claro que no puede afirmarse que por el hecho de no obligarse al objetor de conciencia a realizar por sí mismo el acto eutanásico no se estaría violando su libertad de conciencia; lo que me lleva a concluir que el objetor

3 Fallos: 312-496. Véase al respecto, entre otros, Vidal, E. “El aborto y la pretensión de limitar la objeción de conciencia”, *ED*, 261-900.

4 Conf. nuestra nota, “El fallo de la CSJN sobre aborto”, *La Ley*, 2012-B-277.

5 De Martini, S. M. A. (2012). “Ni los médicos, ni los centros de salud, están jurídicamente obligados a practicar abortos”, en AA. VV. *El médico frente al aborto*, ob. cit., 17. Conf. Padilla, N. (2015). “Aborto y muerte digna en la Argentina (objeción de conciencia según la Corte Suprema y protocolos de aplicación)”, en *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*.

de conciencia puede lícitamente, en ejercicio de ese derecho, no efectuar esa derivación, sin que ello pueda acarrearle sanción alguna.

i) Con respecto a las obligaciones de los establecimientos de salud

A diferencia de lo que resulta del artículo 10 de la Ley N° 25.673 de Salud Sexual y Procreación Responsable con relación al aborto, como también del artículo 10 de su Decreto reglamentario N° 1.282/2003, que reconocen la llamada *objección de conciencia institucional*, según la cual se admite que ciertas instituciones pueden exceptuarse de la práctica de determinados actos médicos en razón de su ideario⁶, el Proyecto en análisis no contempla el ejercicio de ese derecho por parte de las instituciones, fundamentalmente –aunque no solo ellas– las de carácter religioso.

En efecto, en el 1^{er} párrafo del artículo 17 se dispone que “aquellos efectores de salud del subsector privado o de la seguridad social que no cuenten con profesionales para ayudar al paciente a un buen morir, a causa del ejercicio del derecho de objeción de conciencia de conformidad con el artículo anterior, deberán prever y disponer la derivación a un efector que realice efectivamente la prestación y que sea de similares características al que la persona solicitante de la prestación consultó. En todos los casos se debe garantizar la realización de la práctica conforme a las previsiones de la presente ley [...]”. Considero que la ley debió haber ido más allá, permitiendo en forma expresa el ejercicio de la objeción de conciencia institucional, lo que significa que una determinada institución pueda declarar que, en virtud de su ideario, no colaborará en manera alguna en prácticas como las de la eutanasia. Es que tal como ha señalado Alfonso Santiago, “las instituciones de inspiración religiosa desarrollan sus fines propios de acuerdo con su concepción del hombre, de la vida y de la sociedad que las inspira. No se trata de un proyecto social sin más, sino de instituciones que desde su mismo origen y misión pretenden impregnar todas sus actividades con

6 Recordamos, asimismo, la Ley N° 26.150, del Programa Nacional de Educación Sexual Integral, que reconoce en su artículo 5° la posibilidad de cada comunidad educativa de incluir, en el proceso de elaboración de su proyecto institucional, *la adaptación de las propuestas a su realidad sociocultural, en el marco del respeto a su ideario institucional y a las convicciones de sus miembros*. Con respecto a otras normas tanto de Latinoamérica como de Europa que contemplan en forma expresa la objeción de ideario, remitimos a lo señalado por Navarro-Valls, R. (2017). “La expansión de las objeciones de conciencia”, en AA. VV. *Academias Jurídicas y Sociales Iberoamericanas*. Paraguay, 163 y sigs.; y por Santiago, A. (2017). “El derecho al ideario en las instituciones de inspiración religiosa”, en AA. VV. *Academias Jurídicas y Sociales Iberoamericanas. Ponencias y Conclusiones*, ob. cit., 151 y sig.

esos valores”⁷. Lo cual –agrego por mi parte– les impide la realización de, entre otras, prácticas eutanásicas, debiendo poner de relieve que en razón de que la práctica de esa especie de actos lesiona las convicciones más íntimas de las personas que se han agrupado en ese tipo de instituciones, las mismas pueden, a mi juicio, *como institución*, ser objetoras de conciencia, y como consecuencia, negarse lícitamente a practicar y a colaborar de cualquier forma en ese tipo de actos, quedando por tanto eximidas de cometer lo que en su fuero íntimo consideran un mal grave, que afecta su conciencia.

La solución proyectada es similar a la contemplada en el artículo 16 del Proyecto para los profesionales de la salud, ya que, de la misma manera a la establecida en esta última norma, se dispone que los efectores de salud que se encuentran en la situación a la que se alude en el artículo 17, deberán derivar al paciente a otro efector para que éste realice el acto eutanásico. Con lo que se pretende obligar a las autoridades de los establecimientos de salud a colaborar en un acto que violenta sus convicciones más íntimas y su libertad de conciencia, por lo que entiendo que, por las mismas razones antes expresadas, dichos efectores de salud tampoco se encuentran obligados a efectuar derivación alguna del paciente.

j) La muerte con motivo de un acto eutanásico se considerará como una muerte natural a todos los efectos

Ello resulta de la norma proyectada en el artículo 19, lo que repercutirá en la normativa de las pólizas de seguros de vida, debiendo al respecto recordar que de conformidad a lo establecido en el artículo 135 de la Ley N° 17.418 de Seguros, “el suicidio voluntario de la persona cuya vida se asegura libera al asegurador, salvo que el contrato haya estado en vigor ininterrumpidamente por tres años”.

⁷ “El derecho al ideario en las instituciones de inspiración religiosa”, cit., 148. Neydy Casillas –asesora jurídica de la organización legal *Alliance Defending Freedom* (ADF)–, aclara, con razón, que “los centros médicos son instituciones que están conformadas por personas. No son edificios vacíos que se administran solos, son personas que en su ejercicio al derecho a asociarse se han unido con un fin que va de acuerdo con sus fines personales y creencias propias” (véase la nota de Bárbara Bustamante en *Aciprensa*, Santiago de Chile, 29 de abril de 2016).

7. Conclusiones

En atención de lo hasta aquí expresado, no puedo sino manifestarme como contrario a la aprobación de un Proyecto como el presentado por los diputados Cornejo, Latorre y Cacace, que entiendo que debe ser rechazado, dado las razones más arriba explicitadas, que así lo aconsejan.

No obstante, en el hipotético supuesto de que se lo aprobare en general, deberá modificarse su contenido, de conformidad con lo que resulta de los cuestionamientos que he efectuado en esta nota a una buena parte de sus disposiciones.

Bibliografía

- Berti García, M. M. y B., y Nasazzi, F. “El derecho de ejercer la objeción de conciencia a un año del fallo de la Corte Suprema de Justicia en la causa F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, *ED*, 252-823.
- De Martini, S. M. A. (2012). “Ni los médicos, ni los centros de salud, están jurídicamente obligados a practicar abortos”, en AA. VV. *El médico frente al aborto*, publicación de la Pontificia Universidad Católica Argentina, 17.
- Lafferriere, N. (2012). “Aborto y objeción de conciencia”, en AA. VV. *El médico frente al aborto*, publicación de la Pontificia Universidad Católica Argentina, 30.
- Navarro-Valls, R. (2017). “La expansión de las objeciones de conciencia”, en AA. VV. *Academias Jurídicas y Sociales Iberoamericanas*. Paraguay, 163 y sigs.
- Padilla, N. (2015). “Aborto y muerte digna en la Argentina (objeción de conciencia según la Corte Suprema y protocolos de aplicación)”, en *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*.
- Sambrizzi, E. A. “El fallo de la CSJN sobre aborto”, *La Ley*, 2012-B-277.
- Santiago, A. (2017). “El derecho al ideario en las instituciones de inspiración religiosa”, en AA. VV. *Academias Jurídicas y Sociales Iberoamericanas. Ponencias y Conclusiones*. Paraguay, 151 y sig.
- Vidal, E. “El aborto y la pretensión de limitar la objeción de conciencia”, *ED*, 261-900.

