



# PRUDENTIA IURIS

*Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia  
Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires*

**Setiembre 1994**

## AUTORIDADES DE LA FACULTAD:

*Decano:*

Dr. ALFREDO DI PIETRO

### CONSEJO DIRECTIVO

*Por los Directores de Instituto, Departamentos y Cursos de Doctorados:*

Dr. FRANCISCO ARIAS PELERANO y Dr. JUSTO LOPEZ

*Suplente:*

Dr. SANTIAGO M. SINOPOLI

*Por los profesores titulares:*

Dr. ALFREDO BATTAGLIA, Dr. HUGO R. CARCAVALLO,  
Dr. JOAQUIN R. LEDESMA

*Suplentes:*

Dr. OSCAR AMEAL, Dr. JOSE OCTAVIO CLARIA,  
Dr. JULIO M. OJEA QUINTANA

*Por los profesores protitulares y adjuntos:*

Dr. ERNESTO B. POLOTTO

*Suplente:*

Dr. NESTOR ALBERTO RAIMUNDO

*Secretario Académico:*

Lic. ROBERTO EDUARDO ARAS

## AUTORIDADES DE LA REVISTA:

*Director:*

Dr. ALFREDO DI PIETRO

*Secretario de Redacción:*

Dr. SANTIAGO M. SINOPOLI

*Junta Asesora:*

Monseñor Dr. NESTOR D. VILLA, Dr. HUGO R. CARCAVALLO,  
Dr. JUSTO LOPEZ, Dr. JOAQUIN RAFAEL LEDESMA, Dr. NESTOR P. SAGÜES,  
Dr. JOSE O. CLARIA, Dr. GERARDO DONATO, Dr. CARLOS STORNI

# PRUDENTIA IURIS

NUMERO 35

SETIEMBRE 1994

---

## SUMARIO

<i>Raúl Alberto Ramayo</i> : Derecho comparado: relación entre el Derecho propio y el Derecho extranjero .....	5
<i>Guillermo Jorge Yacobucci</i> : Política criminal y delincuencia de menores (Análisis desde una perspectiva socio-educativa) .....	61
<i>Mario Strubbia</i> : ¿Puede el hombre conocer la verdad moral? VERITATIS SPLENDOR: “Conoceréis la verdad y la verdad os hará libres” (Jn. 8,32) .....	77
<i>Flavio F. Agatiello Piñero</i> : La supuesta autonomía de las relaciones internacionales .....	87
<i>Francisco Arias Pelerano</i> : Indagación filosófica del acto estatal no justiciable ....	93
<i>Florencio Hubeňák</i> : Nicoletti, Michele. Trascendenza e potere. La teología política di Carl Schmitt. Brescia, Morcelliana, 1990, 697 p. ....	103
<i>Stefano Mogini</i> : El modelo acusatorio en el nuevo proceso penal italiano .....	107
<i>Luis Antbal Maggio</i> : La epieikeia aristotélica y la equidad romana .....	129
<i>Héctor H. Hernández</i> : Juridicidad y antijuridicidad (Reflexiones elementales) .....	141

*Reg. Nac. de la Prop. Intelectual N° 83289.  
Queda hecho el depósito que marca la ley.*



# DERECHO COMPARADO: RELACION ENTRE EL DERECHO PROPIO Y EL DERECHO EXTRANJERO

RAÚL ALBERTO RAMAYO

SUMARIO: SECCIÓN PRIMERA: Introducción. 1. Propedéutica. 2. Aclaraciones terminológicas. 2.1. Recepción y fuente. 2.2. Derecho o solución jurídica extranjeros. 2.2.1. Contenido. 2.2.2. Naturaleza. 3. El mundo del Derecho Positivo. Su movilidad. SECCIÓN SEGUNDA: Ambito del Derecho propio interno. 1. Recepción planificada por el Derecho propio interno, de un Derecho extranjero. 1.1. La experiencia jurídica propia y la ajena. 1.2. Los *nuevos* problemas o casos jurídicos. 1.3. Las actitudes frente a los *nuevos* problemas o casos jurídicos. 1.4. Las respuestas a los *nuevos* problemas o casos jurídicos. 1.5. El Derecho o solución jurídica extranjeros. 1.5.1. Recepción planificada. Extensión y grados. 1.5.2. Comparación necesaria. 1.6. Metodología de la comparación necesaria entre el Derecho propio y el Derecho extranjero. 1.6.1. Comparación en la dimensión normológica. 1.6.1.1. Las reglas y los valores normológicos. 1.6.1.2. La jerarquía normológica. 1.6.2. Comparación en la dimensión sociológica. 1.6.2.1. Las reglas y valores sociológicos. 1.6.2.2. Los cambios sociales. 1.6.3. Comparación en la dimensión dikelógica. 1.6.3.1. El concepto de JUSTICIA. 1.6.3.2. Los valores dikelógicos. 1.6.3.3. La Identidad Nacional. 1.7. Requisitos para la viabilidad de la recepción planificada. 1.8. Categorización de la recepción planificada. 1.8.1. Recepción planificada consumada. 1.8.2. Recepción planificada en trámite. 1.8.3. Recepción planificada en promoción. 2. Recepción del Derecho extranjero como argumento de decisiones (normas individuales) propias (sentencia, acto administrativo, resolución). 2.1. Interpretación y aplicación del Derecho. 2.2. Fundamento de las decisiones (normas individuales). 2.3. El Derecho extranjero como jurisprudencia (Derecho judicial). 2.4. Metodología de la comparación necesaria entre el Derecho propio y el Derecho judicial extranjero. 2.4.1. Dimensiones normológica, sociológica y dikelógica. 2.4.2. Cita del Derecho judicial extranjero. 2.5. Exposición de casos. 2.6. La experiencia judicial argentina. 3. Recepción de un Derecho extranjero para su aplicación en la solución de un caso internacional (caso mixto). SECCIÓN TERCERA: Ambito del Derecho propio uniforme. 1. Nociones preliminares. 1.1. Derecho interno y Derecho uniforme. 1.2. Elaboración y vigencia del Derecho uniforme. 1.2.1. Tratados y Convenciones. 1.2.2. Ley nacional. 1.2.3. Costumbre internacional (Derecho

consuetudinario). 1.2.4. Ley comunitaria. 2. Metodología de la comparación necesaria en el Derecho uniforme. 2.1. Respeto de los Tratados o Convenciones normativas. 2.1.1. Participación del Estado Nacional en la elaboración del texto de un Tratado ó Convención. 2.1.2. Recepción planificada de un Derecho uniforme convencional. 2.1.3. Adhesión a un Tratado o Convención. 2.2. Respeto de una ley nacional. 2.3. Respeto de la costumbre internacional (Derecho consuetudinario). 2.4. Respeto de la ley comunitaria. 2.4.1. Emergente de órganos nacionales. 2.4.2. Emergente de órganos supranacionales. 3. Elaboración del Derecho Uniforme. 3.1. Los propulsores visibles. 3.1.1. Los Estados nacionales. 3.1.2. Los organismos internacionales oficiales. 3.1.2.1. Organismos especializados dependientes de la UN. 3.1.2.2. Organizaciones internacionales surgidas de Acuerdos de los Estados nacionales. 3.1.3. Las Organizaciones internacionales privadas. 4. El Derecho uniforme normativo y algunos de sus logros más destacables, ratificados por nuestro país. 4.1. En el área de los derechos del hombre. 4.2. En el área comercial-financiera. 5. Reflexiones finales. SECCIÓN CUARTA: Los sistemas jurídicos contemporáneos. 1. Los valores-principios jurídicos, y su reglamentación. 1.1. Distinciones. 1.2. Los valores-principios jurídicos básicos o fundamentales. Los valores-principios dependientes. 1.3. Los valores-principios básicos o fundamentales del Derecho positivo propio, y los de los Derechos positivos extranjeros. 2. Los sistemas jurídicos. 2.1. Su existencia. 2.2. Limitación del estudio de los sistemas jurídicos contemporáneos. 2.3. Determinación y clasificación de los sistemas jurídicos contemporáneos. 2.3.1. El elemento religioso. 2.3.2. El elemento *órgano de creación del Derecho positivo*. 2.4. Síntesis de lo expresado en el acápite anterior. 3. Reflexiones sobre la determinación y clasificación propuesta, de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos.

## SECCIÓN PRIMERA: INTRODUCCIÓN

### 1. PROPEDEÚTICA

El presente trabajo tiene por finalidad completar y ampliar la temática que fue motivo de nuestra preocupación en un anterior ensayo intitulado *Contenido y naturaleza del objeto de la llamada ciencia del Derecho Comparado (El Derecho, t. 132, p. 865 y ss.)*.

En dicho ensayo desarrollamos el criterio que reserva a esta rama del Derecho, que al igual que la Filosofía del Derecho no es normativa (no está integrada por normas legislativas o consuetudinarias) un objeto científico-jurídico que es de su exclusiva pertenencia<sup>1</sup>. Y ese

---

<sup>1</sup> La expresión DERECHO COMPARADO, entendida gramaticalmente, puede conducirnos a otorgarle un contenido no sólo incorrecto, sino exorbitante (científicamente inalcanzable), cual es el estudio de todos los Derechos, naturales y positivos, vigentes o históricos, y sus comparaciones integrales. Es imperativo, entonces, fijar su verdadero contenido (OBJETO) científico, estableciendo sus límites. Y en ello hemos volcado nuestro esfuerzo.

objeto está dado por la porción del vasto mundo del Derecho donde la comparación del Derecho propio vigente con el Derecho extranjero, también vigente, deviene en necesaria. No se trata, pues, de un objeto contingente. La satisfacción, esto es, la búsqueda de la respuesta adecuada a tal necesidad, se traduce en un conjunto de conocimientos, de enriquecimiento permanente que reclaman, y lo consiguen, ser metodológicamente sistematizados.

Una diagramación ordenada de lo que dijimos entonces nos lleva a precisar cuál es la porción del vasto mundo jurídico donde la particular relación que se traba entre el Derecho propio y el Derecho extranjero exige la mencionada comparación necesaria. Y esa porción la encontramos en los dos ámbitos siguientes:

a. Ambito del Derecho propio interno:

a.a. Recepción planificada por el Derecho propio interno, de un Derecho extranjero.

a.b. Recepción de un Derecho extranjero como argumento de decisiones (normas individuales) del Derecho propio (sentencia, acto administrativo, resolución).

a.c. Recepción de un Derecho extranjero para su aplicación en la solución de un caso internacional (caso mixto).

b. Ambito del Derecho propio uniforme:

b.a. Participación en la elaboración de un Derecho uniforme para su eventual incorporación al Derecho propio uniforme.

b.b. Recepción planificada por el Derecho propio uniforme, de un Derecho extranjero uniforme.

El abreviado recuerdo de lo que dijimos en nuestro citado trabajo anterior, al que nos remitimos, nos habilita ya para encarar su completamiento y ampliación, con nuevos datos y reflexiones, que consideramos han de contribuir a la mejor comprensión de lo que entendemos como zona jurídica propia del Derecho Comparado.

## 2. ACLARACIONES TERMINOLÓGICAS

### 2.1. *Recepción y fuente*

La recepción planificada por el Derecho Nacional (propio), de un Derecho extranjero, es una expresión que, desde el inicio, nos está indicando que se trata de una recepción parcializada. Si fuera integral, ello significaría la eliminación de todo un Derecho Nacional (propio) y su reemplazo por un Derecho extranjero en forma global. Desaparecería, por lo tanto, todo lo que puede ser materia de Derecho Comparado, con respecto al Derecho Nacional que se suplanta.

Por eso, cuando nos referimos a la recepción planificada de un Derecho extranjero, nos estamos refiriendo a su recepción planificada por un Derecho nacional (propio), que pretende seguir manteniendo su vitalidad y su vigencia.

Esta recepción parcializada del Derecho extranjero es la que nos permite utilizar como un equivalente: *recepción planificada de una solución jurídica extranjera*.

Además, y para redondear mejor nuestro pensamiento, debemos consignar lo que sigue. La experiencia nos enseña que, usualmente, se dice que una determinada regla o institución de nuestro Derecho vigente, o que se proyecta que lo sea, tiene o reconoce como fuente a un Derecho extranjero. Es decir, se ha apelado o se apela a un Derecho extranjero, para concretar una determinada solución que va a regir como Derecho propio.

La palabra fuente alude en puridad a *fuerza de inspiración*. En esta tesitura, se dice entonces que la regla o institución del Derecho propio (actual o potencial) se *inspira* en un Derecho extranjero.

Acudir o apelar a un Derecho extranjero constituye, a nuestro juicio, una de las más delicadas y trascendentes responsabilidades de los forjadores del Derecho propio. Por ello, entendemos que la expresión *Recepción planificada de un Derecho o solución jurídica extranjeros* alerta, con más evidencia, de lo que en realidad se trata. Receptar, en su segunda acepción, que es la que utilizamos, significa recibir, acoger, y su derivado, la receptividad, implica la capacidad de recibir.

En materia de Derecho Comparado, hablar de *fuentes* diluye un poco la fuerza expresiva que posee la palabra *recepción* en el campo de la comparación necesaria entre el Derecho propio y el Derecho extranjero, cuyo meollo y mecanismos exponemos en la Sección Segunda, acáp. 1.6.

## 2.2. Derecho o solución jurídica extranjero

### 2.2.1. Contenido

La estructura jurídica de los Estados nacionales (Derecho propio) está constituida por dos tipos de Derechos. Uno de esos Derechos es el Derecho interno, que tiene la singularidad de ser exclusivo. El otro de los Derechos es el Derecho uniforme (un desprendimiento de este Derecho es el Derecho comunitario), que también impera en el Estado nacional, pero que no le es exclusivo, ya que su normatividad es compartida por otro u otros Estados nacionales (v. Sección Tercera, acáp. 1.).

Al referirnos al Derecho o solución jurídica extranjero, estamos abarcando pues a ambos tipos de Derechos.

Siguiendo a Goldschmidt un “...Derecho es para nosotros extranjero si lo contemplamos desde afuera, como observadores, mientras que es propio si lo visualizamos como protagonistas”<sup>2</sup>.

La recepción planificada por el Derecho propio de un Derecho o solución jurídica extranjeros puede responder a dos intencionalidades básicas:

a. Primera intencionalidad: la recepción planificada de un Derecho o solución jurídica extranjeros sólo apunta a consagrar un Derecho propio interno, aprovechando para ello la experiencia jurídica ajena. La intención legislativa que motoriza esta recepción no tiene en

---

<sup>2</sup> *La alonomología (o ciencia del Derecho Comparado)*, compilado en *El S.O.S. del Derecho Internacional Privado clásico y otros ensayos*, Ed. de Belgrano, Bs. As., 1979, p. 143.

la mira establecer un Derecho uniforme con el Estado extranjero, tanto es así que, como veremos en la Sección Segunda, acáp. 1.5.1., esta clase de recepción admite grados o extensiones diversas.

b. Segunda intencionalidad: La recepción planificada por el Derecho propio de un Derecho o solución jurídica extranjeros se orienta a que con esta recepción se establece un Derecho uniforme, es decir, que el Derecho propio hace ingresar a su estructura un Derecho compartido.

### 2.2.2. Naturaleza

Respecto de la naturaleza del Derecho o solución jurídica extranjeros, nos remitimos a lo expresado en el citado trabajo anterior, acáp. 4.2.

## 3. EL MUNDO DEL DERECHO POSITIVO. SU MOVILIDAD

El Derecho positivo es un universo en el que conviven, en necesaria y permanente interacción <sup>3</sup>:

a. la realidad, concretada en la multiplicidad de relaciones y situaciones derivadas de los hechos de la naturaleza y de los actos del hombre.

b. los valores, fundamentalmente la JUSTICIA, que, atendiendo a esas relaciones y situaciones, se consideran determinantes para configurar la adquisición, modificación o extinción de derechos y obligaciones.

c. las normas escritas o consuetudinarias, que constituyen el vehículo mediante el cual una comunidad expresa la existencia e imperatividad de los derechos y obligaciones que se atribuyen a los protagonistas de las relaciones y situaciones mencionadas en el anterior punto a. Y ello, claro está, consustanciado con el sentido de JUSTICIA que sustenta la comunidad (Dikelogía), la cual debe tener siempre en la mira la realización del valor JUSTICIA.

Nuestro país pertenece al sistema continental Europeo, de tradición romanista. Por lo tanto, a diferencia del sistema anglosajón, las normas escritas (fuentes formales) se imponen como concepción y práctica monopólica.