PARTE IV

DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

IN MEMORIAM ALBERTO DAVID LEIVA (1947-2022)

Juan Bautista Fos Medina¹

Conocí a Alberto David Leiva por el año 2004, cuando mi amigo, el Dr. Hernán Moyano Dellepiane, ante mi requerimiento, me sugirió que me contactara con él para dar curso a mi interés por la investigación científica. Así es como empecé a dictar clases de Historia del Derecho en la cátedra de Leiva, ya que me había señalado que, para iniciar la carrera de investigador, era condición *sine qua non* dictar clases en la universidad. Con el tiempo me comentó que la cátedra había pertenecido a Liniers de Estrada y fue la que, cuando Leiva se retiró, pasó luego a mi cargo.

Al año siguiente, me acompañó como codirector de mi tesis doctoral en Ciencias Jurídicas y, al defenderla con éxito, nunca lo noté más feliz. De manera que, desde aquella primera entrevista que mantuvimos en la sede de la UCA de Puerto Madero, nunca me retiró su confianza, antes bien, a medida que pasaron los años me dispensó en la práctica el trato de amigo.

Consiguientemente, me invitaba a las muchas y prolíficas actividades que desarrollaba. Además, nunca faltaba oportunidad en que me llamara para ofrecerme desde una biblioteca que se echaría a la basura o que se vendía a bajo precio, o hasta para ser parte de la Archicofradía del Santísimo Sacramento de Buenos Aires, de la cual él era archicofrade. Así como también fue nombrado caballero del Santo Sepulcro, cuyo hábito le sirvió de mortaja.

Se había desempeñado como funcionario en la Administración Pública, pero fue la investigación en el CONICET la que le permitió desplegar su trabajo en lo que realmente le apasionaba, que era la historia; preciándose de tener como maestro de Historia del Derecho a José María Mariluz Ur-

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina, ORCID nro. 0000-0001-9677-6214, contacto: juanfoss@uca.edu.ar.

quijo. En esta materia escribió más de un centenar de artículos y varios libros como autor y coautor y fue miembro de numerosas instituciones que cultivan la disciplina histórica.

Ha sido siempre un constante impulsor de las publicaciones históricas, como lo constituyen la *Revista de Estudios Históricos San Fernando de la Buena Vista* o la *Revista Cruz del Sur*, que fundara en 2012.

Asimismo, canalizó su pasión por el saber histórico y por la cultura argentina cuando ejerció el cargo de director del Museo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y, recientemente, como presidente de la Academia Provincial de Ciencias y Artes de San Isidro, en la que venía desarrollando una intensa tarea. Por ello también realizó en su hogar durante varios años unas tertulias, donde numerosas personalidades de la cultura argentina expusieron sobre sus respectivas especialidades.

Tuvo en mucha estima su ascendencia criolla, la que se remontaba a la época hispánica, período de nuestra historia por el que profesaba una suerte de veneración.

Insistió en sus escritos y en sus actividades en lo que llamaba la “escuela jurídica católica”. En esa línea organizó en 2011 unas Jornadas en la Facultad de Derecho de la UCA, en las que figuras como Gabriel Mazzinghi, Jorge Alterini y muchos otros recordaron a los grandes maestros del Derecho Civil argentino.

Cabe agregar que la educación católica que recibió desde la niñez lo acompañó hasta sus últimos días, durante los cuales me contactó para preguntarme si conocía a algún sacerdote que le administrara la confesión y la extremaunción, cuando ya estaba afectado gravemente de neumonía bilateral, logrando, finalmente, ubicar a un preste –antes de hospitalizarse– y recibiendo así los últimos sacramentos.

Su fallecimiento se produjo a una edad en que aún se encontraba en plena actividad. Ocurrió tristemente en vísperas del miércoles de ceniza, dejando así un vacío para todos aquellos que, siendo discípulos o amigos, trabajamos y departimos con él durante tantos años.

RECENSIONES

Massini-Correas, Carlos Ignacio, *Jurisprudencia analítica y Derecho Natural. Análisis del pensamiento filosófico-jurídico de John Finnis*, Buenos Aires - Madrid, Marcial Pons, 2019, 220 pp.

El libro que tengo el gusto de reseñar fue escrito por el Dr. Carlos Ignacio Massini Correas, ex investigador principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Mendoza. Se trata de una obra que resulta interesante para los estudiosos de la teoría y la filosofía del Derecho, pero también para los prácticos o científicos del Derecho que pretendan sumergirse en el conocimiento de los cimientos sobre los que se asienta el Derecho Positivo; esto es, el Derecho Natural.

La obra comienza con un prólogo de Pilar Zambrano, y se estructura con ocho capítulos, más otro que contiene unas “conclusiones sistemáticas”, junto con un anexo que comprende una panorámica sintética sobre la llamada “Nueva Escuela de Derecho Natural”, a la que pertenece John Finnis, profesor emérito de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oxford. Ahora bien, la pregunta inevitable que podría hacerse el lector de esta reseña es la siguiente: ¿por qué dedicar un esfuerzo sistemático con el fin de estudiar la obra de John Finnis? La respuesta que nos brinda el autor es que Finnis es uno de los defensores del iusnaturalismo clásico más reconocidos a nivel mundial, pero con un dato biográfico que incide significativamente en su trayectoria. Me refiero a que Finnis se ha formado en la tradición de la filosofía analítica –de hecho, el supervisor de su investigación doctoral fue H. L. A. Hart.

Ahora bien, lo interesante del profesor oxoniense es que no abandonó la filosofía analítica en la que se formó inicialmente. Finnis no se ha posicionado frente a la tradición analítica como Atienza ante el positivismo jurídico; esto es, no ha sostenido por qué se debería dejar atrás la filosofía analítica. Al contrario, lo más original de la obra de Finnis es que dialoga desde premisas iusnaturalistas con los positivistas de corte analítico. Aún más, el profesor oxoniense defiende tesis iusnaturalistas por medio del arsenal metodológico de la filosofía analítica. En efecto, Finnis discute con el positivismo analítico tratando de iluminar sus insuficiencias con la luz de

la visión clásica del Derecho Natural, pero empleando las herramientas del análisis de los conceptos que desarrollaron autores como Wittgenstein, H. L. A. Hart, Joseph Raz, entre otros.

Situados en este contexto, Massini-Correas se propone examinar la viabilidad de la teoría y filosofía del Derecho de corte finniseano. Esto representa un segmento de la empresa filosófica en que Finnis se ha embarcado durante su vida entera. Con todo, tal delimitación temática resulta inevitable porque la obra del profesor oxoniense es muy profusa. En efecto, sin contar sus libros monográficos (*Natural Law and Natural Rights*, *Aquinas*, *Moral Absolutes*, y *Fundamentals of Ethics*), la compilación de sus artículos, que solo comprende los trabajos de Finnis hasta 2011, comprende unos cinco tomos de unas 500 pp., en promedio. Por ello, Massini-Correas se concentra en la teoría y la filosofía del Derecho elaborada por Finnis, dejando parcialmente de lado su teoría política y, salvo en lo imprescindible para la comprensión de la teoría jurídica finniseana, se omiten profundizaciones en la filosofía moral desarrollada por el citado profesor australiano.

Así, la obra que aquí se reseña comienza con un prólogo de Pilar Zambrano, quien introduce al lector en la relevancia de los tópicos abordados por Massini-Correas. Zambrano sintetiza los ejes centrales de esta monografía y remarca que la presente obra de Massini trata de examinar una cuestión que ha inquietado a no pocos iusnaturalistas. ¿Es Finnis realmente fiel a la tradición del iusnaturalismo clásico? A lo que Zambrano responde que sí, y que precisamente el aporte de este libro consiste en explicar cómo y en qué medida Finnis reformula, precisa y expande la tradición iusnaturalista, a pesar de ciertos abordajes heterodoxos que realizó Finnis a la doctrina de la ley natural. La segunda cuestión que Zambrano pone de relieve respecto del presente libro se condensa en este interrogante: ¿acaso la estrategia argumentativa finniseana con la que pretende una salida exitosa a la falacia de Hume no lo hace incurrir en la separación del mundo del ser y deber ser que introdujo Kant? Aquí la respuesta que nos brinda Zambrano es negativa.

El libro prosigue con un capítulo titulado “Palabras liminares”. El objetivo de este segmento de la obra consiste en aproximar al lector a un punto de significativa relevancia para entender el talante de toda la obra. Más en concreto, aquí Massini nos presenta el lazo que une su trabajo intelectual con el de Finnis. Asimismo, el autor argentino se defiende de algunas de las objeciones que le han dirigido a John Finnis. El argumento de Massini ante tales cuestionamientos, que a veces rozan la forma del ataque personal a John Finnis, se sintetiza en una afirmación sencilla, pero profunda. Resulta desproporcionado pasar tantísimo tiempo buscando las falencias en un autor con el que se participa en lo fundamental como, por ejemplo, una robusta defensa de la objetividad moral que no depende meramente de convenciones sociales.

Posteriormente, en el primer capítulo, Massini-Correas se propone situar a Finnis en el contexto de su particular obra y su trayectoria intelectual. Aquí se nos presenta el recorrido académico de Finnis desde sus estudios de grado hasta su tesis doctoral: *The Idea of Judicial Power*, supervisada por Hart, y defendida exitosamente en el año 1965. Un primer dato interesante de la biografía de Finnis es que su tesis doctoral no versaba primordialmente sobre temas filosóficos, sino sobre el Derecho Constitucional federal australiano.

En cualquier caso, una de las cosas más interesantes del primer capítulo es que la inmersión del profesor australiano a la tradición clásica se hizo sobre la base de un terreno de ideas de corte empirista. Y, por otra parte, Massini-Correas incide sobre una explicación de la historia intelectual en que se inscribe *Natural Law and Natural Rights* (1980). En concreto, el autor mendocino se ocupa de recalcar que Finnis no escribió ese libro *ad-intra* de la tradición iusnaturalista. Como alguna vez dijo Finnis, *Natural Law and Natural Rights* se dirigía a un auditorio compuesto por estudiantes formados bajo el escepticismo, empirismo y relativismo defendido por autores como Mackie.

En el segundo capítulo, Massini examina algunos de los tópicos más originales en la obra de Finnis que han significado una bocanada de aire fresco para la tradición iusnaturalista. Primero, estudia la metodología finniseana para abordar el concepto de Derecho. Aquí uno de los aportes más interesantes del profesor mendocino consiste en rescatar la continuidad entre el concepto de “caso central” y la noción de “aproximación analógica”. Ambos conceptos funcionan como la llave maestra que le permite a Finnis conectar la tradición de la filosofía analítica con el iusnaturalismo clásico. La noción misma de “caso central” abre necesariamente a una perspectiva valorativa de la praxis. Quizá por ello mismo, Jeff Goldsworthy, otro reconocido filósofo del Derecho australiano, previno hace unos años que la noción misma del punto de vista interno que introdujo Hart terminaría haciendo implosionar al positivismo jurídico¹.

Asimismo, Massini describe y valora críticamente el modo en que Finnis ha abordado temas como, por ejemplo, el gobierno del Derecho, la respuesta a la célebre expresión *Lex iniusta non est lex* y la crítica finniseana al positivismo jurídico. Más allá de algunos matices que propone Massini, este rescata que Finnis introdujo a esos temas una mirada fresca para seguir pensando en torno a tópicos persistentes. En efecto, la crítica finniseana al positivismo jurídico se podría sintetizar en esa frase que se le atribuye a

1 Goldsworthy, J. D. (agosto 27, 1990). “The Self-Destruction of Legal Positivism”. *Oxford Journal of Legal Studies* 10, n° 4, 449-486.

John Nash, al referirse a Adam Smith, “su planteamiento no es equivocado, sino insuficiente”. Del mismo modo, el empleo del enfoque analógico de Finnis le lleva a mostrar que el positivismo jurídico no es capaz de explicar al fenómeno jurídico con exhaustividad. De hecho, desde una perspectiva metodológica de corte meramente descriptivista o no valorativa, no sería posible identificar cómo determinadas fuentes sociales permiten reconocer a ciertas normas como jurídicas, mal que le pese a Bobbio y a sus seguidores. Como plantea Finnis, toda descripción supone un compromiso valorativo con un determinado punto de vista, lo cual torna inteligible la propia descripción².

Massini-Correas en el tercer capítulo se concentra en examinar el concepto de ciencia del Derecho y conocimiento jurídico en John Finnis. Luego de una descripción exhaustiva de tales categorías en la obra del profesor australiano, Massini expone y desarrolla conceptos centrales para una aproximación a la teoría del Derecho en Finnis. Entre ellos, cabe destacar la importancia de distinguir entre la ley natural y las doctrinas que se han elaborado en torno a su defensa. Resulta extremadamente sugestiva la interpretación de que, en pocas palabras, el núcleo esencial del significado de lo natural en Finnis está estrechamente vinculado con lo racional. Por ende, defender que resulta deseable una continuidad de la ley natural y la ley positiva no es ni más ni menos que defender la racionalidad del Derecho. Algo extremadamente importante ante la proliferación de las llamadas “teorías críticas” del Derecho que proponen una visión nihilista y extremadamente relativista del fenómeno y la ciencia jurídica.