En esta concepción y práctica, adquiere un rol preponderante la figura del legislador, cuya actividad final consiste en lograr que la porción de la realidad objeto de su

---

<sup>3</sup> v WERNER GOLDSCHMIDT, *Introducción Filosófica al Derecho (Teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes)*, Ed. Depalma, Bs. As., 4ª ed., 1973. Enseña Rafael Bielsa: "Concebimos la ciencia jurídica —en el sentido de nuestro estudio— como un conjunto de conocimientos determinados con unidad y generalidad, y de investigaciones dirigidas a comprobar o verificar la verdad de esos conocimientos que comprenden y tienen por objeto las relaciones de la conducta humana, regidas por normas de convivencia social, fundadas en principios de justicia" (*Derecho Constitucional*, Ed. Depalma, Bs. As., 2ª ed., 1954, p. 1).

preocupación legisferante, como el criterio que en definitiva se ha seleccionado para solucionarla (vgr. problema referido a la determinación de cuándo una persona puede tenerse por muerta y selección del criterio de la muerte cerebral) sean captados (descriptos) de la manera más fiel posible, por una norma jurídica formal. Con la confección y sanción de esa norma jurídica formal, culmina la función principal del legislador, que es la de ser el formador del Derecho positivo (fase dinámica del Derecho positivo: su creación).

Puesta en vigencia la norma jurídica, debe pasarse a la actividad siguiente, que es la de su interpretación y aplicación (fase asentamiento del Derecho positivo), ya sea por los órganos estatales de acuerdo con sus atribuciones, como por los habitantes. Dice el art. 1º del Código Civil: “Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes”.

En la fase asentamiento, que incluye a la negociación, cabe recordar que la interpretación y aplicación de la norma jurídica queda a cargo, en última instancia, del Poder Judicial <sup>4</sup>.

Pero el Derecho positivo no es pétreo e inamovible. Durante la fase asentamiento, no sólo es dable constatar falencias que ameriten su perfeccionamiento (mejor JUSTICIA) sino, además, advertir que la realidad ha cambiado y requiere de otras soluciones (fase detección de insuficiencias del Derecho positivo). El perfeccionamiento y la actualización del Derecho positivo pueden ser promovidos por los habitantes, las organizaciones intermedias o por los propios organismos estatales. Cuando este reclamo toma fuerza, pone en acción la fase dinámica (creadora) del Derecho positivo, cuya concreción, como vimos más arriba, es responsabilidad del legislador.

El juego permanente de las fases *dinámica* y *asentamiento*, motorizadas por la fase *detección de insuficiencias*, es lo que da al mundo del Derecho positivo su poderosa vitalidad renovadora, porque no podemos perder de vista que el Derecho positivo no es químicamente puro, esto es, en otras palabras, no es intrínsecamente justo, como lo es el Derecho natural.

## SECCIÓN SEGUNDA: AMBITO DEL DERECHO PROPIO INTERNO

### 1. Recepción planificada por el Derecho propio interno, de un Derecho extranjero

#### 1.1. La experiencia jurídica propia y la ajena

Para la más ajustada captación de la recepción que nos ocupa, resulta indispensable tener en cuenta y en claro a esa aptitud tan exclusiva del género humano que es la experiencia. Esta aptitud típicamente humana ha sido definida por la Real Academia

---

<sup>4</sup> Con la negociación (que está en pleno auge), se saca al conflicto del ámbito judicial. La mediación, que es un paso más avanzado, también persigue esa finalidad. v. JUAN LUIS COLAIACOVO, *Negociación y contratación internacional*, Ed. Macchi, Bs. As., 1991; ZULEMA D. WILDE - LUIS GAIBROIS, *Qué es la mediación*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1994.

Española como “advertimiento, enseñanza que se adquiere con el uso, la práctica o sólo con el vivir”. La experiencia es transmisible, circunstancia fundamental que le posibilita al hombre tener historia, esto es, desarrollarse progresivamente en el tiempo mediante la sumatoria y el perfeccionamiento de la experiencia acumulada <sup>5</sup>. La experiencia histórica del hombre no sólo se constituye con la experiencia propia, que puede ser individual o colectiva según la comunidad de pertenencia, sino también con la ajena, es decir, con la de los otros, individual o comunitariamente considerados. La relación que entrelaza a los hombres y a las comunidades determina la imposibilidad de encontrar una experiencia individual o colectiva que pueda ser exclusiva y excluyentemente propia. En toda experiencia calificable como propia, no es extraña la experiencia ajena. La usamos tanto para seguirla como para que nos sirva como un elemento de juicio para formar nuestras propias convicciones y decisiones, que pueden llegar hasta serles contrapuestas.

En la recepción del Derecho extranjero por el Derecho propio, aparece con toda nitidez la experiencia jurídica ajena (interna o uniforme), sobre todo en esta época donde a la interrelación de las naciones se le ha acoplado una cada vez más tramada interdependencia.

Las comunidades nacionales están conformadas por problemas que encuentran su solución dentro de su sistema jurídico. En la elaboración de ese sistema jurídico no puede ser marginada *la experiencia jurídica ajena*, ya que ello no sólo constituiría una expresión de inadmisibles soberbia, sino algo más grave: una inexcusable torpeza a contrapelo de la historia. Poco favor le haríamos a nuestras convicciones democráticas y republicanas si hiciéramos oídos sordos tanto a otras experiencias ajenas que puedan ser ejemplificantes, como a otras experiencias, vgr. totalitarismos, que por sus efectos negativos nos estimulan para fortalecer aquellas convicciones.

La gravitación y el aprovechamiento de la experiencia ajena se dan en todos los campos y, por ende, en el mundo del Derecho.

## 1.2. Los “nuevos” problemas o casos jurídicos

Los problemas, también llamados casos, que interesan al Derecho suelen ser inmunes al paso del tiempo. *Mutatis mutandi* los encontramos en todas las épocas y en todas las sociedades o comunidades. Se asientan en la condición humana, que es permanente <sup>6</sup>. Basta

---

<sup>5</sup> Dice José Ortega y Gasset: “El individuo humano no estrena la humanidad. Encuentra desde luego en su circunstancia otros hombres y la sociedad que entre ellos se produce. De ahí que su humanidad, la que en él comienza a desarrollarse, parte de otra que ya se desarrolló y llegó a su culminación; en suma, acumula a su humanidad un modo de ser hombre ya forjado, que no tiene él que inventar, sino simplemente instalarse en él, a partir de él para su individual desarrollo. Éste no empieza para él, como en el tigre, que tiene siempre que empezar de nuevo, desde cero, sino de una cantidad positiva a la que agrega su propio crecimiento” (*Historia como sistema*, Revista de Occidente, Madrid, 3ª ed., 1958, p. 54).

<sup>6</sup> Afirmaba Terencio: “soy hombre; nada de lo humano me es extraño”. Ello explica, vgr., por qué las obras de Eurípides, Sófocles y Esquilo siguen teniendo vigencia luego de casi dos mil quinientos años. Al marxismo le resultaba difícil digerir este fenómeno, habida cuenta que para esta ideología, la cultura, la ética, el derecho, la educación, etc. eran la resultante de las relaciones de producción económica. El cambio de esas relaciones de producción económica

mencionar los problemas de familia, de obligaciones o contratos, de propiedad, de sociedades comerciales, de trabajo, de gobierno y administración, de castigo a los delitos, etc. Lo que no es inmune al paso del tiempo es el conjunto de las soluciones jurídicas que han acompañado a esos problemas o casos, y a los cuales cada sociedad o comunidad les ha impreso su sello característico.

Lo que separa y diferencia a las sociedades o comunidades no son los problemas o casos que deben afrontar, sino las soluciones jurídicas con que los resuelven.

El progreso de la humanidad determina que ciertas soluciones jurídicas envejezcan y deban ser remozadas o reemplazadas. Las soluciones jurídicas envejecidas, sin embargo, poseen el valor inestimable de integrar el pasado y la conciencia histórica de una comunidad (Nación-Estado), consustanciándose con su identidad (v. infra 1.6.3.3.). Siguen operando a modo de antecedente insoslayable para comprender las nuevas soluciones jurídicas.

Dijimos que los problemas o casos tienen continuidad en el tiempo. Lo que ocurre es que también con el paso del tiempo vamos enriqueciendo las perspectivas desde las cuales podemos analizarlos. En realidad, son las nuevas perspectivas las que nos imponen el análisis. Los problemas o casos reclaman entonces que las soluciones jurídicas que los acompañan sean renovadas en función de esas nuevas perspectivas (cambios sociales). Es oportuno destacar que cuando hablamos de nuevos problemas o casos, en puridad nos estamos enfrentando con los mismos problemas o casos vistos desde otras perspectivas. Vgr., el mundo actual nos desafía con los denominados problemas de la ingeniería genética, entre ellos, el problema de los embriones fecundados *in vitro*. Pero lo cierto es que los progresos de la ingeniería genética son la nueva perspectiva desde la cual se contempla a la naturaleza de la vida humana y a su comienzo. Hasta no hace mucho la respuesta de la comunidad (solución jurídica) tomaba en cuenta las perspectivas religiosas, filosóficas y científicas que imperaban en esa época. Y así, se entendía que la vida humana derivaba de la unión de un hombre con una mujer, de la concepción de esa vida en el seno materno y de la protección del feto. La moderna ingeniería genética (nueva perspectiva) ha puesto en crisis (replanteo) los universos religiosos y filosóficos y ello se traduce en el universo jurídico, que debe dar soluciones jurídicas al añejo problema de la naturaleza de la vida humana y de su comienzo, pero desde una nueva perspectiva.

Asimismo, los cambios filosóficos, políticos, socio-económicos, etc. que se producen en una comunidad pueden hacer estallar a la luz las facetas de un problema que se encontraban adormecidas o aletargadas por las creencias filosóficas, políticas, socio-económicas, etc., que resultan desplazadas con los referidos cambios. Vgr. la prestación de servicios públicos esenciales a cargo del Estado (servicios de electricidad, teléfonos, aguas

---

desde los antiguos griegos hasta nuestros días debía entonces ocasionar cambios en la cultura, la ética, el derecho, la educación, etc. El genio griego, buceador profundo del alma humana, se encargaba de desmentir el postulado marxista. Sostiene Ortega y Gasset: "...tampoco es posible la historia, la investigación de las vidas humanas, si la fauna variadísima de éstas no oculta una estructura esencial idéntica; en suma, si la vida humana no es, en el fondo, la misma en el siglo X antes de Cristo que en el siglo X después de Cristo, entre los caldeos de Ur y en el Versalles de Luis XV (*En torno a Galileo*, Revista de Occidente, Madrid, 1956, p. 11).

sanitarias, correos, etc.) provocaba el rechazo de soluciones jurídicas privatizadoras de los mismos. Hoy el criterio que se impone es el de las privatizaciones. Como se advierte, el problema básico es el mismo: *a cargo de quién debe estar la prestación de los servicios públicos esenciales*. Los cambios políticos y socio-económicos enfocan la solución del problema desde una perspectiva distinta.

Los dos señalados ejemplos, que pueden multiplicarse, corroboran lo que dijimos más arriba en el sentido que cuando hablamos de los *nuevos* problemas que interesan al Derecho, en realidad nos estamos refiriendo a las variadas facetas que configuran a los problemas en su totalidad, pero que adquieren mayor notoriedad (gravitación social) o son *descubiertas* desde las nuevas perspectivas que nos brindan las transformaciones religiosas, filosóficas, políticas o socio-económicas que acontecen en una comunidad y que, por su entidad, transforman a las soluciones jurídicas vigentes en anacrónicas y reclaman su *aggiornamento*. Hay por ello soluciones jurídicas que van quedando ahogadas por esas transformaciones <sup>7</sup>.

Quede claro, entonces, que por tener carta de ciudadanía la expresión *nuevos problemas o casos* y estar por ello incorporada tanto al lenguaje común como al técnico, la seguiremos usando en función de su aceptación generalizada, pero con el significado que precisamos en el párrafo anterior.

### 1.3. Las actitudes frente a los “nuevos” problemas o casos jurídicos

Volcando las reflexiones precedentes al tema de la recepción planificada del Derecho extranjero por el Derecho propio interno, advertimos de inmediato que es en la fase dinámica del Derecho positivo (su creación) donde se da y opera la comparación necesaria del Derecho propio con el Derecho extranjero.

Caben recordar aquí dos anotaciones de interés:

1. en este trabajo estamos completando el estudio que ya desplegamos en el citado trabajo anterior, pero apuntando nuestra mira a lo que constituye la recepción *planificada* del Derecho extranjero por el Derecho propio interno.

2. en dicha recepción *planificada* tomamos en cuenta al sistema jurídico continental europeo, de tradición romanista, que es el nuestro, en el cual el legislador juega un rol decisivo en la elaboración de las normas jurídicas (fuentes formales).

Cuando los problemas o casos que integran la realidad jurídica de una comunidad son alcanzados por los cambios sociales, esa *nueva* realidad obliga a preguntarse qué se hace con ella, esto es, qué soluciones jurídicas les damos. La respuesta transita entonces con

---

<sup>7</sup> Los *nuevos* problemas o casos no nacen *ex-nihilo*, por generación espontánea. Como dice Julián Marías, todo lo humano es un *venir de y un ir hacia*. Los problemas o casos que emanan de la condición (esencia) del hombre son giratorios en el tiempo, sólo que cuando reaparecen lo hacen con flamantes apariencias. Este es significado del tan conocido adagio *nihil novum sub sole* (no hay nada nuevo bajo el sol).

arreglo a fórmulas que vienen de antiguo, pero que no pueden calificarse de arqueológicas porque aún perduran y se emplean:

a. fórmula 1: consiste en negar la *nueva* realidad, esto es, los problemas o casos *nuevos*. Lo *nuevo* al principio desconcierta. Las soluciones jurídicas vigentes se sacralizan y se aplican a los *nuevos* problemas o casos. Por supuesto, esta contención de las soluciones jurídicas puede transformarse en una caldera de alta presión que, si no es controlada a tiempo, puede explotar ((revolución). La enseñanza que nos ha legado la Historia es reveladora en esta materia.

b. fórmula 2: es una avance a medias. Se reconoce la *nueva* realidad pero se le niegan soluciones propias. Las viejas soluciones se flexibilizan al máximo en su interpretación pero también ellas se apoderan de los *nuevos* problemas o casos <sup>8</sup>.

c. fórmula 3: es la más abierta. Admite la *nueva* realidad y, consiguientemente, la necesidad de elaborar un repertorio de soluciones jurídicas apropiadas, que acorte la asincronía que normalmente se da entre el surgimiento del *nuevo* problema o caso y su respuesta jurídica. La *nueva* realidad es tan sólida y robusta que, por su masividad, se impone por sí misma, forzando la creación de soluciones jurídicas superadoras y muchas veces inéditas.

En la fórmula 3, como diría Aristóteles, se hace aplicación de la sencilla y difícil lección que aconseja no forzar inútilmente los hechos, para hacerlos entrar en esquemas preconcebidos.

Pues bien, cuando el legislador es sensible a las apetencias de la comunidad frente a los *nuevos* problemas o casos (fase detección de insuficiencias del Derecho positivo vigente), puede adoptar —y normalmente lo hace— el criterio que se resume en la fórmula 3. De más está decir que el buen legislador se caracteriza por poseer una sensibilidad que le permite distinguir los verdaderos *nuevos* problemas o casos que interesan y son trascendentes para la comunidad, de aquéllos que se presentan disfrazados como tales pero que sólo se trata de problemas o casos volátiles, ya que responden a un anhelo coyuntural, oportunista o sectorial.

A estos problemas o casos volátiles les cabe el sayo de lo que decía Spinoza: “*in movitatis magis quam veritatis*” (se movilizan más en razón de su novedad que a causa de su verdad).

#### 1.4. Las respuestas a los “*nuevos*” problemas o casos jurídicos

Frente a los que denominamos los verdaderos *nuevos* problemas o casos que interesan

---

8 La hipertrofia interpretativa de una ley, esto es, el abuso en la tarea de su interpretación, haciéndole decir a la ley cualquier cosa, es lo que da pie para el descreimiento en el Derecho (v. infra, acáps. 2.1. y 2.2.). Por extensión, vale aquí lo expresado por Umberto Eco: “La sospecha de que un texto dice más de lo que parece decir literalmente es el fundamento de toda la interpretación de la Biblia, y también el fundamento de toda interpretación literaria. El intérprete siempre tiene que sospechar que hay algo más que lo manifiesto. Pero mi lucha

a la comunidad, el legislador, por propia iniciativa o impulsado por los habitantes, las organizaciones intermedias o por los mismos organismos oficiales, da comienzo a los pasos iniciales de su labor creadora del Derecho positivo, en la que acude a la alforja de todos los antecedentes que le permitan encontrar la solución jurídica más justa. En esta tarea, lo lógico es que también bucee en la *experiencia jurídica ajena*, sobre todo en los actuales momentos en que la interrelación e interdependencia de las naciones es más fuerte que nunca (globalización de los *nuevos* problemas o casos) <sup>9</sup>.