En el cuarto capítulo, nuestro autor pretende avanzar en la comprensión de la razón práctica en John Finnis. Se trata este un tópico de máxima relevancia en la filosofía sobre la *praxis* del citado profesor australiano. El intento finniseano de superar la falacia de Hume resulta ser uno de los puntos más severamente criticados de la Nueva Escuela de Derecho Natural. Aquí Massini-Correas nos reitera que Finnis no pretende separar tajantemente la noción de naturaleza humana del orden práctico. De hecho, como dijo Finnis en más de una ocasión, los bienes humanos son precisamente tales por el modo de ser propio de la persona humana. El punto es que el conocimiento práctico, sobre lo que se ha de hacer y obrar, no depende necesariamente de una comprensión especulativa de la naturaleza humana, sino de los bienes humanos. Naturaleza humana y conocimiento práctico no son, pues, órdenes del conocimiento separados sino distinguibles desde el punto de vista del agente.

² Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. 2nd ed. New York. Oxford University Press, 16-18.

En el capítulo quinto, Massini Correas propone una comparación entre la noción de bienes humanos que realiza Finnis y Hervada, un célebre autor de la tradición iusnaturalista del mundo de habla hispana. Esta sección de la obra resulta de interesante valor filosófico en tanto se pone en contraste a un autor iusnaturalista de la tradición clásica continental con la obra de Finnis. El argumento de este capítulo es que las teorías de la ley natural de ambos autores resultan similares. La diferencia radica más bien en la presentación o estilo argumentativo, como se verá a continuación.

Volviendo a los puntos en común, tanto Finnis como Hervada defienden una objetividad fuerte en el orden práctico que, en último término, reposa en el modo de ser propio de la persona humana. A su vez, esa objetividad fuerte orienta a la acción humana a realizar determinados fines que tienden al perfeccionamiento humano. Por último, el listado de bienes humanos que plantean ambos autores, a pesar de haber sido elaborado por vías separadas y sin diálogo entre ellos, resulta sorprendentemente parecido. Con todo, Massini nos sugiere que, si bien las teorías de Finnis y Hervada resultan bastante similares en lo sustantivo, el estilo argumentativo de Finnis podría ser más efectivo en contextos seculares o ante un auditorio no familiarizado con la tradición clásica.

En el sexto capítulo, Massini avanza sobre el concepto de derechos –sí, en plural– en la obra de Finnis. Este capítulo es, al modo de ver de quien escribe esta reseña, quizá el más relevante para quienes frecuentan un campo lindero a la filosofía de los Derechos Humanos: la dogmática de los derechos fundamentales. Aunque el trabajo presente un marcado relieve filosófico, resulta muy iluminador cómo Massini desarrolla una idea central de la teoría jurídica finniseana: los bienes humanos funcionan como criterios especificadores del contenido de los Derechos Humanos. En otras palabras, los bienes humanos nos iluminan en la desafiante tarea que implica concretar los derechos fundamentales; ya sea a nivel legislativo, ejecutivo o en lo que respecta a la adjudicación judicial.

En el séptimo capítulo, Massini se dirige a analizar una cuestión especialmente cara para la filosofía jurídica: la vinculación entre Derecho y justicia. La obra de Finnis aquí nuevamente está repleta de interesantes consideraciones. La primera de ellas es que la justicia no solamente está presente en las instituciones más básicas de la sociedad como lo sugiere Rawls. La teoría finniseana plantea una suerte de omnipresencia de la justicia en toda interacción humana dirigida a procurar la mayor y mejor realización posible de la perfección humana. Dicho de otra manera, Finnis rechaza la idea de que la justicia sea una cuestión que solo se inscribe en los cimientos de la actividad estatal. En segundo lugar, Finnis remarca que la justicia en su totalidad –tanto la justicia general como la justicia particular– se orienta al

bien común. Finalmente, Massini aborda la problemática cuestión sobre la ley injusta en el iusnaturalismo según el entendimiento de Finnis.

El asunto de la ley injusta es, tal vez, el mayor mito o leyenda negra que se le atribuye a la tradición iusnaturalista. Esa leyenda negra consiste en afirmar que los iusnaturalistas negamos la juridicidad de leyes materialmente injustas. Lo cual, a la postre, traería una mar de calamidades producto de la inseguridad jurídica. Finnis, ante tal acusación, nos previene que la ley injusta no es más (ni menos) que un caso defectuoso de Derecho, pero no por eso cabe inmediatamente un acto de desobediencia. El reto que plantea la ley injusta consiste en determinar en qué supuestos cabe o, más aún, se debe incumplir con lo que prescribe una ley injusta.

En el capítulo octavo, Massini se sumerge en un asunto de la filosofía jurídico-política de John Finnis: la noción de *Rule of Law* y su vinculación con el concepto de dignidad humana. Aquí Finnis prosigue el argumento de Fuller, pero lo lleva un paso más hacia delante. En concreto, lo que plantea el autor australiano es que el modo propio de gobernar a seres dignos supone el cumplimiento de los desiderata del Estado de Derecho. De esta manera, Finnis ofrece una justificación robusta a lo que en su momento postuló Fuller. No se trata, pues, de que el gobierno a través del Estado de Derecho es algo eficaz para logra el orden público. Ni se trata de una idealización producto de elucubraciones racionalistas. Por el contrario, la dignidad intrínseca de la persona humana es lo que justifica que seamos gobernados a través de los medios e instrumentos propios del Estado de Derecho. Con otras palabras, el *Rule of Law* brota del modo ser propio del hombre tanto en su dimensión individual como social.

Finalmente, Massini concluye su libro con un apéndice en el cual nos comparte los ejes centrales de la Nueva Escuela de Derecho Natural. Quizá alguno esté familiarizado con ese texto, pero igualmente se agradece que el autor haya optado por incluir este trabajo en una obra dedicada monográficamente a estudiar la obra de John Finnis. Porque ese artículo fue publicado en un libro que resulta difícil de conseguir; o en un artículo redactado en lengua inglesa que no se localiza con facilidad.

En virtud de lo expuesto, Massini-Correas nos presenta un libro sugerente respecto a los principales tópicos de la teoría jurídica finniseana. Y, a la vez, nos introduce en algunas cuestiones que rozan la teoría política (la teoría de la justicia de Finnis); o bien en algunas que tienen un marcado relieve filosófico-político (el gobierno a través del Estado de Derecho). El trabajo del profesor mendocino se caracteriza por un profundo y exhaustivo estudio de la bibliografía pertinente. Con todo, se advierte un reto que todavía persiste entre quienes estudian la teoría jurídica de Finnis. Me refiero a la teoría de la interpretación jurídica.

LUCIANO D. LAISE

Massini-Correas por momentos incide tangencialmente en aspectos referidos a la teoría de la adjudicación de John Finnis, pero no es un tópico central de la obra del profesor australiano como tampoco lo es en este libro que tengo el gusto de reseñar. No pretendo con estas palabras echarle en falta tal cosa al autor, pero sí provocar un vivo interés al respecto. Porque, a pesar de que Finnis no ha tematizado el problema de la interpretación jurídica, considero que en la obra finniseana existen múltiples piezas que podrían servir como puntos de partida para avanzar en la formulación de una teoría de la interpretación jurídica consecuente con la Nueva Escuela de Derecho Natural. Quien opte por seguir esa vía podrá contar con este libro como un faro capaz de iluminar sus pasos.

LUCIANO D. LAISE³

³ Doctor en Derecho (U. Austral, Argentina). Investigador Asistente de la Carrera de Investigador Científico de CONICET. E-mail: lucianolaise@conicet.gov.ar

Martínez Calvo, Javier, *El derecho al olvido digital como remedio frente a la hipermnésia de internet*, España, Thomson-Reuters Aranzadi, 2021, 235 pp.

El derecho al olvido digital como remedio frente a la hipermnésia de internet es el nuevo aporte que realiza al estudio del Derecho Privado el Dr. Javier Martínez Calvo bajo el sello de la editorial Thomson-Reuters Aranzadi. En esta ocasión, el autor aborda el estudio del régimen jurídico del derecho al olvido en las búsquedas de internet y en servicios de redes sociales y equivalentes, enmarcado en la tutela de los derechos de la personalidad, en particular el derecho al honor y la intimidad, así como el derecho a la protección de datos de carácter personal.

Estamos ante la primera obra monográfica que aborda esta materia tras la promulgación de la nueva normativa española y europea de protección de datos, que ha dado nueva configuración al derecho al olvido en las búsquedas de internet y ha introducido por vez primera el derecho al olvido en las redes sociales, lo que le da un importante valor añadido.

Al tratarse de un derecho recientemente positivizado en el Derecho español, el autor, con acierto, indaga en los principales hitos normativos y jurisprudenciales que entiende han contribuido a la configuración de su contenido actual, destacando especialmente la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 13 de mayo de 2014, en el caso “Google Spain, S.L. y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González”, que viene a reconocer por vez primera el derecho al olvido en internet, así como la nueva normativa europea y española de protección de datos personales.

Con el rigorismo científico que caracteriza al Dr. Martínez Calvo, parte de la tesis de que el derecho al olvido no ha sido lo suficientemente desarrollado por la norma, para lo cual se embarca en el estudio crítico y analítico tanto de jurisprudencia y doctrina como de la normativa europea y española de protección de datos, a los fines de precisar la configuración actual de este derecho frente al desafío de estar ante el que considera un derecho “vivo” y en “pleno proceso de expansión”. En este sentido, recoge un amplio dossier de jurisprudencia comentada, con especial incidencia en los pronunciamientos

más recientes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo español.

Comienza el autor desentrañando el sentido y alcance de este derecho al olvido en las búsquedas de internet ofreciendo una definición superadora de aquellas que realiza la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y el Reglamento (UE) N° 2016/679, a la vez que considera más acertado hablar de “derecho a ser olvidado” o “derecho a la oscuridad digital” que de “derecho al olvido” para referenciar a este derecho en la que considera su configuración actual. En la obra el lector no se encontrará únicamente con un estudio centrado en aspectos sustanciales, sino que también se desarrollan aspectos procesales que hacen al ejercicio de este derecho al olvido por el legitimado activo. Además, el autor propone soluciones a muchos de los problemas que plantea el ejercicio del derecho al olvido y sugiere algunas modificaciones legislativas.

De gran novedad, y considero que uno de los grandes aportes de esta obra es el estudio de las particularidades de lo que el autor entiende una nueva modalidad del derecho al olvido en búsqueda de internet, el *derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes* es regulado expresamente por la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, como prueba de la gran velocidad con la que el contenido de este derecho avanza en esta era digital, donde si bien cada vez es más habitual compartir voluntariamente todo tipo de información de nuestra vida privada y de terceros en internet, el derecho ha debido atender los conflictos que se generan cuando se revoca este consentimiento, ya sea por arrepentimiento o cambio de opinión de quien brindó voluntariamente dicha información.

De indiscutida actualidad, la nueva obra del Dr. Martínez Calvo ha resultado de fácil lectura, por su estilo equilibrado, con lenguaje técnico jurídico claro y propio de un trabajo de investigación de la calidad que el autor presenta; nos ofrece un valioso aporte a la literatura científica en el ámbito del Derecho Privado, brindando un poco de claridad a un tema que, además de novedoso, reviste notoria complejidad.

MARIANA RUGOSO
Universidad Nacional de Cuyo (Argentina)

PRUDENTIA IURIS

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Políticas de sección

Parte I. Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana

Se publicarán en esta sección artículos de investigación o notas y comentarios que se relacionen con la Cátedra, incluyendo ponencias y comunicaciones que se presenten en Jornadas atinentes a la Cátedra que a criterio de la Dirección Editorial merezcan ser publicadas por su relevancia académica. Los requisitos son los mismos que para las Secciones “Artículos de investigación” y “Notas y comentarios” según sea la índole del texto.

Parte II. Artículos de Investigación

1. Se publicarán dentro de esta sección trabajos que cumplan con los siguientes requisitos:
 - que el tema tratado realice aportes científicos y ofrezca conceptos novedosos que enriquezcan el conocimiento;
 - que exista coherencia en la estructura demostrativa o argumentativa entre el problema, los objetivos, el método, los resultados y las conclusiones;
 - que la bibliografía sea actualizada y pertinente con la temática y que el texto sea inédito.
- 1.2. **Extensión:** Los trabajos enviados a esta sección no podrán tener una extensión menor a las 4.000 ni mayor a las 12.000 palabras.
- 1.3. **Arbitraje:** Estos trabajos serán sometidos al arbitraje de evaluadores conforme al procedimiento respectivo.
- 1.4. **Originalidad:** Los trabajos de investigación propuestos para esta sección deberán ser originales, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni

a publicarlos sin autorización de la revista *Prudentia Iuris*. Los autores harán constar a través del sistema de gestión en línea de la Revista, o bien por una carta firmada remitida, la originalidad del texto.

1.5. Sobre el contenido inicial de los artículos de investigación: La primera página incluirá:

- a) El título y subtítulo, si corresponde, del trabajo en castellano.
- b) El nombre de su autor o autores en negrita seguido del curriculum resumido del autor. Este debe contener solo el grado académico o profesional más alto alcanzado, así como la filiación académica del autor o autores (v.g. la actual relación del autor o autores con un algún centro de estudio universitario o equivalente en labores de docencia o investigación profesional), su dirección de correo electrónico y su número Orcid (www.orcid.org). Los agradecimientos particulares que quiera dar el autor o autores, como asimismo la adscripción a proyectos científicos patrocinados, deben señalarse con asterisco al comienzo del artículo.
- c) Un resumen del trabajo de entre 100 y 150 palabras, el cual debe ser una descripción abreviada del contenido del artículo mencionando solo la idea central y los puntos principales. Siendo breve, exacto y claro en el lenguaje evitando la redundancia.
- d) De tres a seis palabras clave en castellano, separadas por punto y coma.

La segunda página deberá incluir:

- a) El título en inglés, seguido del resumen y las palabras clave separadas por punto y coma en inglés.
- b) El título en italiano, seguido del resumen y las palabras clave separadas por punto y coma en italiano.

1.6. Listado bibliográfico actualizado: Al final del trabajo se debe incluir la lista de bibliografía utilizada ordenada alfabéticamente y citada conforme a las normas APA.

Parte III. Notas y Comentarios

2. Se publicarán en esta sección trabajos breves sobre tópicos jurídicos, jurisprudencia o legislación.
- 2.2. Extensión:** La extensión debe ser menor a 4.000 palabras.
- 2.3. Arbitraje:** Estos trabajos serán sometidos al arbitraje de evaluadores conforme al procedimiento respectivo.
- 2.4. Originalidad:** Los trabajos propuestos para esta sección deberán ser originales, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos sin

autorización de la revista *Prudentia Iuris*. Los autores harán constar a través del sistema de gestión en línea de la Revista, o bien por una carta firmada remitida, la originalidad del texto.