### 1.5. El Derecho o solución jurídica extranjero

En ese buceo es dable que el legislador encuentre en algún o algunos Derechos extranjeros las soluciones jurídicas que esos Derechos han arbitrado, para la solución de los *nuevos* problemas o casos que son motivo de su preocupación legisferante. ¿Por qué, entonces, no aprovechar esa experiencia jurídica ajena, máxime si ha sido exitosa? Además, y aunque parezca una *boutade* o camelo, por la utilización de las soluciones jurídicas de los Derechos extranjeros no se pagan derechos de autor (copyright).

Normalmente, la originalidad de las soluciones jurídicas para los *nuevos* problemas o casos las encontramos en los países más desarrollados, sin perjuicio de que también entre ellos acontezca un recíproco aprovechamiento de la *experiencia jurídica ajena*. En los países subdesarrollados o en vías de desarrollo los *nuevos* problemas o casos irrumpen en escena en un tiempo posterior al de los países desarrollados. El contagio de los *nuevos* problemas o casos ha sido una constante en la historia de las naciones, lo que se ha agudizado en los tiempos actuales de interrelación o interdependencia de las mismas.

#### 1.5.1. Recepción planificada. Extensión y grados

Ahora bien, el legislador nacional, por razones dikelógicas, de conveniencia o de utilidad (v. nuestro cit. trabajo anterior) puede decidir que la mejor respuesta a un *nuevo* problema o caso está en acudir a la utilización de soluciones jurídicas que ya obran en algún o algunos Derechos extranjeros. Y esta utilización puede responder a una extensión y grados distintos. En tal sentido, la recepción planificada puede clasificarse:

a. según su amplitud: I) recepción total o global; y II) recepción parcial o selectiva. Sobre esta clasificación nos remitimos a lo expresado en la Sección Primera, acáp. 2.1.

b. según su contenido: I) recepción de los principios y de la reglamentación de esos

---

es contra la paranoia de la sospecha, lo cual es totalmente diferente” (Del reportaje publicado en el diario CLARÍN del 26/XI/92). Evidentemente Umberto Eco no comulga con las *interpretaciones delirantes*.

<sup>9</sup> Esa *globalización* se percibe en todos los campos, particularmente en el de la economía. v. CARLOS GILBERTO VILLEGAS, *Comercio exterior y crédito documentario*, Ed. Astrea, Bs. As., 1993, *Introducción*.

principios, según lo hace el Derecho extranjero <sup>10</sup>. Ello, sin perjuicio de que el legislador nacional le acople o agregue un aporte original <sup>11</sup>; y II) recepción únicamente de los principios del Derecho extranjero, elaborando a posteriori el legislador nacional una reglamentación propia de esos principios <sup>12</sup>.

c. según su finalidad: I) recepción autónoma. El legislador nacional procura primordialmente un resultado dikelógico; y II) recepción dependiente. El legislador nacional procura encolumnarse con otro u otros Estados nacionales, por razones que aprecia serán convenientes o ventajosas para su comunidad. Aunque la diferencia pueda ser sutil, no debe confundirse la recepción dependiente de la recepción impuesta. Por lo menos, el legislador nacional debe realizar todos los esfuerzos posibles para que esa diferenciación quede clara en el ánimo de la comunidad.

### 1.5.2. Comparación necesaria

Pero la tarea del legislador, cuando decide apelar o acudir a la utilización de las soluciones jurídicas que le brinda algún Derecho extranjero, no termina con la consideración de las bondades que dichas soluciones han tenido o tienen en sus países de origen, para lo cual es indispensable tener en cuenta lo que dijimos en el citado trabajo anterior (apart. 4.2.). Su más importante tarea —muchas veces preterida— consiste en comparar necesariamente la solución jurídica del Derecho extranjero a la cual se apela, con el sistema jurídico propio. La decisión del legislador de incorporar al Derecho propio como solución jurídica la solución jurídica que consta en el Derecho extranjero (recepción planificada del Derecho extranjero) sólo es dable si, como resultado de la comentada comparación necesaria, se llega a la conclusión de que la solución jurídica del Derecho extranjero no es rechazada por el Derecho nacional, en cualesquiera de sus tres dimensiones: normológica, sociológica o dikelógica.

Resulta de utilidad consignar que cuando aludimos a la *solución jurídica extranjera* nos estamos refiriendo:

a. al sector de la realidad que va a ser reglamentado, esto es, el tipo legal, vgr. la eutanasia. No es lo mismo una norma jurídica extranjera que alude a la eutanasia pasiva o a la activa, o ambas a la vez, como tampoco es lo mismo si se limita a hacer una definición

---

<sup>10</sup> vgr., Dto. 656/92, sobre *Régimen para las autorizaciones de oferta pública de emisión de valores privados*, basado en análoga legislación de los EEUU.

<sup>11</sup> vgr., el proyecto de ley, en estado parlamentario, que reduce a dieciocho años el tiempo para alcanzar la mayoría de edad. Sin embargo, se promueve el agregado de que la protección de la seguridad social, en cabeza de los padres, se extiende hasta los veintitún años. v. SUSANA SKYLOWICKI Y RICARDO OPPENHEIM, *Análisis y consecuencias de la disminución de la mayoría de edad legal*, en EL DERECHO del 31/V/93.

<sup>12</sup> vgr., ley 22903, modificatoria de la ley 19550 de Sociedades Comerciales, en cuanto recepta para los contratos de colaboración empresaria, esto es, los relativos a *las agrupaciones de colaboración* y a *las uniones transitorias de empresas*, el principio de que no constituyen sociedades ni son sujetos de derecho (arts. 367 y 377). v. HÉCTOR FERRO, *Unión transitoria de empresas. Discrepancias. Contingencias*, en EL DERECHO del 23/VII/90.

enunciativa sobre la eutanasia y los aspectos que la caracterizan, o los trata mediante una definición constitutiva <sup>13</sup>.

b. la reglamentación que acompaña al tipo legal, esto es, su consecuencia jurídica, vgr. aceptar como suficiente la voluntad de la persona enferma para que pueda operar la eutanasia activa y/o pasiva <sup>14</sup>.

Debemos señalar que en la comparación se recurre al razonamiento crítico, que supone el previo conocimiento del Derecho extranjero al que se acude, a fin de poder entonces efectuar una evaluación fundada y sólida. Entendemos por crítica, no una actitud negativa o demoleadora sobre el objeto que vamos a criticar. Le damos a la *crítica* el significado que le daba Kant, es decir: *inspección de los límites* que, en la tarea comparatista que nos ocupa, se traduce en determinar hasta dónde puede ir o detenerse, válidamente, la recepción planificada de un Derecho extranjero por el Derecho propio.

### 1.6. Metodología de la comparación necesaria entre el Derecho propio y el Derecho extranjero

Entrando de lleno al tema de la *comparación necesaria* del Derecho propio con el Derecho extranjero, a los fines de una posible recepción planificada de este último, surge una primera cuestión: ¿por cuál de las tres dimensiones del mundo jurídico se inicia la comparación? Al respecto pensamos que el orden de la comparación debe seguir este derrotero: primero, la dimensión normológica; segundo, la dimensión sociológica, y tercero, la dimensión dikelógica, ya que nos parece el más conveniente para el mejor funcionamiento de esa *comparación necesaria*, como lo acreditaremos en los párrafos que continúan.

Trataremos entonces el proceso de la *comparación necesaria* a través del orden recientemente propuesto.

#### 1.6.1. Comparación en la dimensión normológica

##### 1.6.1.1. Las reglas y los valores normológicos

Tomaremos como punto de partida un intento de incorporación al Derecho propio, de

---

<sup>13</sup> v. PEDRO F. HOOFT y JORGE MAZINI, *El caso Cruzán: ¿eutanasia, ortotanasia o encarnizamiento terapéutico?*, en EL DERECHO, t. 149, p. 947 y ss.; M. TERESA BERGOGLIO DE BROUWER, *La eutanasia, distanasia y ortotanasia*, en EL DERECHO, t. 117, p. 780 y ss.

<sup>14</sup> v. DOMINGO M. BASSO, *Nacer y morir con dignidad. Bioética*, Ed. Depalma, Bs. As., 1992. Dinamarca (1992) y Holanda (1993) sancionaron una legislación que permite la eutanasia activa, cuando médicamente se comprueba que el paciente padece una enfermedad terminal que le provoca un sufrimiento intolerable y, en repetidas oportunidades, pidió morir. En cambio, la Corte Suprema de Canadá, según sentencia del 30/IX/93, negó el derecho a una mujer con una enfermedad incurable, de poner término a su vida. La votación no fue unánime (cinco votos contra cuatro). Asimismo estableció que el suicidio asistido por un médico es delictivo para éste.

un Derecho extranjero, que reprime con la pena de muerte determinados delitos comunes (vgr., violación de menores seguida de asesinato). Este intento no podría pasar el filtro del Derecho argentino, en su dimensión normológica, toda vez que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por nuestro país (ley 23054), establece en su art. 4 inc. 4 que “no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”. Y ello así por cuanto del Derecho Convencional (Tratados), que supo caminar a la par del Derecho interno (en sentido estricto) haya ha tomado en nuestro país la delantera y tiene prioridad de rango jurídico. Ya esta concepción estaba incorporada a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (aprobada por la ley 19865). La Corte Suprema de Justicia de la Nación, mutando su anterior jurisprudencia, ha establecido este criterio en la sentencia del 7 de julio de 1992, recaída in re Ekmekdjian, Miguel Angel c/Sofovich, Gerardo y otros (ED, t. 148, p. 338 y ss.).

Por supuesto, las más de las veces la confrontación de una ley extranjera con la Constitución Nacional o los Tratados-Convenciones ratificadas, no conduce a un resultado tan claro como el que surge del ejemplo, ya que puede ser materia de interpretación si esa ley extranjera los transgrede o no. Vgr. la Cámara de Diputados ha introducido mediante un proyecto de ley que aprobó en las sesiones del año 1992, la institución penal anglosajona denominada *probation*. Muchas voces se han levantado contra esta recepción —hoy ley 24316— por considerarla inconstitucional, ya que, entre otros, violaría el principio constitucional de igualdad ante la ley. Como se advierte, tanto los que están a favor como en contra de esta recepción del Derecho extranjero, deben extremar el despliegue de los argumentos jurídicos que aboguen a favor de una u otra posición. Ello, sin perjuicio de haber sido también objetada desde la dimensión sociológica.

La jurisprudencia constante y pacífica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación adquiere un peso especial y hasta decisivo <sup>15</sup>.

Aquí entra en acción la cosmovisión jurídica de la que participe el intérprete, la cual está íntimamente relacionada con su cosmovisión filosófica, política, etc. (vgr. iusnaturalista, positivista, liberal, socialista, etc.). Los valores que consagran las normas (valores normológicos) tienen mucho que ver, en cuanto a su interpretación y alcance, con la cosmovisión jurídica que se posea. Sobre los valores normológicos volveremos más adelante. A la señalada cosmovisión jurídica, deben agregarse los distintos métodos de interpretación de la ley de que se valga el intérprete, vgr., gramatical, exegético, sistemático, teleológico, histórico, etc., que pueden conducir a soluciones jurídicas distintas aunque partan del mismo texto legal (v. infra, acap. 2.1.). Tratándose de leyes, el primer intérprete de la Constitución Nacional es el Poder Legislativo y, por ende, la interpretación triunfante es la que surge del voto mayoritario de ambas cámaras legislativas. El Poder Ejecutivo, que también es intérprete de la Constitución, puede hacer valer su interpretación a través del VETO, sin perjuicio de que el Poder Legislativo pueda imponer su interpretación a la del Poder Ejecutivo en una nueva votación con mayoría especial. El último y definitivo intérprete es el Poder Judicial.

---

<sup>15</sup> v. GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *El derecho judicial emanado de la Corte Suprema*, Ed. Ediar, Bs. As., 1984, p. 21 y ss.; NÉSTOR PEDRO SAGÜES, *El concepto y legitimidad de la interpretación constitucional mutativa*, en EL DERECHO, t. 88, p. 869 y ss.

Las controversias sobre la viabilidad constitucional respecto de la recepción de un Derecho extranjero se agudizan, como se ha visto, cuando la comparación se hace con relación a reglas o disposiciones constitucionales o convencionales, cuya interpretación resulta clara, sino con relación a principios jurídicos (valores normológicos) de este rango. En tal sentido no podemos dejar de señalar el rol primordial que suele jugar la primera parte del art. 19 de la Constitución Nacional, cuya interpretación y alcance se han prestado a las más agudas y profundas polémicas. Este precepto atañe a las “acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero”, a las cuales el propio texto las cataloga como “reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”.

Todo Derecho extranjero que comprenda *acciones privadas de los hombres* debe ser sometido, pues, a los fines de su eventual recepción, al filtro (comparación) de dicho artículo. En ambos extremos podemos encontrar a los que sostienen un criterio religioso de la moral pública y a los que bregan por un criterio sociológico o histórico. El intento de recepción de cierta legislación norteamericana que legitima el llamado *alquiler de vientres* para el desarrollo de un embrión humano nos pondría vgr., en el epicentro de una comparación necesaria con la interpretación y alcance que se asigne, en ese caso, al artículo 18 de la Constitución Nacional, en concordancia con el artículo 953 del Código Civil <sup>16</sup>.

Como dijimos más arriba, el resultado de esa comparación compete en forma inicial al Poder Legislativo, cuya prudencia interpretativa debe ser, sin lugar a dudas, una de sus virtudes de ejercicio incanjeable y permanente.

Aunque pueda tildarse de obvio, es útil poner de resalto que la solución jurídica extranjera, cuando es receptada, no opera asilada e independientemente, sino que ingresa a un sistema normativo como es el Derecho propio. Por ello, al igual que con cualquier otra solución jurídica, incluso inédita, que pase a integrar ese sistema normativo, el legislador tiene la responsabilidad de preservar la coherencia intrínseca de su Derecho positivo. No es cuestión de solucionar un caso o problema, desacomodando imprevisora al resto, con todas las consecuencias negativas que tal imprudencia va a acarrear al sistema normativo propio.

Nuestra Corte Suprema de Justicia, en forma reiterada y constante, ha subrayado el carácter sistemático que debe singularizar al Derecho positivo propio, expresando, por ejemplo, que la solución que se consagra excluye la hipótesis de inconsecuencia o de falta de previsión del legislador, y constituye la concreta aplicación del principio según el cual la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas con las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (v. EL DERECHO, t. 117, p. 511), como asimismo, que la congruencia de una norma con los principios constitucionales no ha de ser apreciada exclusivamente dentro del marco del sistema particular de que forma parte, sino

---

<sup>16</sup> v. CARLOS VALIENTE NOAILLES, *La moral pública y las garantías constitucionales*, Ed. La Ley, Bs. As., 1966; CARLOS I. SALVADORES DE ARZUAGA, *Moral constitucional*, en EL DERECHO del 5/V/93.

en el conjunto del orden jurídico y conforme a sus fines y razón de ser en función del bien común general (v. LA LEY, t. 1979-B, p. 278).

### 1.6.1.2. La jerarquía normológica

El filtro que supone la comparación en la dimensión normológica merece las aclaraciones siguientes:

a. En esta comparación adquiere una particular y especial importancia el rango de la solución jurídica extranjera que se pretenda receptor. Así, el Derecho extranjero, para ser receptorado como ley interna, debe superar el filtro de la Constitución y de los Tratados-Convenciones en vigencia; para ser receptorado como Decreto, debe superar el filtro de la Constitución, de los Tratados-Convenciones y, por último, de las leyes, y así progresivamente hacia abajo en la distribución de los rangos jurídicos de las normas <sup>17</sup>.

b. Cuando se trata de la recepción de un Derecho extranjero para ser incorporado a la Constitución Nacional, hay que distinguir tres hipótesis elementales:

a. Primera hipótesis: sanción de una Constitución fundacional.

Aquí, el legislador constituyente originario no tiene la posibilidad de comparar, en la dimensión normológica, el Derecho extranjero que se pretende receptor, con algún Derecho Constitucional propio vigente, ya que no existe. De todas maneras, aun en esta hipótesis, la comparación necesaria no desaparece, pues debe darse en las dimensiones sociológica y dikelógica <sup>18</sup>.

b. Segunda hipótesis: reforma total de una Constitución vigente.

Esta hipótesis es tratada por alguna doctrina como análoga a la primera hipótesis. No obstante, hay quienes diferencian las atribuciones del legislador constituyente originario (fundacional del Estado) del legislador constituyente derivado, cuyas atribuciones surgen de la Constitución establecida. Se entiende entonces que el legislador constituyente derivado está atado por los principios básicos, indestructibles, del texto constitucional que va a ser reemplazado. Habría pues una comparación necesaria entre estos principios del Derecho Constitucional propio y el Derecho extranjero que se intenta receptor <sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Nada obsta a que la solución jurídica extranjera posea un rango jurídico en su sistema, que no sea igual al que se le va a asignar al receptorla en el Derecho propio, si este último exige para ella un rango diferente.

<sup>18</sup> Dice Rafael Bielsa: "Se ha hecho notar la semejanza entre el preámbulo de nuestra Constitución y la de los Estados Unidos de Norteamérica, lo que es innegable, pero existen algunas diferencias, explicables sobre todo por motivos históricos y de tradición políticas" (ob. cit., p. 72 y ss.). Esta reflexión es extensiva al texto de la Constitución de 1853.

<sup>19</sup> v. KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, España, 1970, p. 192 y ss.

### c. Tercera hipótesis: reforma parcial de la Constitución vigente.

Es insoslayable la comparación necesaria entre el Derecho extranjero que se proyecta receptor y el resto del Derecho Constitucional propio que mantiene su vigencia <sup>20</sup>.

#### 1.6.2. Comparación en la dimensión sociológica

##### 1.6.2.1. Las reglas y valores sociológicos

En esta dimensión nos encontramos básicamente con lo que piensa, siente y decide una sociedad en una época determinada (el hombre real), traduciéndose ello en los comportamientos (conductas) de sus miembros.

Estos comportamientos constituyen un fascinante espectro de conductas, que se mueven entre los extremos de las creencias racionales y de las creencias míticas. No resulta fácil distinguir lo racional, lo emocional y lo volitivo.

Asimismo, de estos comportamientos, derivan relaciones y situaciones donde los miembros de la comunidad resultan beneficiados o perjudicados en los aspectos culturales, familiares, económicos, etc. Cuando estos beneficios y perjuicios están contemplados por el Derecho en su dimensión normológica (fuentes formales: la ley escrita; fuentes materiales: la costumbre), hablamos de *derechos* y de *deberes*. En el campo sociológico, Goldschmidt se refiere a esos beneficios y perjuicios bajo los rubros de potencia e impotencia <sup>21</sup>. Se trata de lo que por extensión podríamos denominar *derechos y deberes sociológicos*, que muchas veces no están contemplados por las leyes.

Aquí resulta oportuno señalar algunas derivaciones que son propias de la fase dinámica del Derecho positivo (su creación).

Dijimos entonces que los cambios y las transformaciones sociales impulsan una modificación o *aggiornamiento* del Derecho positivo vigente (fases asentamiento y de detección de insuficiencias del Derecho positivo). Nacen o surgen, a través de los mencionados comportamientos, nuevos o remozados valores en la dimensión sociológica (valores sociológicos) que entran en fricción o colisión con los valores que se encuentran consagrados en las normas (valores normológicos). Estos últimos valores normalmente son la expresión de los valores sociológicos tamizados por los valores dikelógicos (luego nos ocuparemos de estos valores), que el legislador, en oportunidad de crear el Derecho positivo, consideró que respondían a una satisfacción jurídica adecuada para las apetencias que en aquellos momentos exteriorizaba la comunidad, transformándolos así en valores normológicos. De lo dicho se desprende que lo ideal en materia de Derecho positivo está dado por la coincidencia con que una comunidad viva, sus valores sociológicos, dikelógicos

---

<sup>20</sup> v. KARL LOEWENSTEIN, ob. y ps. citadas; JULIO CUETO RÚA, *¿Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional? A propósito de un trabajo de Segundo V. Linares Quintana*, en LA LEY, t. 36, p. 1100 y ss.

<sup>21</sup> *Introducción...*, cit., p. 47 y ss.

y normológicos. Un ejemplo nos proporcionará una mayor luz sobre lo que acabamos de decir. Ubiquémonos en nuestro país en la primera mitad de la centuria que transitamos. La ley establecía que el ejercicio de la patria potestad respecto del hijo matrimonial estaba en cabeza del padre. Esta ley recogía por entonces como valor normológico lo que pensaba y sentía la comunidad en esta materia (valor sociológico) como asimismo su concepción de la JUSTICIA que tamizaba ese valor sociológico (valor dikelógico). Había pues una saludable, jurídicamente hablando, coincidencia de los valores del mundo jurídico positivo. Los cambios y transformaciones sociales, que acontecieron aceleradamente a partir de la segunda centuria, también incidieron sobre el ámbito de la familia y se fueron canalizando en la apetencia social de que también la madre tenía que participar en el ejercicio de la patria potestad, con el agregado de que la evolución del sentido de JUSTICIA de la comunidad acompañaba este reclamo. Se daba así en materia de patria potestad una coincidencia estrecha entre los valores sociológicos y dikelógicos, que entraban en colisión con la ley vigente (valor normológico). Atendiendo a ese reclamo, el legislador modificó este criterio a través de la ley 23264, que dispuso en el segundo párrafo de su art. 3º que el ejercicio de la patria potestad de los hijos matrimoniales corresponde al padre y a la madre conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado.

#### *1.6.2.2. Los cambios sociales*

Con las reflexiones apuntadas, pasaremos ahora a examinar cómo funciona la comparación necesaria entre un Derecho extranjero que se pretende receptor y la dimensión sociológica del Derecho (mundo jurídico) propio.

Un primer ejemplo que podemos utilizar es la recepción planificada por nuestro Derecho positivo de las soluciones jurídicas extranjeras, particularmente la proveniente de la República de Chile, en lo que concierne al reemplazo del sistema previsional (jubilaciones y pensiones) manejado por el ESTADO, por un sistema previsional manejado por entes no estatales, como lo son las AFJP (Administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones).

Un proyecto de ley argentino de este tipo, hace unos veinte años, no hubiera tenido tropiezos insalvables en la dimensión normológica de nuestro Derecho positivo, que básicamente es la misma que impera en la actualidad. Sin embargo, hubiera sido impensable en atención a los valores sociológicos que se imponían entonces en la comunidad argentina. Los cambios y transformaciones políticas, filosóficas, socio-económicas que se sucedieron han determinado que se transformara en sociológicamente viable un proyecto de ley de este tipo que reconoce entre una de sus fuentes (recepción), como dijimos, a la legislación chilena. Y el legislador argentino, en su expresión mayoritaria, así lo entendió cuando inició el camino que lo condujo en el año 1993 a sancionar la ley 24241.

Por supuesto, al igual de lo que subrayamos al tratar de la comparación necesaria en la dimensión normológica, la viabilidad de la recepción de una solución jurídica extranjera por la dimensión sociológica de nuestro mundo jurídico positivo no siempre es pacífica y unánime. Pero lo cierto es que las disidencias en un sistema político republicano responden a una natural dinámica donde juegan sus respectivos roles las mayorías y las minorías, roles

que el tiempo posibilita que sean intercambiables. El éxito de este sistema tiene mucho que ver con el respeto mutuo que se profesen las mayorías y las minorías.

En los tiempos que corren, lo que piensa, siente y desea una comunidad (dimensión sociológica) puede ser mejor detectado ya que a las consultas institucionales (plebiscito, referendun), se le agregan lo que en términos genéricos llamaremos encuestas, que organizan y ejecutan entes especializados (v. HERBERT HYMAN, *Diseño y Análisis de las encuestas sociales*, Amorrortu Editores, Bs. As., 1984).

### 1.6.3. Comparación en la dimensión dikelógica

#### 1.6.3.1. El concepto de JUSTICIA

Para explayarnos sobre esta dimensión, debemos aclarar previamente que lo haremos desde nuestro pensamiento en esta materia.

Consideramos a la JUSTICIA como un valor trascendente, es decir que existe con independencia de nosotros. No podemos prescindir de ella. Nuestra razón, nuestros sentimientos y nuestros deseos nos evidencian que el valor JUSTICIA está presente en nuestras conductas, a las cuales indefectiblemente debemos calificar como justas, injustas o más o menos justas e injustas. Pero una cosa es que el valor JUSTICIA, rector del mundo jurídico, tenga existencia propia, y muy otra es la posibilidad de conocer, sentir y desear dicho valor en su totalidad. Unicamente DIOS, para los creyentes, tiene capacidad para hacerlo. Los hombres, en cambio, debemos hacer el esfuerzo que nos conduzca a una cada vez mayor aproximación al valor JUSTICIA. El hombre debe ser protagonista de la permanente hazaña de acercarse a la JUSTICIA. Estas aproximaciones a la JUSTICIA son diferentes según las épocas y según las comunidades. Cada comunidad, en cada época, alcanza su propio grado de aproximación a la JUSTICIA, esto es, va creando su propio *sentido de JUSTICIA* que procura ser perfeccionado en el tiempo por la misma comunidad, o seguido y perfeccionado por otras comunidades que lo asimilan en función de las bondades que le atribuyen. De todas maneras, si bien al hombre se le escabulle la globalidad el contenido del *valor JUSTICIA*, lo cierto es que la convicción de su existencia le permite juzgar cuándo la aproximación a la JUSTICIA de una comunidad (su *sentido de JUSTICIA*) es más o menos ponderable. El repudio al *sentido de JUSTICIA* que sostienen y preconizan los regímenes tiránicos o dictatoriales es una prueba palmaria de ello. Cabe aclarar que para examinar y criticar el *sentido de JUSTICIA* de una comunidad es indispensable tener en cuenta el *plafond* político, cultural, socio-económico, etc. de esa comunidad, particularmente si se trata de una incursión valorativa histórica, vgr. de los romanos en la época de los emperadores Antoninos, o los aztecas en los tiempos que recibieron la llegada de Hernán Cortés. Un ejercicio interesante sería establecer la evolución del *sentido de JUSTICIA* de la comunidad argentina, desde la colonia y hasta la fecha.

Mucho de lo que acabamos de decir ya lo percibían los griegos. La diosa Themis estaba reservada para el *valor JUSTICIA*, inalcanzable para los hombres. Para la JUSTICIA de los hombres, esto es su *sentido de JUSTICIA* (su aproximación a ella) la denominaban DIKE.

La dimensión dikelógica es pues la dimensión de la JUSTICIA humana, en su permanente intento de aproximarse cada vez más al valor absoluto de JUSTICIA <sup>22</sup>.

*In interiori homini habitat veritas* (en el interior del hombre habita la verdad), nos dice San Agustín.

Con lo expresado, volvemos pues a nuestro tema.

### 1.6.3.2. Los valores dikelógicos

Los valores dikelógicos de una comunidad integran y definen el *sentido de JUSTICIA* que ha desarrollado esa comunidad en un momento determinado, *sentido de JUSTICIA* que va cambiando y evolucionando con el tiempo. Este proceso normalmente es positivo (mayor aproximación al *valor JUSTICIA*). Sin embargo, ese proceso también puede ser involutivo, en aquellos casos, vgr. en los que una comunidad da un salto hacia atrás y comulga con regímenes tiránicos o totalitarios.

Dijimos más arriba que el Derecho positivo de un país vive su mejor momento cuando en su conformación coinciden sus valores normológicos, sociológicos y dikelógicos.

Sin embargo, esta feliz coincidencia en el mundo jurídico suele estar ausente en variable extensión (inelegantia iuris). Cuando el desajuste de los valores sólo se da en sectores mínimos, la eficacia de un Derecho positivo no se resiente ni resquebraja. Por el contrario, puede poner en mayor evidencia la bondad de la parte más extensa de ese Derecho, donde campea la armonía de los valores que operan en las dimensiones normológica, sociológica y dikelógica.

Cuando la disfunción de los valores es, en cambio, muy ostensible y extendida, la situación se torna grave. Más arriba consignamos que el mantenimiento, aun con el empleo de la fuerza, de valores normológicos que se contraponen a los valores sociológicos y dikelógicos de una comunidad, puede derivar nada menos que en una estadio revolucionario que cambie abruptamente los valores normológicos en vigor, por otros que se acomoden a las nuevas apetencias políticas, culturales, socio-económicas, etc., en las que convergen los nuevos valores sociológicos y dikelógicos de la comunidad. Decía Víctor Hugo que no hay nada más poderoso que una idea a la que le ha llegado su tiempo.

La importancia de la dimensión dikelógica consiste en que desde ella se juzga y critica a las dimensiones normológica y sociológica.

No todo lo que *puede hacerse debe hacerse*.

El *sentido de JUSTICIA* actual de una comunidad posibilita que la misma considere INJUSTO un valor normológico reglamentado por una ley, en función del *sentido de*

---

<sup>22</sup> v. WERNER GOLDSCHMIDT, *La ciencia de la Justicia (Dikelogía)*, Ed. Aguilar, Madrid, 1958; GIORGIO DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 9ª ed., 1969; TOMÁS CASARES, *La Justicia y el Derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 3ª ed., 1974.

*JUSTICIA* que esa comunidad tenía por aquel entonces. Piénsese en el ejemplo sobre la patria potestad que dimos más arriba. Asimismo, el *sentido de JUSTICIA* de una comunidad puede descalificar la conducta de sus integrantes por ser generadora de valores sociológicos injustos. La comunidad se comporta mayoritariamente de una manera, a sabiendas de que su comportamiento no se ajusta a su *sentido de JUSTICIA* (valores dikelógicos), al cual no modifica ni sustituye. Puede suceder que sea una práctica extendida y aceptada que una porción de los salarios de los empleados sea pagada en negro (economía informal). Esta práctica, sin embargo, difícilmente la propia comunidad que la ejerce pueda considerarla como JUSTA, en cuanto su *sentido de JUSTICIA* aprecie como valioso evitar la evasión impositiva y las reales contribuciones previsionales.

Por otra parte, es usual que se ponderen como valores sociales importantes, vgr., a la cooperación y a la solidaridad. Pero lo cierto es que no hay que engañarse. Estos dos valores son relativos, ya que no encierran un valor en sí (no son absolutos). Valen, en la medida que concurren a la realización del valor JUSTICIA, que sí es absoluto. La cooperación y la solidaridad no son valiosas cuando concurren a la realización de actividades inmorales o delictivas.

Vayamos ahora a un ejemplo de intento de recepción de una ley (solución jurídica) extranjera que pueda haber sorteado las barreras que le ofrecían las dimensiones normológica y sociológica del Derecho argentino, mediante una interpretación favorable a su precedente (v. supra, acáp. 1.6.1. y 1.6.2.). Tomaremos a tal fin como hipótesis la recepción de una solución jurídica extranjera que autorice y facilite la eutanasia pasiva.

El *sentido de JUSTICIA* de la comunidad, máxime si está integrado por una concepción religiosa en lo que concierne a la vida humana, puede rechazar y repudiar la mencionada solución jurídica oponiéndose, por ende, a su recepción planificada. También el aborto puede ser objeto de un examen semejante desde la dimensión dikelógica<sup>23</sup>. Otro ejemplo, aunque teñido de un poco de humor, nos puede proporcionar una visión más ilustrativa y contundente. La realidad nos muestra que no hay un repudio social efectivo a las infidelidades matrimoniales. Este comportamiento sobre el que la población puede mostrar apatía, tolerancia y hasta aquiescencia generalizada, es juzgado empero disvalioso por el *sentido de JUSTICIA* que impera en la comunidad argentina. A punto tal ello es así que, difícilmente, la situación social descrita podría dar base para que se receptaran soluciones jurídicas extranjeras que reputan como legítima a la poligamia y/o a la poliandria.

---

<sup>23</sup> v. notas 13 y 14; MARTÍN DIEGO FARREL, *La ética del aborto y la eutanasia*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1993. En el mes de abril de 1994, se reunió en Nueva York el Comité Preparatorio de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo. En esa reunión, los representantes del gobierno argentino reafirmaron que el respeto por la vida y la dignidad humanas debe ser el objetivo de cualquier iniciativa en materia poblacional y de desarrollo, sosteniéndose, en consecuencia, la exclusión de cualquier atentado contra la vida, vgr. aborto, eugenesia, eutanasia.