2.5. Sobre el contenido inicial de notas y comentarios: La primera página incluirá:

- a) El título y subtítulo, si corresponde, del trabajo en castellano.
- b) El nombre de su autor o autores en negrita seguido del curriculum resumido del autor. Este debe contener solo el grado académico o profesional más alto alcanzado, así como la filiación académica del autor o autores (v.g. la actual relación del autor o autores con un algún centro de estudio universitario o equivalente en labores de docencia o investigación profesional), su dirección de correo electrónico y su número Orcid (www.orcid.org). Los agradecimientos particulares que quiera dar el autor o autores, como asimismo la adscripción a proyectos científicos patrocinados, deben señalarse con asterisco al comienzo del artículo.
- c) Un resumen del trabajo de entre 100 y 150 palabras, el cual debe ser una descripción abreviada del contenido del artículo mencionando sólo la idea central y los puntos principales. Siendo breve, exacto y claro en el lenguaje evitando la redundancia.
- d) De tres a seis palabras clave en castellano como en inglés (*keywords*), separadas por comas. Las palabras clave en inglés deben ir en letras cursivas.

La segunda página deberá incluir:

- a) El título en inglés, seguido del resumen en inglés y las palabras clave.
- b) El título en italiano, seguido del resumen en italiano y las palabras clave.

2.6. Listado bibliográfico actualizado: Al final del trabajo se debe incluir la lista de bibliografía utilizada ordenada alfabéticamente y citada conforme a las normas APA.

Parte IV. Documentos y crónicas

3. Documentos y crónicas:

La Dirección Editorial de *Prudentia Iuris* seleccionará para cada número aquellos documentos que considere relevantes conforme a la temática o problemas atinentes a los objetivos de la Revista, tales como textos del Magisterio de la Iglesia, Declaraciones de la Facultad de Derecho o Corporaciones o Colegios de Abogados, o de las múltiples Academias Jurídicas, Políticas

y Científicas, etc. Igualmente se incluirán en esta sección crónicas de actividades académicas o de relevancia para el ámbito de la investigación jurídica.

Recensiones

4. Se publicarán en esta sección reseñas de libros de aparición reciente.
- 4.1. En principio, las obras no podrán tener más de dos años.
- 4.2. **Extensión:** No podrán tener una extensión mayor a las 2.000 palabras.
- 4.3. **Revisión:** Los trabajos, para su inclusión en esta sección, deberán ser aprobados por, al menos, un miembro del Comité Editorial.

Frecuencia de publicación

Prudentia Iuris es una publicación semestral. Los números son publicados en la primera semana de los meses de junio y diciembre de cada año.

Política de acceso abierto

La revista *Prudentia Iuris* adhiere a la filosofía del acceso abierto a la literatura científica, permitiendo descargar, distribuir, copiar e imprimir su material sin restricciones, asegurando así el cumplimiento de dos objetivos fundamentales:

- Acceso irrestricto a la información, sin barreras económicas, legales o técnicas.
- Aumento de visibilidad e impacto de la institución y de sus investigadores.

Indexación

Prudentia Iuris se encuentra incluida en la base de datos Scopus, DOAJ, HeinOnline, ERIH Plus, Fuente Académica Premier (EBSCO), Catálogo Latindex 2.0, Dialnet, CLASE, Google Académico y REBIUN. Todos los contenidos también pueden ser encontrados en la Biblioteca Digital de la Universidad

Proceso de revisión por pares

1. Los documentos recibidos pasarán por una evaluación inicial realizada por los editores u otros especialistas a pedido de la Dirección Editorial, para discernir la originalidad, relevancia e interés científico y decidir su aceptación o no para la publicación. La Revista se reserva la posibilidad de rechazar trabajos en forma anticipada, brindando los motivos respectivos. En caso de desacuerdo con la decisión, el eventual pedido de reconsideración será sometido al Comité Editorial de la Revista.
2. Además, la Revista hace una corrección preliminar de estilos. Por ese motivo, los autores pueden recibir sugerencias o una

versión revisada del texto o ser consultados para solucionar dudas, antes de iniciar el proceso de arbitraje.

3. *Prudentia Iuris* sólo iniciará el proceso de arbitraje de trabajos que se ajusten a las normas para autores y a las políticas de secciones. La adaptación de los originales a las normas de la Revista es responsabilidad de los autores. La Revista no cobra aranceles por el proceso de evaluación de trabajos para publicación.
4. Los textos enviados a *Prudentia Iuris* para las secciones que requieren evaluación por pares serán evaluados por uno o dos especialistas externos a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, designados por la Dirección de la Revista. Estos textos se someterán a arbitraje según el sistema de “doble ciego” para preservar el anonimato de los autores y de los árbitros. La Dirección Editorial asegurará el anonimato del artículo eliminando del texto y archivo los nombres o referencias al autor.
5. Los árbitros solicitados, previa aceptación del arbitraje, deberán evaluar los trabajos conforme a las normas de publicación, según el formulario correspondiente y guardar confidencialidad respecto a todo lo referido a su intervención como evaluadores.
6. El plazo para la realización del arbitraje desde su aceptación será como máximo de 30 días. Como agradecimiento a su colaboración se le entregará al árbitro un ejemplar del número de la Revista en que hubiere intervenido y se le expedirá un certificado por su actuación. La Revista no publicará los nombres de los árbitros de modo de garantizar el anonimato de la revisión.
7. El dictamen del árbitro deberá indicar: Aprobado – Aprobado con cambios opcionales – Aprobado con cambios obligatorios, a verificar por la Dirección Editorial – Aprobado con cambios obligatorios, a verificar por el árbitro – Rechazado. El dictamen será comunicado al autor, garantizando el anonimato del árbitro. En caso de que se trate de un texto aprobado con sujeción a cambios, el autor contará con un plazo de 30 días para el envío de la nueva versión. Por su parte, en caso que corresponda, el árbitro deberá verificar las correcciones en un plazo de 15 días.
8. En caso de controversia en el proceso de arbitraje, la cuestión será resuelta por el Comité Editorial de la Revista.
9. En todos los casos, se publicará la fecha de recepción del trabajo y la fecha de su aceptación, sea por el árbitro académico, o bien por la Dirección Editorial, según corresponda.