### 1.6.3.3. La Identidad Nacional

Así como el pensamiento religioso de una comunidad no puede ser escindido de la dimensión dieléctica, también se nos aparece como un elemento fundamental de esta dimensión el riscoso tema de la IDENTIDAD NACIONAL, constituido por aquellos valores que una comunidad considera definitivos de su propio ser como tal, y que la definen y diferencian en esa dirección. La IDENTIDAD NACIONAL tiene mucho que ver con un pasado histórico que enorgullece a esa comunidad, que le da continuidad en el tiempo y está vinculado estrechamente con su presente y con la proyección de su futuro. El contenido de la IDENTIDAD NACIONAL, como todas las cosas humanas, se mueve entre defectos y excesos. Los defectos los ponen en evidencia aquéllos que sostienen que una comunidad debe quedar anclada en su pasado, exhumando argumentos que sólo pueden ser tomados como veneradas reliquias. Los excesos los cometen aquéllos que pregonan una apertura indiscriminada, mecánica e ilimitada al mundo que los rodea, desestimando, en nombre de un presunto cambio progresista, la posibilidad de una hegemonía de lo extranjero.

Es innegable que una de las actitudes primordiales para conocer mejor la IDENTIDAD NACIONAL es su comparación con otras identidades. Al igual de lo que sucede con las culturas, la IDENTIDAD NACIONAL tiene un doble compromiso: I) hacia sí misma, preservándose; y II) a no aislarse.

Como se advierte, siempre aparece el dilema de encontrar el justo medio. Las comunidades que no lo encuentran o se inmovilizan en su IDENTIDAD NACIONAL, deteniéndose peligrosamente en el tiempo (la historia deja de pasarles) o la pierden por la indigestión de lo extranjero. Kemal Atatürk y sus seguidores, luego de la primera guerra mundial, canalizaron el intento de sacar a Turquía de su inmovilismo, aunque sin romper abruptamente con su pasado. Hasta ahora el tiempo parece decirnos que encontraron el justo medio. El sha Reza Pahlevi, emperador de Irán en la segunda mitad de este siglo, trató de occidentalizar rápidamente a su pueblo. El resultado no fue halagüeño. El emperador fue destronado y sucedido por el ayatollah Ruhhalloah Khomeini (1979), que borró las huellas occidentales que el sha había imprimido en la sociedad iranesa, recludiéndola nuevamente en su pasado inmóvil (fundamentalismo religioso). Cuando no prima el equilibrio se recrean las condiciones para que vuelva el pasado.

También podemos encontrar ejemplos en nuestra historia. En tal sentido, son de vigencia obligatoria las enseñanzas que se desprenden del período que abarca el pensamiento y la acción de Rivadavia, Rosas y los hacedores de la Constitución de 1853 <sup>24</sup>.

En síntesis, los pueblos, sus dirigentes y sus gobernantes deben esmerarse para desarrollar esa vital capacidad, que les permita resguardar a su IDENTIDAD NACIONAL

---

<sup>24</sup> v. FÉLIX LUNA, *Breve historia de los argentinos*, Ed. Planeta, Bs. As., 1994. En la Ronda Uruguay del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), que terminó en diciembre de 1993, los países europeos, particularmente Francia, se opusieron, en la redacción de los Acuerdos respectivos, a la posición de los EEUU que pretendía considerar a los bienes culturales audiovisuales (material fílmico extranjero), como simples mercancías. Francia sostuvo que debía preservarse la Identidad Nacional de una importación indiscriminada.

de los excesos y defectos que pueden contaminarla, procurando el justo medio entre lo propio y lo ajeno, esto es, el tanpreciado equilibrio.

La dimensión dikelógica de una comunidad estará a mejor resguardo si, en materia de IDENTIDAD NACIONAL, prima el tan valioso equilibrio. El camino más corto no siempre es el mejor. El camino más corto puede conducir a zonas pantanosas, cuando no al abismo. El camino más corto es siempre ensalzado por los *eficientistas*, que desprecian los procedimientos establecidos (reglas de juego) por considerarlos dilatorios para lograr un resultado material instantáneo. Tras el eficientismo se esconde la máxima *el fin justifica los medios*. En el eficientismo se sacrifican la ética y la JUSTICIA (visión estratégica) y se entroniza la política del resultado material inmediato (visión táctica). Los *eficientistas* prefieren llamarse *pragmáticos*, dándole al pragmatismo un significado amputado. La palabra *pragma*, de origen griego, significa *acción*. La importancia de la acción en el comportamiento humano va siempre acompañada de los valores y principios que la informan. El pragmatismo pone el acento en los resultados beneficiosos de la acción, pero no independiza esos resultados de los principios y valores éticos y de JUSTICIA, que son el sustento inmaterial de la acción.

El pragmatismo forma parte de una concepción filosófica cuyo más reconocido exponente es el inglés John Stuart Mill. La lectura de su famoso libro *Utilitarismo* es recomendable para aquéllos que, como señalamos, confunden *eficientismo* con pragmatismo y así lo pregonan <sup>25</sup>.

### 1.7. Requisitos para la viabilidad de la recepción planificada

La comparación necesaria entre el Derecho propio con el Derecho extranjero, cuando se encara una recepción planificada de este último, exige la concurrencia de los requisitos siguientes:

a. La recepción planificada de una solución extranjera por el Derecho propio sólo es jurídicamente viable si esa solución jurídica consigue traspasar exitosamente las barreras que le ofrecen las dimensiones normológica, sociológica y dikelógica del Derecho propio.

b. Sería deseable que la comunidad y, particularmente, el legislador elaboraran satisfactorias soluciones jurídicas inéditas. Por ello, la decisión de incorporar soluciones jurídicas extranjeras no puede ser objeto de un debate de baja calidad o de negligentes improvisaciones.

c. Lo expresado en el párrafo anterior es sin perjuicio de que no debemos dejar de señalar una ventaja que puede ofrecer la recepción (incorporación) de una solución extranjera. Si el legislador adopta una solución jurídica original (inédita), debe esperar a que la realidad le diga, a posteriori, si su aplicación (fase asentamiento del Derecho positivo) es o no exitosa. Dice con relación a ello Sebastián Soler: “Lo que ocurre es que las teorías

---

<sup>25</sup> v. MARIANO GRONDONA, *Los pensadores de la libertad*, Ed. Sudamericana, Bs. As., 1986, p. 96 y ss.

jurídicas hacen también su experiencia; si bien en vez de hacerla en un laboratorio y con tiempo concentrado, aquéllas lo hacen en la realidad y con tiempo histórico, es decir, lentamente y a nuestras expensas” (*La interpretación de la ley*, Ed. Ariel, Barcelona, p. 2).

Si, en cambio, decide receptor una solución jurídica extranjera, no sólo debe apuntar a su dimensión normológica, sino fundamentalmente a sus dimensiones sociológica y delictológica, en las que encontrará si los efectos de su aplicación han sido o no benéficos en la comunidad extranjera. Este análisis puede llevar al legislador a desistir de su intento o a receptor íntegra o parcialmente la solución jurídica extranjera o a receptor sólo sus principios (v. supra, Sección Segunda, acap. 1.5.1.). El claro conocimiento de las tres dimensiones de la solución extranjera le dará mayores elementos de juicio, para efectuar una mejor y más enjundiosa comparación necesaria de esa solución con el Derecho propio, a los fines de su recepción planificada. Es a todas luces evidente que no puede intentarse la recepción planificada de una solución jurídica extranjera con la sola lectura del Boletín Oficial extranjero donde aparece publicada. Esta actitud carecería de toda seriedad. El aprovechamiento de la experiencia jurídica extranjera que se pretende receptor debe ser integral. Este aspecto tan esencial lo desarrollamos en nuestro citado trabajo anterior, acap. 4.2. Si bien la recepción de una solución jurídica extranjera no es garantía de que su aplicación a la comunidad nacional será beneficiosa, lo cierto es que hay un mayor grado de posibilidad de que lo sea si: I) su aplicación, esto es, su experimentación en la comunidad extranjera ha sido exitosa, y II) si hay similitud entre los caracteres políticos, culturales, socio-económico, etc. de la comunidad extranjera con la comunidad nacional. No olvidemos lo que afirmaba Aristóteles de que sólo pueden compararse las cosas que se parecen (v. nota 24).

### 1.8. Categorización de la recepción planificada

Dijimos más arriba que el aprovechamiento de la experiencia jurídica ajena (extranjera), con los condicionamientos que también expresamos, constituía una actitud natural. La recepción del Derecho extranjero tiene pues, para nosotros, ese sentido jurídico, que coincide con la primera acepción que el Diccionario de la Real Academia Española le da al término recepción, esto es *acción y efecto de recibir*, término *recepción* que al ser especificado por el término *planificada* nos está indicando que lo que *se recibe* es lo que consciente y voluntariamente decide recibir el legislador nacional para el bien común de la población de su país (ver nuestro citado anterior trabajo, acap. 2.1.3.2.2.). El Derecho extranjero no cae en paracaídas sobre el Derecho propio.

La recepción planificada de una solución jurídica extranjera (Derecho extranjero) debe provenir directamente de un Derecho extranjero que está vigente, aunque cabe la posibilidad de que, indirectamente, se trate de un Derecho abrogado. Todavía se suele recurrir a las fórmulas jurídicas que acuñó el sabio y antiguo Derecho romano. Nada obsta a que se recepcione la solución jurídica de un Derecho extranjero vigente que, a su vez, la ha receptado de uno que está derogado. En este supuesto el Derecho extranjero vigente nos proporcionaría la experimentación actualizada de esa solución jurídica revitalizada (fase asentamiento del Derecho positivo).

Asimismo, esa recepción planificada puede dar lugar a las distinciones siguientes:

### 1.8.1. —recepción planificada consumada:

En este caso la solución jurídica extranjera ha sido incorporada efectivamente al Derecho propio y, a partir de esta incorporación, lo común es que pase a ser catalogada como *f fuente* del Derecho propio. Nuestro Derecho, tanto el público como el privado, ha sido un gran y calificado receptor de la experiencia jurídica ajena, sin perjuicio de haberla adoptado creativamente y/o añadido innovaciones originales. La Constitución Nacional, los códigos de forma y fondo, etc. acreditan lo que decimos. Basta para ello con bucear en los antecedentes tenidos en cuenta en oportunidad de la sanción, vgr. últimamente, la comentada ley 24241 del sistema previsional privado, la determinación del momento de la muerte en la ley de transplantes 24193, la introducción en el área del recurso extraordinario del CERTIORARI por la ley 23774.

### 1.8.2. —recepción planificada en trámite:

En este caso el legislador la ha asumido como tarea y debe, por lo tanto, examinar la compatibilidad de la solución jurídica extranjera con el Derecho propio, en sus dimensiones normológica, sociológica y dikelógica. En la actualidad argentina, la recepción planificada en trámite tiene, entre sus temas más candentes, a todo lo relacionado con la ingeniería genética, desde la inseminación artificial hasta el desarrollo artificial de la vida humana <sup>26</sup>.

La recepción planificada en trámite, según la entidad del impulso que la motorice, puede llegar a transformarse en *consumada* o, por el contrario, puede quedar detenida o frustrada en algunas de sus etapas. Este impulso, normalmente, debe provenir de las apertencias acuciantes de la propia comunidad, sin perjuicio de que la realidad nos muestra, a veces, que el impulso también puede tener su fuerza en las sugerencias o presiones externas. El legislador debe ser muy sensible a los impulsos internos, y muy prudente y cuidadoso respecto de los impulsos externos. Estos impulsos internos y externos pueden entrar en oposición. En tal caso, el legislador debe inclinarse por el *sentido de JUSTICIA* de su comunidad (dimensión dikelógica), ya que ello significa concretar su visión estratégica en la solución del problema.

### 1.8.3. —recepción planificada en promoción:

Comienza a manifestarse en la *fase detección de insuficiencias del Derecho positivo*. La población, usualmente, a través de las organizaciones intermedias, pone

---

<sup>26</sup> v. ROBERTO L. ANDORNO, *Procreación artificial: en torno a un proyecto de ley*, en EL DERECHO del 3/IX/92; AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Aspectos jurídicos del geroma humano*, en EL DERECHO del 2/VIII/93.

sobre la mesa de discusiones los *nuevos problemas* que generan los profundos cambios políticos, culturales, socio-económicos, etc. de la comunidad. Para la solución jurídica de estos *nuevos problemas* es normal, como lo señalamos más arriba, que se acuda a la *experiencia ajena* (Derecho extranjero). Esa mesa de discusiones constituye una verdadera fragua, alimentada de principios e intereses que el legislador debe decantar debidamente antes de asumir la indelegable responsabilidad de convertirla en una *recepción planificada en trámite*. Los ejemplos son innúmeros. A título ilustrativo, podemos citar por su particular envergadura la recepción de la solución jurídica que acuerda al sufragio carácter patrimonial de participación en las ganancias que legislan los Derechos francés, alemán y español; la recepción de la legislación anglosajona en materia relacionada con los nuevos contratos comerciales (*franchising, leasing, factoring, etc.*) o con las tarjetas de crédito, etc.

Tanto en la *recepción planificada en promoción* y, más todavía, en la *recepción planificada en trámite*, es inevitable la presencia de grupos que defienden intereses sectoriales. Son los comúnmente llamados *lobbys*, acerca de los cuales, precisamente, se está promocionando una legislación que reglamente su actuación, receptando la experiencia jurídica de los EEUU en la materia.

## 2. RECEPCIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO COMO ARGUMENTO DE DECISIONES (*normas individuales*) propias (*sentencia, acto administrativo, resolución*)

Lo que ya expresamos sobre este tema en el citado trabajo anterior (acáp. 2.1.1.3.) lo complementamos con lo que sigue.

### 2.1. Interpretación y aplicación del Derecho

En primer lugar es menester señalar que esta clase de recepción del Derecho extranjero funciona en la *fase asentamiento del Derecho positivo*, esto es en oportunidad de que el Derecho positivo propio es interpretado y aplicado.

En la concepción continental europea del Derecho, de fuente romanista, que es la nuestra, el Derecho se manifiesta a través de las fuentes formales, es decir, de las leyes escritas.

La interpretación de la ley escrita (en sentido lato) constituye, en la *fase asentamiento*, una tarea primordial. También, como lo anticipamos más arriba, esa tarea de interpretación no es mecánica y pacífica, ya que los criterios para llevarla a cabo son múltiples y la utilización de cada uno de ellos puede conducir a una interpretación distinta del mismo texto legal.

Según sea pues el criterio interpretativo (método interpretativo) al que adhiera o se aferre un intérprete, la interpretación de una ley recibirá un sentido que puede, incluso, llegar a contraponerse con el sentido que le asigne otro intérprete mediante el empleo de otro método.

Nuestra Corte Suprema de Justicia, en plurales fallos, ha destacado la importancia que tienen los métodos interpretativos del Derecho, con particular mención de los métodos gramatical, exegético, histórico, teleológico, o por el resultado. Lamentablemente, los límites de este trabajo no nos permiten desarrollar in extenso este tema, sobre el cual existe una enjundiosa doctrina y jurisprudencia <sup>27</sup>.

La interpretación que se haga de la ley puede derivar en un resultado justo en oportunidad de su aplicación a un caso concreto. Pero también puede derivar en un resultado injusto (*dura lex, sed lex*). Se habla entonces de leyes justas e injustas <sup>28</sup>.

La interpretación de la ley, asimismo, cualesquiera que sea el método interpretativo que se utilice, normalmente admite en su seno, es decir, dentro del perímetro limitado de su estructura, dos o más soluciones interpretativas <sup>29</sup>.

En la *fase asentamiento del Derecho positivo* la tarea no se agota en la elección del método interpretativo que se va a emplear y en la interpretación consecuente de la ley, sino, y esto es fundamental, en la elección de una de las interpretaciones posibles para su aplicación al caso concreto.

## 2.2. Fundamento de las decisiones (normas individuales)

Las autoridades, y muy en especial los jueces, que deben interpretar y aplicar la ley, deben fundamentar sus decisiones por ser ello una exigencia ineludible de un sistema político republicano, en el cual la soberanía reside en el pueblo. Señala Bidart Campos que “el juez siempre subsume el caso sentenciado en alguna estructura jurídica objetiva y general, y debe encontrar la fundamentación de la sentencia en alguna parte del orden jurídico —y no sólo encontrarla sino mentarla. La sentencia tiene que estar motivada y fundada —sea en la ley, sea en otra norma sub-legal (por ej.: decreto, ordenanza), sea en la jurisprudencia, etc. en forma tal que aparezca como una derivación razonada (y convincente) del derecho vigente, y no una afirmación dogmática apoyada en la voluntad del juez. En virtud de ello debe contener un mínimo de razonamiento autónomo, de modo que explicité la doctrina legal del caso y los hechos principales de la causa. La exigencia de que los fallos judiciales tengan fundamentos serios —ha dicho la Corte Suprema de Justicia, reconoce raíz constitucional y tiene, como contenido concreto, el imperativo de que la decisión se conforme a la ley y a los principios de la doctrina y la jurisprudencia

---

<sup>27</sup> v. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Reglas para la interpretación constitucional*, Ed. Plus Ultra, Bs. As., 1987; SEBASTIÁN SOLER, ob. cit., y *Las palabras de la ley*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1969; RECASENS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México-Bs. As., 1956.