Información para autores y envíos online

Los autores deberán:

1. Los autores que no cuenten con usuario en el portal deben enviar un mail a pruentia_juris@uca.edu.ar solicitando un usuario y contraseña con el cual ingresar a la web para enviar el artículo original. Si ya cuenta con nombre de usuario/o / contraseña para *Prudentia Iuris* “VAYA A IDENTIFICACIÓN”. El autor deberá indicar además su dirección de correo electrónico para ser publicada en la Revista. La revista no exige pago de arancel alguno en concepto de presentación, procesamiento y evaluación de los materiales recibidos.
2. Se autorizará a los autores que publiquen total o parcialmente sus trabajos en otras revistas, siempre y cuando aparezca al comienzo del artículo la referencia del número de *Prudentia Iuris* en el cual haya aparecido.
3. Los autores recibirán como agradecimiento y cortesía dos ejemplares del número de *Prudentia Iuris* en el que fue publicado su artículo.
4. Los autores de los artículos publicados además cederán sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que incorpore la versión digital de los mismos al Repositorio Institucional y al Portal de Revistas de la Universidad Católica Argentina como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica.
5. Los autores deberán declarar además todo lo relacionado con algún conflicto de intereses, tales como si la investigación ha sido financiada por alguna institución, o si ha sido realizada en el marco de una beca, o si ha existido colaboración de personas que merezcan reconocimiento, etc.
6. Los autores deberán declarar la originalidad de los trabajos enviados, conforme a las normas de publicación. La Revista revisará que no se incurra en plagio. En caso de detectarse esta situación, el trabajo será rechazado.
7. La Revista adhiere al Código de Ética por del Comité de Ética en las Publicaciones (*Committee on Publication Ethics - Code of Conduct and Best Practices Guidelines for Journals Editors*, COPE) y los autores, al remitir los trabajos, se comprometen a remitir tales normas.
8. Para las secciones de Recensiones y Crónicas, excepcionalmente, a criterio de la Dirección Editorial, se aceptarán trabajos de alumnos de grado de destacado desempeño académico.

Plagio

Todas las fuentes deben ser citadas y cuando se citen textos extensos de material escrito o de ilustración, el autor debe solicitar autorización y dejar constancia de dicha autorización.

Para la detección de plagio se utiliza el buscador de Google Académico y el software provisto por la Biblioteca de la Universidad.

La Revista no publicará el texto enviado por un autor, si se detectara plagio total o parcial del texto o se localizara el artículo ya publicado por el mismo autor.

En los casos mencionados, se comunicará al autor el motivo de rechazo explicando de manera clara las evidencias del plagio.

Normas para autores

1. Formato básico para la recepción de artículos:

Prudentia Iuris sólo iniciará el proceso de arbitraje de trabajos que se ajusten a las normas para autores y a las políticas de secciones. Todo artículo enviado a la Revista deberá contar con título, resumen de entre 100 y 150 palabras y de 3 y 6 palabras clave, todos ellos en castellano, inglés e italiano. La extensión del artículo deberá ser la adecuada a la sección elegida.

2. Formato básico para textos y citas bibliográficas:

2.1. Título en castellano: Interlineado 1,5; texto centrado; negrita de 14 puntos; tipo de letra Times New Roman; en mayúsculas y cursiva de 12 puntos para los subtítulos de segundo nivel.

2.2. Títulos en inglés y en italiano: Interlineado 1,5; texto centrado; negrita de 12 puntos; tipo de letra Times New Roman.

2.3. Cuerpo del texto: Papel A4; interlineado 1,5; tipo de letra Times New Roman; 12 puntos; texto justificado.

2.4. Notas a pie de página: Interlineado 1,5; tipo de letra Times New Roman; 10 puntos.

2.5. Sobre el contenido inicial de los *Artículos de investigación y de Notas y comentarios*.

La primera página incluirá:

a) El título y subtítulo, si corresponde, del trabajo en castellano. Texto centrado, en negrita de 12 puntos; tipo de letra Times New Roman: Interlineado 1,5.

b) El nombre de su autor o autores en negrita seguido del curriculum resumido del autor. Éste debe contener solo el grado académico o profesional más alto alcanzado, así como la filiación académica del autor o autores (v.g. la actual relación

del autor o autores con un algún centro de estudio universitario o equivalente en labores de docencia o investigación profesional), su dirección de correo electrónico y su número Orcid (www.orcid.org). Los agradecimientos particulares que quiera dar el autor o autores, como asimismo la adscripción a proyectos científicos patrocinados, deben señalarse con asterisco al comienzo del artículo.

- c) Un resumen del trabajo de entre 100 y 150 palabras, el cual debe ser una descripción abreviada del contenido del artículo mencionando sólo la idea central y los puntos principales. Siendo breve, exacto y claro en el lenguaje evitando la redundancia.
- d) De tres a seis palabras clave en castellano como en inglés (*keywords*), separadas por comas. Las palabras clave en inglés deben ir en letras cursivas.

La segunda página deberá incluir:

- a) El título en inglés, seguido del resumen en inglés y las palabras clave.
- b) El título en italiano, seguido del resumen en italiano y las palabras clave.

2.6. Listado bibliográfico actualizado: Al final de los *Artículos de investigación* y de *Notas y comentarios* se debe incluir la lista de bibliografía utilizada ordenada alfabéticamente y citada conforme a las normas APA.

3. Citas bibliográficas: Las citas se deben hacer con nota al pie de página indicando en el cuerpo del trabajo solo número de cita con superíndice. Para citar la bibliografía utilizada seguimos las normas internacionales de referencia pautadas por APA (American Psychological Association) que se utilizan en las publicaciones atinentes a las Ciencias Sociales.

3.1. Libros:

Apellido autor, Iniciales nombre autor. (Año). *Título*. Ciudad. Editorial.
Ej.: Gilson, É. (1997). *El realismo metódico*. Madrid. Encuentro.

En versión electrónica: Apellido, A. A. (Año). Título. DOI / [http//www](http://www).

Ej. Carpintero Benítez, F. (1999). *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*. Recuperado de...

3.2. Capítulo de un libro:

Apellido Autor, Iniciales nombre autor. (año). Título del capítulo o entrada en N. Apellido Editor (Ed.), *Título del libro* (xx ed., Vol. xx, pp. xxx–xxx). Editorial.

Ej. Di Lucia, P. (2003). La Carta dei Diritti Fondamentali di Nizza. Linguaggio axiologico e linguaggio deontico, en M. Siclari. *Contribu-*

ti allo studio della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (19-38). Giappichelli.

3.3. Artículos científicos:

Apellido autor, Iniciales nombre. (Año). Título del artículo. *Nombre de la Revista*, Volumen, Número, Páginas.

Ej. De Martini, S. M. A. (2013). Raíces ideológicas de la perspectiva de género. *Prudentia Iuris*, Nro. 75, 67-89.

3.4. Conferencias, Ponencias en Simposio o Congresos:

Apellido autor (es), Iniciales nombre. (Año). Título de la conferencia o ponencia. “En” Nombre del editor (Ed.), *Nombre del Congreso, Simposio o Jornada* (páginas). Ciudad. Editorial.

Ej. Arias de Ronchietto, C. E. (2003). Reglamentación legal de la filiación por dación o abandono del concebido criopreservado y reglamentación legal de las técnicas de procreación humana asistida en la República Argentina. En Casiello, J. J. y Nicolau, N. L. (Eds.), *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Tomo 1, 37-44). Rosario. Lux.

3.5. Artículo de diario impreso:

Apellido autor, inicial del nombre (año, día y mes). Título del artículo. *Nombre del diario*, páginas.

Ej. Ventura, A. (2013, 29 de noviembre). La Corte se distancia de la aprobación del proyecto sin consenso. *La Nación*, 7.

3.6. Publicaciones en línea en bases de datos:

Apellido autor, Iniciales nombre. (Año). Título del artículo. *Nombre de la Revista*, Volumen, Número, Páginas. Recuperado en URL o DOI

Ej. Lalanne, J. (2020). La certeza de la sentencia judicial. *Prudentia Iuris*, (90), 79-115. Recuperado 22 febrero, 2021 en <https://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA/article/view/3336>

3.7. DOI:

Incluir el DOI para todos los trabajos que lo tengan independientemente de que se usara la versión impresa u online del trabajo.