<sup>28</sup> Es siempre oportuno recordar el magnífico retrato que de las leyes injustas pinta Shakespeare en su obra *El mercader de Venecia*. v. GABRIEL MAZZINGHI, *Una sentencia injusta pero justa*, en EL DERECHO del 21/IV/93. Aristóteles trató de cubrir la eventual injusticia a que está expuesta la regulación general, mediante el correctivo de la equidad (*epiékheia*). v. CARLOS IGNACIO MASSINI, *El juicio de equidad en el sistema jurídico argentino*, en EL DERECHO del 6/VII/79.

<sup>29</sup> v. nota 8.

vinculados con la especie a decidir”<sup>30</sup>. El juez republicano no puede, como lo hacía el juez del cual se mofaba Rabelais, dictar sus fallos tirando los dados.

### 2.3. *El Derecho extranjero como jurisprudencia (Derecho judicial)*

Con lo expuesto, vamos pues a encarar *la recepción del Derecho extranjero como argumento*, centrándola en el ámbito de las decisiones judiciales no sólo en función de la importancia de las mismas, sino, además, porque las consideraciones que formulemos al respecto nos facilitarán su posterior traslado a otras decisiones gubernamentales que resuelven casos concretos.

Dijimos antes que usualmente la ley se presta a dos o más interpretaciones, debiendo el juez inclinarse fundadamente por alguna de ellas (elección de la interpretación) para resolver el caso concreto que tiene en sus manos (aplicación de la ley).

La importancia que posee la *elección de la interpretación* es puesta en evidencia por el resultado que tiene su aplicación al caso. Los derechos o la frustración de los derechos para los protagonistas del caso (partes) están subordinados a esa elección.

Por ello no es extraño, sobre todo cuando el caso reviste singular trascendencia y entidad, que los tribunales acudan al Derecho judicial extranjero para fortalecer los fundamentos de su *elección interpretativa*<sup>31</sup>. Ello a fin de dotarla de la mayor potencia de convicción y de credibilidad, para satisfacer de este modo, más acabadamente, las pretensiones de objetividad y de JUSTICIA que reclaman los fallos judiciales.

### 2.4. *Metodología de la comparación necesaria entre el Derecho propio y el Derecho judicial extranjero*

Por supuesto, la recurrencia al Derecho judicial extranjero como argumento exige previamente una comparación necesaria entre ese Derecho y el Derecho propio, a fin de que quede establecido que puede operar válidamente como argumento.

#### 2.4.1. *Dimensiones normológica, sociológica y dikelógica*

La cuestión se focaliza entonces en determinar las condiciones que debe reunir un Derecho judicial extranjero para ser utilizado como argumento jurídicamente válido. Veamos entonces cuáles son, en esencia, esas condiciones:

---

<sup>30</sup> *Derecho constitucional del Poder*, Ed. Ediar, Bs. As., t. II, 1967, p. 244; ALBERTO BIANCHI, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, en EL DERECHO del 3/VI/82; PEDRO TORRENT, *Doctrina de la arbitrariedad según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en EL DERECHO del 3/VII/86.

<sup>31</sup> v. ENRIQUE AFTALIÓN Y JOSÉ VILANOVA, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, en LA LEY del 2/III/56.

a. El Derecho extranjero, en su dimensión normológica, debe poseer una acentuada similitud con el Derecho propio. Esta similitud, la mayoría de las veces, la proporciona la circunstancia de que el Derecho propio lo haya receptado oportunamente. En tal caso, adquieren particular valía los fallos que, en consecuencia, hayan dictado los tribunales extranjeros, máxime si gozan de gran prestigio histórico. Aquí es altamente recomendable recordar lo que ya dijimos en el citado trabajo anterior respecto de la forma en que debe ser captado del Derecho extranjero (acáp. 4.2.).

En la hipótesis de que el juez nacional, para resolver el caso, deba aprovisionarse en los principios generales del Derecho (hipótesis contemplada en los arts. quince y dieciseis del Código Civil), la recurrencia al Derecho extranjero está sujeta a lo expresado en el párrafo anterior.

b. el caso sometido a la decisión del juez nacional debe poseer una acentuada identidad con el caso extranjero. Coincidencia de los hechos relevantes.

c. el caso extranjero debe haber sido resuelto en función de habersele aplicado la interpretación jurídica que se pretende utilizar como argumento por el tribunal vernáculo.

Resumiendo, podemos decir entonces que la recepción del Derecho judicial extranjero como argumento franquea la barrera de la dimensión normológica del Derecho propio, si se acomoda a las tres condiciones esenciales que comentamos.

A renglón seguido debe seguirse, por analogía, la metodología de la comparación necesaria en las dimensiones sociológica y dikelógica, según los parámetros que desarrollamos en la Sección Segunda, acáp. 1.6. El Poder Judicial, en sus fallos, debe tener presente su repercusión y gravitación en la vida de la comunidad. En un muy interesante fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó establecido que es *de por sí operativo* el objetivo constitucional de *afianzar la justicia*, razón por la cual no le es dable a los jueces *prescindir de la preocupación de arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto*, esto es, procurar con su labor interpretativa *el logro de resultados concretos valiosos* (v. LA LEY, t. 1981-A, p. 398 y ss.).

La recepción del Derecho judicial extranjero como argumento de decisiones propias ha sido objeto de medulosos estudios por parte de nuestra doctrina, en sus comentarios a fallos<sup>32</sup>.

#### 2.4.2. Cita del Derecho judicial extranjero

La experiencia que nos brinda la lectura de los fallos judiciales nos posibilita detectar que en un apreciable número de ellos se cita y comenta a uno o más Derechos extranjeros. Es importante distinguir la cita de Derechos con su recepción como argumento. La cita puede hacerse por variados motivos, como ser, dar un panorama de cómo es tratada la cuestión en debate en otras latitudes jurídicas, o para remarcar más el tratamiento de esa cuestión por el Derecho propio. En este supuesto, el fallo tiende a parecerse más a una pieza

---

<sup>32</sup> v. los trabajos que se citan en el acáp. 2.5. de la Sección Segunda.

doctrinaria (considerandos *obiter dictum*) que a un acto decisorio que debe sustentarse, básicamente, en los considerandos *holding*<sup>33</sup>. La recepción del Derecho extranjero como argumento no se limita a su simple cita, sino a la recurrencia al mismo para que sirva de apoyo efectivo a una interpretación que decide sostener el juez nacional. Y, para que este cometido pueda ser logrado, el juez nacional debe consignar esa recepción en forma expresa y, al unísono, demostrar que el Derecho extranjero que convoca en apoyo reúne las condiciones esenciales para su recepción que desarrollamos en el acáp. anterior.

## 2.5. Exposición de casos

A título ilustrativo, mencionaremos algunos fallos de singular importancia, donde se ha hecho una recepción del Derecho judicial de los EEUU como argumento, que satisface las comentadas condiciones esenciales, como resultado de la comparación necesaria de ese Derecho con el Derecho propio.

a. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que declara la improcedencia de usar contra un procesado las pruebas que se hubieren obtenido como consecuencia y a posteriori de un procedimiento ilegítimo (vgr. violación de domicilio o confesión lograda con apremios ilegales). La Corte Suprema trajo en apoyo de su decisión la sentencia de la Corte Suprema de los EEUU en el famoso caso *Miranda v. Arizona* del año 1966. Así, quedó judicialmente incorporada la doctrina conocida como *el fruto del árbol venenoso*. Nuestra Corte Suprema asimismo acompañó la evolución que esta doctrina ha ido sufriendo en la Corte Suprema de los EEUU, receptando los nuevos pronunciamientos de este alto tribunal extranjero como argumento de sus nuevos fallos (v. ALEJANDRO D. CARRIO, *Violaciones constitucionales en materia penal y la doctrina del árbol venenoso*, en LA LEY del 28/4/88; *Otra vez el tema de las confesiones policiales: ¿llegó Miranda a nuestro país? (tal vez no pero anda cerca)*”, en LA LEY del 5/7/88; *Ingreso domiciliario consentido, agente encubierto y regla de exclusión de prueba ilegal*, en LA LEY del 14/6/91).

b. Sentencia de la CNCiv, sala E, del 31/3/89 que denegó a un transexual la rectificación del sexo y del nombre en su partida de nacimiento. La votación de los integrantes de la sala no fue unánime, pero tanto en el voto mayoritario como en el de minoría se receptaron como argumentos, pronunciamientos de tribunales estatales estadounidenses que, aunque no tenían una doctrina coincidente, sirvieron para apoyar a las posiciones mayoritaria y minoritaria, que sostenían, respectivamente, una interpretación distinta en punto a la determinación del sexo, esto es, si es de origen genético o personal-sociológico (v. JURISPRUDENCIA ARGENTINA, 1990-III, p. 98 y ss., con nota de Germán Bidart Campos; JULIO CÉSAR RIVERA, *Transexualismo: Europa condena a Francia y la Casación cambia de jurisprudencia*).

c. Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, que se inclinó por una amplia interpretación en cuanto a la libertad de prensa que consagra la C.N., al

---

<sup>33</sup> v. WERNER GOLDSCHMIDT, *Juez y tratadista*, inserto en *El S.O.S....*, cit., p. 161 y ss.

establecer que el derecho de informar sobre las *personas públicas* ampara aun a las informaciones erróneas o falsas. Por lo tanto, la responsabilidad civil o penal en estos casos sólo procede si el afectado prueba que el periodista tenía conciencia del error o de la falsedad de la información que difundió, esto es, que la hubiere difundido con actual malicia.

La Sala A, en esta sentencia, receptó como argumento la jurisprudencia elaborada por la Corte Suprema de los EEUU, a partir del caso “New York Times, Co. vs. Sullivan”, donde tuvo nacimiento la doctrina de la *actual malicie*. Esta doctrina, si bien ha merecido la adhesión de algunos jueces de nuestra Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que por el momento no ha sido receptada como argumento por el alto tribunal en un caso concreto, es decir, todavía no ha sentado jurisprudencia respecto a si ha de sostener o no la comentada amplia interpretación de la libertad de prensa (v. GERARDO ANCAROLA, *Un hito promisorio para la libertad de prensa —nota a fallo—*, en EL DERECHO de 10/3/92).

d. Sentencia del 7/8/92 de la CNciv, sala M, que interpretó que no transgrede las buenas costumbres el encargo que se hace a una persona o grupo de personas para que efectúe la tarea consistente en influir o efectuar algún tipo de presión política sobre las autoridades que correspondan, a los fines de obtener la modificación de alguna legislación que pueda considerarse lesiva a ciertos intereses. Se receptó aquí como argumento la legislación y la jurisprudencia de los EEUU en materia de *lobbies* (v. EL DERECHO del 17/6/93, fallo N° 45064, con notas de Jaime Luis Anaya y Germán J. Bidart Campos).

Cabe señalar por último que, a veces, la comparación necesaria en esta materia, entre el Derecho extranjero y el Derecho propio, permite detectar que la invocación que pueda hacerse de un Derecho extranjero, con la pretensión de que opere como argumento de una interpretación (o sea la interpretación que elige el tribunal), puede adolecer de falencias insalvables, si no están debidamente verificadas las tres condiciones esenciales a que nos referimos más arriba (acáp. 2.4.1.). A título de ejemplo, citaremos los dos casos siguientes:

a. Primer caso: ausencia de la condición esencial de que el Derecho extranjero posea una acentuada similitud con el Derecho propio.

Es una materia controvertida la interpretación de nuestra Constitución Nacional, en punto a si acuerda o no al Presidente de la Nación la atribución de indultar las acciones en el ámbito delictivo. Quien sostenga la opinión favorable puede pretender acudir al Derecho Constitucional de los EEUU para receptorlo como argumento de su postura, ya que el Presidente de los EEUU posee esta facultad. La recurrencia a este Derecho extranjero no es arbitraria, ya que la Constitución Argentina tiene mucho en común con la Constitución de los EEUU, que fue su fuente indiscutida. Sin embargo, la comparación necesaria de ambos Derechos constitucionales da como resultado la conclusión de que en materia de indulto nuestros constituyentes se apartaron del modelo estadounidense, creando una solución jurídica diferenciada. En otras palabras, el Derecho constitucional de los EEUU no puede ser receptado como argumento válido para sostener la interpretación de que el Presidente argentino tiene la facultad de indultar la acción en los procesos penales. Quien lo sostenga debe acudir a otros fundamentos. Esta postura negatoria de la recepción del Derecho estadounidense con argumento fue desarrollada por los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctores Levene (h) y Belluscio, al emitir su voto en disidencia

in re A.M./denuncia (caso M.-O. s/plantea inconstitucionalidad del decreto 1002/89 (sentencia del 14/10/92, publicada en EL DERECHO del 22/2/93, fallo Nº 44828).

b. Segundo caso: ausencia de la condición esencial de que el caso sometido a la decisión del tribunal nacional posea una acentuada identidad con el caso extranjero, que haya sido objeto de la interpretación jurídica extranjera que se pretende utilizar como argumento.

Nuestra Constitución consagra el derecho de todos los habitantes de *publicar sus ideas por la prensa sin censura previa* (art. 14). Determinada jurisprudencia de los EEUU admite que pueda impedirse la divulgación por la prensa de secretos políticos o científicos.

Por lo tanto, no puede receptarse como fundamento válido a esa jurisprudencia, para extender la censura previa a la libertad de expresión, ya que no se da la identidad de la realidad que conforman los casos. En un caso se trata de ideas, en el otro de secretos (v. sentencia de la CNciv y Com. Fed., sala II, 3/7/92, EL DERECHO del 28/9/92, fallo Nº 44550).

## 2.6. La experiencia judicial argentina

La recurrencia al Derecho judicial extranjero, para receptorlo como argumento de las decisiones singulares propias, ofrece en nuestro país algunas características que resultan de interés destacar.

Esa recurrencia, en materia constitucional, se focaliza generalmente en el Derecho judicial de los EEUU, lo que resulta explicable si nos atenemos a la influencia que la Constitución de los EEUU ejerció sobre nuestros constituyentes al confeccionar la Constitución de 1853 (receptividad).

Esa recurrencia, en cambio, no se extiende en igual medida a la legislación de fondo (civil, comercial, penal, laboral) y a la procesal, ya que esa legislación ha tenido como fuente principal (recepción planificada) al Derecho europeo continental, particularmente los Derechos de Italia, Francia y Alemania. Una lectura de los fallos argentinos (gimnasia jurídica que proponemos para encarar sistemáticamente) lo pone en evidencia.

En los actuales momentos que vive la humanidad, de estrecha interrelación e interdependencia de las naciones, se está dando una mayor apertura en cuanto a los Derechos extranjeros a los cuales se recurre para receptorlos como argumento. Un claro ejemplo de ello lo constituye el Derecho comercial. EEUU, por su peso económico indiscutido, hace sentir la influencia del Derecho mercantil anglosajón en todos los países. Nuestro país no ha sido ajeno a esa influencia, que incluso se ha proyectado en la utilización de los términos del idioma inglés, sin intentar traducirlos, en las operaciones que se refieren al ámbito económico (comercial y financiero). A título de ejemplo podemos señalar que ciertos contratos modernos conservan su denominación en inglés y así han sido incorporados al lenguaje propio, vgr. leasing, factoring, underwriting, franchising. En el mundo financiero ocurre lo mismo: marketing, downsizing, trading, broker, stand by, etc., etc. Lo expuesto constituye un fenómeno interesante de la vida moderna que nos obliga a reflexionar.

Por de pronto, creemos de interés mencionar que no hace mucho, el ministro de Cultura

francés se hallaba abocado a la redacción de una ley, destinada a preservar el idioma francés, frente al notorio avance de los anglicismos.

### 3. RECEPCIÓN DE UN DERECHO EXTRANJERO PARA SU APLICACIÓN EN LA SOLUCIÓN DE UN CASO INTERNACIONAL (CASO MIXTO)

En nuestro citado trabajo anterior (acap. 2.1.1.4) nos ocupamos in extenso sobre este tema y consideramos que con lo dicho se satisface nuestra preocupación expositiva en la materia.

Un análisis más pormenorizado y profundo lo encontramos en la valiosa bibliografía que ha acumulado el Derecho Internacional Privado, a cuyo hontanar nos remitimos.

#### SECCIÓN TERCERA:

#### AMBITO DEL DERECHO PROPIO UNIFORME

##### 1. NOCIONES PRELIMINARES

Antes de entrar de lleno a las características que tiene la comparación necesaria entre el Derecho propio y el Derecho extranjero, cuando se trata de la elaboración o de la recepción planificada de un Derecho uniforme, estimamos conveniente efectuar algunas aclaraciones previas.

##### *1.1. Derecho interno y Derecho uniforme*

Dijimos antes que la estructura jurídica de los Estados nacionales está constituida por dos tipos de Derechos. Uno de esos Derechos es el Derecho interno, que tiene como singularidad la de ser exclusivo. El otro de los Derechos es el Derecho uniforme, que también impera en el Estado nacional, pero no le es exclusivo, ya que su normatividad es compartida por otro u otros Estados nacionales.

El Derecho interno proviene (es elaborado) y emana (adquiere vigencia), privativamente, de los órganos gubernativos de un Estado nacional (leyes, decretos, resoluciones).

El Derecho uniforme, en cambio, por ser un Derecho compartido (común) entre dos o más Estados nacionales, reconoce fuentes de elaboración que exceden a los órganos gubernativos del Estado nacional, aunque estos órganos conserven un rol primordial para que ese Derecho uniforme pueda convertirse en Derecho vigente.

##### *1.2. Elaboración y vigencia del Derecho uniforme*

Las modalidades que hacen a la elaboración y vigencia del Derecho uniforme son diferentes según sea el tipo de instrumento jurídico mediante el cual se concrete.

Normalmente se identifica al Derecho uniforme con uno de los instrumentos jurídicos que le da vida, cual es el Tratado o Convención. Por eso se suelen utilizar como sinónimos Derecho uniforme y Derecho Convencional. Esta identificación no es caprichosa, si tenemos en cuenta el crecimiento geométrico del Derecho uniforme a partir de la segunda mitad del siglo pasado, a través de una gran proliferación de Tratados y Convenciones. Sobre esta cuestión, por razones expositivas, volveremos más abajo.

Amén de los Tratados y Convenciones, los otros instrumentos que dan existencia al Derecho uniforme son la ley nacional, la costumbre internacional y la ley comunitaria.

Abordaremos pues el tema de la elaboración y vigencia del Derecho uniforme, ocupándonos, en forma separada, de los instrumentos jurídicos que lo consagran, esto es, que lo transforman en Derecho positivo.

### 1.2.1. *Tratados y Convenciones*

Los Tratados y Convenciones son instrumentos jurídicos que pertenecen al Derecho Internacional Público, aunque su contenido puede versar sobre materias que pertenezcan al Derecho privado (civil, comercial, laboral, penal, propiedad intelectual).

La elaboración de los Tratados y Convenciones normalmente está a cargo de los representantes de los Estados nacionales. La tarea de estos representantes puede ser más o menos exitosa, según el resultado que obtengan al concretar el contenido del Tratado o de la Convención.

El párrafo anterior nos obliga a formular tres aclaraciones previas:

a — primera aclaración: en sentido estricto hay quienes reservan “...la denominación de Tratados a los compromisos internacionales concluidos con la intervención formal del órgano que se haya investido de competencia para concluir convenios (*el treaty-making power de los anglosajones*), lo cual en la mayor parte de los países supone la intervención formal del jefe del Estado” (v. CHARLES ROUSSEAU, *Derecho Internacional Público*, 3ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, p. 24). En sentido amplio, el Tratado se equipara a la Convención. Dice el art. 2, inc. 1, apart. a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ratificada por nuestro país - ley 19865): “Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados...”.

Por la misma convención, el término Tratado no comprende a los acuerdos internacionales entre Estados y otros Sujetos internacionales del Derecho Internacional (vgr. entre un Estado y el Fondo Monetario Internacional) o entre estos últimos entre sí (vgr. entre el Fondo Monetario Internacional y la Cruz Roja) (art. 3).

b — segunda aclaración: por su contenido, los Tratados se distinguen entre Tratados-Contratos, que versan sobre la realización de un negocio jurídico (alianza, límites, de comercio, etc.) y los Tratados Normativos, que versan sobre la creación de un Derecho compartido. Nuestro interés, como es obvio, se centra en este último tipo de Tratados.

c — tercera aclaración: los Tratados y Convenciones pueden ser clasificados:

c.a.— según la cantidad de protagonistas (Estados partes): en bilaterales, multilaterales o universales.

c.b. — según la materia que comprenden: civiles, comerciales, penales, etc., siendo oportuno señalar que, las más de las veces, se legisla sobre un tema específico, vgr. régimen de protección de menores, compraventa internacional de mercaderías, convenciones de trabajo para los empleados estatales, tipificación del delito de tráfico de estupefacientes, contrato internacional de transporte aéreo, etc.

La elaboración del Tratado o Convención suele tener como base un documento denominado *plenos poderes*, que la citada Convención de Viena entiende como el documento "...que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción y la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado" (art. 2, inc. 1, apart. c).

Sin perjuicio de lo dispuesto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cada Estado nacional tiene sus propias reglas en lo atinente al proceso que es necesario transitar para que el Derecho uniforme, emergente de un Tratado o Convención, entre en vigencia como Derecho propio. Nuestra Constitución Nacional regula ese proceso a través de los siguientes pasos: firma del Tratado a cargo del Poder Ejecutivo Nacional (art. 86 inc. 14); aprobación o rechazo por el Poder Legislativo (art. 67 inc. 19) y ratificación en cabeza del Poder Ejecutivo (art. 86 inc. 14). Con la ratificación, el Tratado o Convención se encuentra en condiciones de entrar en vigor "...de la manera y en la fecha en que se disponga o que acuerden los Estados negociadores. A falta de tal disposición o acuerdo, el tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado" (Convención cit., art. 24 incs. 1 y 2) <sup>34</sup>.

Es de la mayor importancia destacar que para un país la entrada en vigencia de un Derecho uniforme, emergente de un Tratado o Convención, no siempre ha sido precedido de la intervención de este país en la etapa de elaboración. Cuando los Tratados o Convenciones son abiertos, todo país que no haya intervenido en su elaboración puede, sin embargo, firmarlo, aprobarlo y ratificarlo. En este supuesto, el "...consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la adhesión" (Convención cit., art. 15).

---

<sup>34</sup> Hasta no hace mucho, nuestra Corte Suprema había establecido que los Tratados internacionales sólo entraban en vigencia cuando una ley expresa los receptara, aunque los mismos ya hubieran sido aprobados por el Congreso (teoría dualista). A partir del ya comentado caso *Ermekdjian c/ Sofovich* (v. acáp. 1.6.1.1.), la Corte Suprema se enrola en la teoría monista, ya que ahora sostiene que, para que un Tratado internacional entre en vigencia, basta que haya sido concluido según lo manda la Constitución, es decir, no depende de su recepción por una ley interna. Por ley 24080, se legisló sobre la publicación en el Boletín Oficial de los hechos y actos referidos a los Tratados y Convenciones internacionales en que la Nación Argentina sea parte. En el art. 3º de esta ley se dispone: "Los tratados y convenciones internacionales que establezcan obligaciones para las personas físicas o jurídicas que no sea el Estado Nacional son obligatorias sólo después de su publicación en el Boletín Oficial, observándose al respecto lo prescripto en el art. 2º del Cód. Civil".

### 1.2.2. Ley nacional

La ley nacional es un instrumento apto para uniformar Derechos, basta para ello que un Estado incorpore en su Derecho interno una ley modelo que, asimismo, otros Estados también hayan incorporado a su Derecho interno. Como ejemplo, podemos citar a los Convenios de Ginebra del 7 de junio de 1930, que contienen una legislación sobre letras de cambio y pagarés a la orden; y del 19 de marzo de 1931, que incluye una legislación en materia de cheques. Entre otros, nuestro país las incorpora sustancialmente a su Derecho privado comercial interno, a través de los decretos-leyes 3965/63 y 4776/63, ratificados por la ley 16478.

Asimismo, en una Conferencia o reunión internacional, puede elaborarse una serie de *recomendaciones legislativas* para que los países las incorporen a sus Derechos internos. Si dos o más países las incorporan a sus respectivos Derechos internos, tendrán en el aspecto reglado un Derecho uniforme. Un ejemplo, de los tantos que hay en materia laboral, lo constituye la ley 24285, por la que se ratifica el Convenio 173 sobre Protección de los Créditos Laborales en Caso de Insolvencia del Empleador, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo (LXXIX Reunión, 1992, de la Organización Internacional del Trabajo) (v. ROUSSEAU, ob. cit, p. 46). Aquí es necesario destacar que al incorporar la recomendación, la intención del legislador nacional tiene puesta la mira en que una actividad análoga es compartida por legisladores de Estados extranjeros, para dejar establecido, por la vía instrumental de las respectivas leyes nacionales, un Derecho uniforme, esto es un Derecho que les sea común. Esa intención es fundamental para distinguir a la ley nacional cuya finalidad es poner en vigencia un Derecho destinado a ser uniforme, de la ley nacional que recepta en forma planificada una solución jurídica extranjera, y cuyo propósito básico es procurar una solución jurídica adecuada a un *problema nuevo* que enfrenta la propia comunidad (v. supra, Sección Segunda, acap. 1.5.1.).

Para marcar aún más esa característica intencional, vale citar como ejemplo a la ley 24176, que declara como parte integrante de su normativa al “Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, que consta de dieciséis (16) artículos, diecisiete (17) notas y un Apéndice de dos (2) fojas”; y el “Acuerdo Relativo a la Interpretación y Aplicación de los Artículos VI, XVI y XXIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, que consta de diecinueve (19) artículos, cuarenta (40) notas referidas a los mismos, una Lista Ilustrativa de Subvenciones a la Exportación, compuesta por los incisos a) a 1) y seis (6) notas referidas a dicha lista”, firmados en Ginebra el 12 de abril de 1979.

Como también tendremos oportunidad de ver más abajo, que esa característica intencional queda claramente patentizada cuando se utiliza a la ley nacional como instrumento de un Derecho comunitario entendido en sentido lato.

### 1.2.3. Costumbre internacional (Derecho consuetudinario)

Básicamente, la costumbre es un comportamiento social que se reitera en el tiempo.

Esta reiteración genera también la creencia social de su obligatoriedad. Las costumbres pueden ser nacionales e internacionales. La elaboración de las costumbres no es fruto, por ende, de un acto de voluntad legisferante.

Los Estados, en sus relaciones recíprocas, han admitido la existencia de reglas internacionales consuetudinarias, muchas de las cuales se han transformado luego en reglas Convencionales, al ser incorporadas a los Tratados.

También la comunidad internacional ha generado reglas internacionales consuetudinarias en el ámbito del Derecho privado, concentradas primordialmente en el campo del Derecho Comercial.

El comercio entre las antiguas comunidades europeas (las Cruzadas al Santo Sepulcro tuvieron una notable influencia) fue la sementera donde empezó a crecer una nueva clase de regulación entre los comerciantes. El tránsito de los comerciantes de una comunidad a otra para la concreción de sus negocios, particularmente focalizados en las ferias, marcó el nacimiento de la LEX MERCATORIA, mediante la cual los negocios que no eran locales quedaban sujetos a una regulación de fondo (sustantiva) y a una jurisdicción propias, que fue adquiriendo la calidad de un Derecho uniforme que operaba al lado de los sistemas jurídicos de cada comunidad. Piénsese en la gran actividad mercantil intercomunitaria de la que eran sede en los siglos XII y XIII las ciudades de Venecia y Florencia <sup>35</sup>.

La LEX MERCATORIA tuvo sus auges y sus eclipses. En las últimas décadas, el cada vez más intenso tráfico comercial internacional viene perfilando, con creciente impulso, una reavivada LEX MERCATORIA, creada por los propios agentes del negocio mercantil. Algunos autores se inclinan por denominar a esta variante jurídica como un Derecho supranacional (opera al lado del Derecho Estatal) que se va formando con los usos y costumbres. Tales usos y costumbres aparecen luego recogidos en diversos instrumentos, cuyos contenidos se refieren al arbitraje internacional y a la jurisprudencia que emana de sus pronunciamientos, al crédito documentario, a los contratos tipos (standard), etc. Es ampliamente conocida la labor que desarrolla la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París. Sus publicaciones Nº 400 *Reglas y usos uniformes de los créditos documentarios* y Nº 322 *Reglas y usos uniformes relativos a la cobranza documentaria* son regularmente seguidas y aplicadas. A ellas suelen remitirse las partes de un negocio internacional, en ejercicio de las autonomías de la voluntad conflictual y material-sustancial <sup>36</sup>.

El criterio prevalente niega a este Derecho supranacional, de naturaleza para-estatal, el carácter de un Derecho autosuficiente. Debe ser aceptado (y controlado) por el Derecho del país donde se intente hacerlo valer <sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> v. RENÉ DAVID, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Ed. Aguilar, Bs. As., 2ª ed., p. 62 y ss.

<sup>36</sup> v. CARLOS GILBERTO VILLEGAS, ob. cit., p. 180 y ss. No debe confundirse la autonomía de la voluntad conflictual y la sustantiva, con la autonomía de la voluntad en el campo de la jurisdicción ius privatista internacional, esto es, con la prórroga de jurisdicción (v. nuestro trabajo *Elementos para la determinación de la jurisdicción ius privatista internacional*, en Rev. PRUDENTIA IURIS, Universidad Católica Argentina, Bs. As., 1993, Nros. 32-33, ps. 35/78).

<sup>37</sup> v. RAÚL ALBERTO RAMAYO, *Elementos para una definición del Derecho Internacional Privado*, en PRUDENTIA IURIS, cit., ps. 5/33.

La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías prescribe en su art. 9º que “1) las partes quedarán obligadas por cualquier uso o costumbre que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan convenido entre ellas; 2) salvo pacto en contrario, se considera que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación, un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento, y que en el comercio internacional sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”.

#### 1.2.4. Ley comunitaria

El concepto de soberanía absoluta (independencia de los Estados nacionales) que hasta no hace mucho estaba asociado al concepto de nación de manera indisoluble, ha decaído en su vigor y se nos aparece con su nuevo rostro de soberanía limitada (interdependencia de los Estados nacionales).

Ello se ha debido, fundamentalmente, no sólo a la cada vez más estrecha y fecunda ligazón de las naciones (a la que ahora se une la intercomunicación instantánea vía satélite) sino a una tendencia que ya cuenta en su haber con logros trascendentes. Nos referimos a la formación de bloques de naciones que convienen en integrar, para la defensa y promoción de sus intereses comunes, una zona de libre comercio, o un mercado común, o una comunidad económica (distintos grados de integración) iniciando una dirección histórica que puede llegar a ser, en definitiva, una integración política.

Las naciones que conforman algunas regiones de América se encuentran transitando por este camino. Nuestro país, junto con Uruguay, Paraguay y Brasil, a través del Tratado de Asunción (ley 23981), ha sembrado la semilla de un futuro mercado común (Mercosur). Canadá, EEUU y México han ratificado la vigencia de un Tratado que los une en una zona de libre comercio (NAFTA: *North American Free Trade Association*).

En Europa. Portugal, España, Gran Bretaña, Francia, Bélgica, Holanda, Italia, Alemania, Dinamarca, Grecia, Irlanda y Luxemburgo concretaron una comunidad económica (CEE) que, a partir de la ratificación y vigencia del Tratado de Maastrich (12/1/94), ha dado nacimiento a la Unión Europea (EU) que conllevará la integración financiera y política.

La integración económica referida, y más la política, supone la creación de un Derecho uniforme (armónico) entre los países involucrados, cuya amplitud depende del grado de integración que se pretenda.

Ese Derecho uniforme puede lograrse:

a — a través de Convenciones (Tratados) (v. el anterior acap. 1.2.1.) o de leyes internas (v. el anterior acap. 1.2.2.).

b — a través de la creación por parte de los países involucrados en la integración, de organismos supranacionales.

El MERCOSUR todavía no ha determinado su estructura institucional definitiva, la

que está prevista para antes del 31 de diciembre de 1994. El NAFTA no incluye la creación de organismos supranacionales. Por lo tanto, el Derecho uniforme de ambos bloques, o sea su Derecho comunitario, debe realizarse a través de las Convenciones y leyes internas.