Ej. Goldfarb, M. (2020). Ética profesional de los abogados. Teoría y praxis en la provincia de Corrientes, argentina (2002-2014). *Prudentia Iuris*, (90), 27-57. doi: <https://doi.org/10.46553/prudentia.90.2020.pp.27-57>

3.8. Tesis o Disertaciones publicadas:

Apellido, iniciales del autor (año). *Título* (tipo de trabajo, lugar). Sitio donde se encuentra publicado. DOI / <https://>

Ej. Zambrano-Vázquez, L. (2016). *The interaction of state and trait worry on response monitoring in those with worry and obsessive-compulsive symptoms* [Doctoral dissertation, University of Arizona]. UA Campus [Repository](https://repository.arizona.edu/handle/10150/620615). <https://repository.arizona.edu/handle/10150/620615>

Highton, C. (2020) *Los daños derivados de la Inteligencia Artificial y del impacto de las nuevas tecnologías* [en línea]. Tesis de maestría. Pontificia Universidad Católica Argentina, 2020. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/10922>

3.9. Colecciones de congresos, conferencias, workshop:

3.9.1. Publicadas en una revista académica

Sigue el formato de cita de las publicaciones en revistas académicas:

Apellido autor, Iniciales nombre. (Año). Título del artículo. *Nombre de la Revista*, Volumen, Número, Páginas. DOI

Ej. De Martini, S. M. A. (2013). Raíces ideológicas de la perspectiva de género. *Prudentia Iuris*, Nro. 75, 67-89.

3.9.2. Publicadas como un libro completo

Sigue el formato de cita de los libros

Apellido autor, Iniciales nombre autor. (Año). *Título en cursiva*. Ciudad. Editorial. DOI / <http://www>

Ej. Gilson, É. (1997). *El realismo metódico*. Madrid. Encuentro.

En versión electrónica: Apellido, A. A. (Año). *Título*. DOI / <http://www>.

3.9.3. Publicadas como un capítulo en un libro

Sigue el formato de cita de un capítulo en un libro

Apellido Autor, Iniciales nombre autor. (año). Título del capítulo o entrada en N. Apellido Editor (Ed.), *Título del libro* (xx ed., Vol. xx, pp. xxx-xxx). Editorial. DOI

Ej. Di Lucia, P. (2003). La Carta dei Diritti Fondamentali di Nizza. Linguaggio axiologico e linguaggio deontico, en M. Siclari. *Contributi allo studio della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea* (19-38). Giappichelli.

3.10. Reporte de una agencia gubernamental:

Nombre de la dependencia responsable del documento. (año). *Título* (si tiene Nro. de publicación). Nombre de quien depende el autor del documento ej. Ministerio. DOI / <http://www>

Ej. Ministerio de Salud, Departamento de Epidemiología. (2020). *Informe de indicadores: Estrategia nacional de testeo, trazabilidad y aislamiento* (informe nro. 51). Santiago, Chile: Gobierno de Chile.

3.11. Informe:

Apellido, iniciales del autor. (año). *Título*. Editor del informe. <https://www>.

Ej. Lafferriere, J. N., Moya, G. (dirs.) (2018). *La información genética en salud en América Latina: algunos aspectos éticos y jurídicos*. Documento inédito. Proyecto de investigación colaborativo. Universidad Católica. Instituto de Bioética; Facultad de Derecho. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2718>

4. Reiterar una obra ya citada en el trabajo:

4.1. Cuando se repite información del mismo autor, el mismo libro y las mismas páginas:

Se cita de forma completa la obra por primera vez y luego se utilizará: “Ídem” y si las citas no son contiguas se agregará a continuación el número de cita donde se indica la obra completa.

Ej.: 1. Yacobucci, G. J. (2005), “Los desafíos de un nuevo Derecho Penal”, en *Revista Jurídica Logos* (Facultad de Derecho Prof. Damásio de Jesús), San Pablo, n° 1, p. 15.

2. Ídem

6. Ídem 1

4.2. Cuando se cita un mismo autor y una misma obra, variando solamente las páginas citadas:

Se cita de forma completa la obra por primera vez y luego se utilizará: Apellido, iniciales. Ob. cit., páginas citadas.

Ej. 1. Ferrajoli, L. (2011). “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. En *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 15-53.

3. Ferrajoli, L. Ob. cit., 23

4.3. Cuando se cita al mismo autor y una misma obra pero a la largo del trabajo se utilizan varias obras del mismo autor:

Se cita de forma completa la obra por primera vez y luego al reiterar la cita: Apellido, Iniciales del autor. *Título de la obra abreviado...*, Tomo, páginas citadas.

Ej. 1. Binder, A. M. (2000). *Ideas y materiales para la Reforma de la Justicia Penal*. 1ª ed. Buenos Aires. Ad Hoc, 115.

18. Binder, A. M. *Ideas y...*, 102-103.

20. Binder, A. M. (2014). *Derecho Procesal Penal*. T. II. 1ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc, 345-346.

24. Binder, A. M. *Derecho Procesal...*, T. II, 346.

La Dirección de *Prudentia Iuris* se reserva el derecho de ajustar el estilo del aparato crítico a las normas de la Revista.

Lista de comprobación de preparación de envíos

Como parte del proceso de envío, se les requiere a los autores que indiquen que su envío cumpla con todos los siguientes elementos, y que acepten que envíos que no cumplan con estas indicaciones pueden ser devueltos al autor.

1. La petición es original, no ha sido publicada previamente, ni se ha presentado a otra revista (o se ha proporcionado una explicación en Comentarios al editor).
2. El archivo enviado está en formato OpenOffice, Microsoft Word, RTF, o WordPerfect.

3. Se han añadido direcciones web para las referencias donde ha sido posible.
4. El texto tiene interlineado 1,5; el tamaño de fuente es 12 puntos; se usa cursiva en vez de subrayado (exceptuando las direcciones URL); y todas las ilustraciones, figuras y tablas están dentro del texto en el sitio que les corresponde y no al final del todo.
5. El texto cumple con los requisitos bibliográficos y de estilo indicados en las Normas para autoras/es, que se pueden encontrar en Acerca de la revista.
6. Si está enviando a una sección de la revista que se revisa por pares, tiene que asegurarse de que las instrucciones de una revisión a ciegas han sido seguidas.

Nota de copyright

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.

Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

Usted es libre de:

- Compartir - copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato.
- Adaptar - remezclar, transformar y construir a partir del material.
- La licenciente no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia.

Bajo los siguientes términos:

- Atribución - Usted debe dar crédito de manera adecuada, brindar un enlace a la licencia, e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo de la licenciente.
- NoComercial - Usted no puede hacer uso del material con propósitos comerciales.
- CompartirIgual - Si remezcla, transforma o crea a partir del material, debe distribuir su contribución bajo la misma licencia del original.
- No hay restricciones adicionales - No puede aplicar términos legales ni medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otras a hacer cualquier uso permitido por la licencia.

Avisos:

- No tiene que cumplir con la licencia para elementos del material en el dominio público o cuando su uso esté permitido por una excepción o limitación aplicable.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Declaración de privacidad

Los nombres y direcciones de correo-e introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines declarados por esta Revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito u otra persona.