La CEE, ahora EU, ha sido la plataforma de lanzamiento de un nuevo tipo de Derecho comunitario. Las naciones que la integran han cedido parte de su soberanía, creando a través de Tratados (Derecho comunitario primario) organismos supranacionales de carácter legislativo, ejecutivo y judicial.

La doctrina mayoritaria europea considera que el verdadero y exclusivo Derecho comunitario es el que producen estos organismos supranacionales (Derecho comunitario secundario). Y este Derecho comunitario secundario goza de autonomía propia, no requiere para su vigencia de la ratificación de cada una de las naciones partes (efecto directo) y tienen primacía (supremacía) sobre el Derecho nacional <sup>38</sup>.

En síntesis, el Derecho interno y el Derecho Convencional tienen su origen en los poderes (gobierno) de cada Estado. El Derecho comunitario, en sentido restringido, tiene su origen en los órganos supranacionales.

## 2. METODOLOGÍA DE LA COMPARACIÓN NECESARIA EN EL DERECHO UNIFORME

Dicha comparación necesaria, que hace al método de la llamada ciencia del Derecho Comparado, se manifiesta de manera distinta, según sea el instrumento jurídico mediante el cual se concrete la vigencia del Derecho uniforme, como asimismo la intervención o ausencia que el país haya tenido en su elaboración.

Nos ocuparemos, en forma separada, de la aludida comparación necesaria respecto de cada uno de esos instrumentos jurídicos.

### 2.1. *Respecto de los Tratados o Convenciones normativos*

#### 2.1.1. *Participación del Estado nacional en la elaboración del texto de un Tratado o Convención*

Por el Tratado o Convención se persigue la elaboración de un Derecho uniforme en una determinada y específica materia. Ese Derecho uniforme debe traducirse en una fórmula jurídica que concilie y compatibilice los Derechos de los países partes (interno, convencional o comunitario). Como es obvio, en la elaboración de esa fórmula jurídica, cada nación parte debe comparar su propio Derecho con los Derechos de los otros Estados partes (Derecho extranjero), a fin de poder llegar a un resultado satisfactorio. Esta tarea de comparación entre lo propio y lo ajeno deviene pues en necesaria y, por ende, corresponde

---

<sup>38</sup> v. MICHAEL SCHWEITZER Y WALDEMAR HUMMER, *Derecho Europeo*, Ed. Depalma, Bs. As., 1987, p. 135 y ss.

que sea encarada con la mayor agudeza y preparación posibles. Por supuesto, no se puede comparar lo que no se conoce debidamente. La improvisación es mala consejera, y decimos esto porque la experiencia nos brinda la lección de que los países, lamentablemente, no suelen, a veces, ser muy cuidadosos en la selección de sus representantes. En la elaboración debe cumplirse con la norma platónica, según la cual el diálogo entre las partes no consiste en que cada uno dé su opinión, sino que todos se esfuercen por pensar en común una misma cosa (koine syndokein).

En un sistema Constitucional como el nuestro, la firma de un Tratado o Convención por el Poder Ejecutivo o sus representantes, aunque hayan intervenido en su elaboración, no le garantiza su vigencia.

Es atribución del Congreso aprobarlo o desecharlo. Para adoptar alguna de estas dos posibilidades, lo más posible es que el legislador apele a la comparación del Tratado o Convención firmado con su propio Derecho (interno, convencional o comunitario) siguiendo las mismas pautas reseñadas más arriba para la recepción planificada de un Derecho extranjero (pasaje por los filtros normológicos, sociológicos y dikelógicos). Pero lo cierto es que esta comparación, aunque también necesaria, no pertenece a la llamada ciencia del Derecho Comparado, toda vez que el Tratado o Convención firmada por el Poder Ejecutivo o sus representantes no es Derecho Extranjero (v. supra Sección Segunda, acáp. 1.5. El Estado nacional no es observador sino protagonista de la elaboración del texto uniforme).

La diferencia temporal que media entre la firma del Tratado o Convención por el Poder Ejecutivo y sus representantes, y su aprobación por el Congreso, con el momento en que pueda producirse su ratificación, también lo coloca al Poder Ejecutivo (cuyo titular puede ser otro distinto al que firmó) en una comparación necesaria que tiene las mismas características que las que señalamos para el Poder Legislativo.

### *2.1.2. Recepción planificada de un Derecho uniforme convencional. Adhesión a un Tratado o Convención*

Si un Estado nacional presta su adhesión a un Tratado o Convención que ha entrado en vigor (no participó en la elaboración de su texto), está receptando en forma planificada para que integre su Derecho propio uniforme, un Derecho convencional extranjero. Se impone entonces la comparación necesaria entre su Derecho y ese Derecho uniforme convencional, siendo para ello de aplicación las pautas desarrolladas en la Sección Segunda, acáp. 1.6.

### *2.1.3. Síntesis*

En resumen, podemos decir que la comparación en materia de Derecho uniforme convencional se focaliza, primordialmente, en la etapa de elaboración del Derecho uniforme convencional, salvo en la hipótesis de la adhesión, donde la cuestión debe ser tratada como recepción planificada.

No podemos menos, entonces, que subrayar y remarcar la importancia que reviste para la llamada ciencia del Derecho Comparado todo lo concerniente a la elaboración del contenido de un Tratado o Convención.

Dispone la mencionada Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su art. 9º “1. La adopción del texto de un tratado se efectuará por el consentimiento de todos los Estados participantes, salvo lo dispuesto en el párrafo 2.; 2. La adopción del texto de un tratado en una conferencia internacional se efectuará por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente”.

## *2.2. Respeto de una ley nacional*

Aquí resultan extensivas y aplicables las consideraciones que desarrollamos en el acáp. 2.1. anterior.

La comparación necesaria entre el Derecho propio y el Derecho extranjero se da cuando un Estado nacional participa en la elaboración de una ley modelo, de una recomendación o de un acuerdo, destinado a transformarse en Derecho uniforme de dos o más Estados, mediante su incorporación al Derecho interno de los mismos por imperio de una ley nacional. Dado que la ley modelo, la recomendación o el acuerdo no son Derecho extranjero, puesto que se ha participado en su elaboración, su comparación necesaria con el Derecho propio a los fines de su incorporación a éste no pertenece a la zona jurídica (objeto) que corresponde a la llamada ciencia del Derecho Comparado. Aunque huelga señalarlo, la comparación necesaria es ineludible, si el Estado nacional no ha participado en la elaboración de la ley modelo, etc., ya en vigor en uno u otros Estados nacionales, y que pretende receptor como Derecho uniforme propio.

## *2.3. Respeto de la costumbre internacional (Derecho consuetudinario)*

La elaboración de la costumbre internacional es totalmente ajena a la llamada ciencia del Derecho Comparado, ya que su surgimiento es espontáneo. La regla consuetudinaria, como Derecho uniforme, es producto del tiempo y no una fórmula jurídica que aparece como resultante de la comparación del Derecho propio con Derechos extranjeros.

La costumbre internacional, cuando entra en vigor, tampoco ingresa a la zona típica de pertenencia del Derecho Comparado.

Dijimos más arriba (acáp. 1.2.3.) que los usos y costumbres internacionales en materia comercial pueden ser incorporados por las partes en lo atinente a la regulación de sus negocios jurídicos. Juega aquí el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual y material. No es descartable que un conflicto derivado de ese negocio jurídico se ventile ante los estrados judiciales de algún país, vgr. la República Argentina. Nuestro país admite la autonomía de la voluntad, por lo cual resulta jurídicamente válida la remisión que las partes hayan hecho a las costumbres y usos

internacionales, como ser los recopilados por las citadas publicaciones Nros. 322 y 400 de la Cámara de Comercio Internacional.

Pues bien, esos usos y costumbres serán aplicables para la resolución del caso conflictivo, siempre que no transgredan el orden público internacional argentino, funcionando como conjunto de principios. Por lo tanto, se impone la comparación necesaria entre los principios de orden público internacional y los usos y costumbres internacionales invocados por las partes. Pero esa comparación necesaria no encaja en el Derecho Comparado ya que esos usos y costumbres internacionales no pueden ser calificados como Derecho extranjero (v. nuestro citado trabajo anterior, acáp. 2.1.1.4.).

#### *2.4. Respecto de la ley comunitaria*

La comparación entre el Derecho propio y el Derecho extranjero resulta necesaria para la elaboración de la regla jurídica cuyo destino será transformarse en una regla uniforme, de carácter comunitario. No hay distinción aquí entre la elaboración de una regla comunitaria que va a ser puesta en vigor por una ley nacional, con otra regla comunitaria que va a ser puesta en vigor por los órganos supranacionales.

##### *2.4.1. Emergente de órganos nacionales*

Con respecto a la ley comunitaria de origen interno, caben las mismas consideraciones que realizamos cuando nos ocupamos en el anterior acáp. 2.2. de la ley nacional que incorpora al Derecho interno un Derecho uniforme emergente de una ley modelo, de una recomendación o de un acuerdo.

##### *2.4.2. Emergente de órganos supranacionales*

Con respecto a la ley comunitaria de origen supranacional, la misma para su entrada en vigor no precisa ser comparada con el Derecho nacional propio, habida cuenta que tiene sobre este último un rango jurídico superior (supremacía).

Una vez más debemos subrayar y remarcar la importancia que para el Derecho Comparado tiene la comparación del Derecho propio con el Derecho extranjero (aunque sea el de los integrantes de un bloque comunitario), en la elaboración de una regla comunitaria.

#### *3. Elaboración del Derecho uniforme*

Según quedó consignado más arriba, la llamada ciencia del Derecho Comparado tienen un rol preponderante en la etapa de elaboración del Derecho uniforme.

Resulta pues del mayor interés la determinación de quiénes son los que ofician de visibles propulsores de la creación de dicho Derecho uniforme, respondiendo con ello a

satisfacer las inquietudes y aspiraciones de los hombres en tal sentido (v. nuestro cit. trabajo anterior, acáp. 4.1.).

Los mencionados propulsores visibles son identificables y el Derecho uniforme que de ellos emana se traduce en un Decreto escrito (Tratados o Convenios, leyes modelo, recomendaciones, acuerdos, ley comunitaria). La costumbre internacional, en cambio, no tiene propulsores visibles. Se capta su existencia pero sus autores no son identificables.

Nos ocuparemos pues de los propulsores visibles.

### *3.1. Los propulsores visibles*

#### *3.1.1. Los Estados nacionales*

Los primeros propulsores visibles del Derecho uniforme fueron y son los Estados nacionales. Su actividad empezó a adquirir velocidad a partir del siglo pasado y su ritmo ha sido sin pausas y sin desmayos. Los Tratados o Convenciones contratos y los Tratados o Convenciones normativos, ya sean bilaterales, plurilaterales o universales, suscriptos y ratificados por nuestro país, se resisten a cualquier enunciación exhaustiva. En el siguiente acáp. 4. mencionaremos, a modo de ejemplo, cómo se ha reflejado esa actividad en las áreas de los derechos del hombre y de la economía.

Como anticipo, no podemos menos que recordar que nuestro país, juntamente con Uruguay, Paraguay, Bolivia y Perú, han sido verdaderos pioneros en la creación de un Derecho uniforme en materia de Derecho Internacional Privado. Los Tratados de Montevideo de 1889/90, de valor jurídico inestimable, así lo atestiguan.

Como era previsible, esta creciente actividad de los Estados nacionales demandó su regulación internacional, concretada en las tantas veces citada Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

#### *3.1.2. Los organismos internacionales oficiales*

En las últimas décadas, los Estados nacionales, sin descuidar su directa actividad creadora de Derecho uniforme, también se han orientado en impulsar esa actividad, de manera indirecta a través de organismos internacionales. Las Naciones Unidas (UN) y los organismos regionales como la Organización de Estados Americanos (OEA) valen como ejemplos. También con esa misma orientación han proliferado los organismos internacionales especializados dependientes de la UN y de las organizaciones regionales, y organizaciones internacionales surgidas de los Acuerdos de los Estados nacionales.

Haremos una breve selección de aquellos organismos y organizaciones internacionales especializados que operan como fraguas en la elaboración del Derecho uniforme normativo, contando en su seno con la representación de los Estados nacionales.

### 3.1.2.1. *Organismos especializados dependientes de la UN*

- a. Organización para la Agricultura y la Alimentación (FAO).
- b. Organización de la Aviación Civil Internacional (ICAO).
- c. Organización Marítima Internacional Consultiva (IMCO).
- d. Organización Internacional del Trabajo (OIT).
- e. Organización Internacional de Telecomunicaciones (UIT).
- f. Unión Postal Universal (UPU).
- g. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).
- h. Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA).
- i. Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI).
- j. Organización Mundial de la Salud (OMS).
- k. Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA).
- l. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD).
- ll. Comisión Internacional de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial (UNCITRAL).

### 3.1.2.2. *Organizaciones Internacionales surgidas de Acuerdos de los Estados nacionales*

a — El Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento —hoy Banco Mundial— (BM) y el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), surgidos de los Acuerdos de Bretton Woods, auspiciado por las grandes potencias vencedoras de la segunda guerra mundial, para organizar a nivel mundial las relaciones comerciales y monetarias internacionales. La última ronda Uruguay del GATT (1993) ha previsto dejar que en 1995 el GATT sea suplantado por la Organización de Comercio Multilateral (OCM).

b — La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado nació como una organización intergubernamental europea, pero se ha abierto al resto de los países no miembros, para que participen en ella. Un organismo especializado análogo lo constituye la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP), dependiente de la OEA.

c — El Consejo de Cooperación Aduanera (CCA), organismo intergubernamental cuya misión es estudiar, simplificar y armonizar los regímenes aduaneros.

### 3.1.3. *Las Organizaciones Internacionales privadas*

a — La Cámara de Comercio Internacional. Esta Cámara creó el Instituto de Derecho y Práctica Comerciales Internacionales, que tiene status consultivo de la UN y, además, actúa como tribunal arbitral internacional (v. supra acáp. 1.2.3.).

b — El Comité Marítimo Internacional (CMI).

4. EL DERECHO UNIFORME NORMATIVO Y ALGUNOS DE SUS LOGROS MÁS DESTACABLES,  
RATIFICADOS POR NUESTRO PAÍS

*4.1. En el área de los derechos del hombre*

- a — Declaración Universal de los Derechos Humanos (UN).
- a.a — Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (UN) (ley 23313).
- a.b — Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (UN) (ley 23313).
- a.c — Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (UN) (ley 23313).
- a.d — Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (UN) (ley 23338).
- a.e — Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (UN) (ley 23179).
- a.f — Convención Internacional de los Derechos del Niño (UN) (ley 23849).
- a.g — Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA) (ley 23054).

*4.2. En el área comercial-financiera*

- a — Tratados de Montevideo de 1989/90 sobre Derecho Comercial Internacional, Patentes de Invención, y Marcas de Comercio y de Fábrica (ley 3192).
- a.a — Tratados de Montevideo de 1939/40 sobre Derecho Comercial Terrestre Internacional, y Derecho de Navegación Comercial Internacional (incluye el tráfico comercial internacional aéreo) (D. ley 7771/56).
- a.b — Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP) sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas (ley 22691); Normas Generales de Derecho Internacional Privado (ley 22921), y Conflictos de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles (ley 22921).
- a.c — Acuerdos del GATT: “Relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT (Código Antidumping, Comités de prácticas antidumping) (ley 24176); Relativo a la Interpretación y Aplicación de los Artículos VI, XVI y XXIII del GATT (derechos compensatorios, subvenciones) (ley 24176), y Relativo a la Aplicación del Artículo VII del GATT (Código de valoración aduanera) (ley 23331).
- a.d — Convención de las Naciones Unidas (UNCITRAL) sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, y Protocolo de Enmienda a la Convención sobre Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (ley 22765).

a.e — Convenciones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, sobre Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías (ley 23916), y Ley Aplicable a los Contratos de Intermediación y a la Representación (ley 23964).

a.f — Convención de Bruselas Relativa a la Unificación de Ciertas Reglas en materia de conocimientos (ley 15787).

a.g — Convención de Varsovia sobre la Unificación de Determinadas Reglas Relativas al Transporte Aéreo Internacional (ley 14111); el posterior Protocolo modificatorio de La Haya (ley 17386), y los Protocolos de Canadá, adicionales a la citada Convención de Varsovia (ley 23556).

a.h — Convención de París (1883) para la Protección de la Propiedad Industrial, revisada en Bruselas (1900), Washington (1911), La Haya (1925), Londres (1934) y Lisboa (1958) (ley 17011).

a.i — Tratado para el Establecimiento de un Estatuto de Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas (ley 23935).

a.j — Convenios bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República Argentina y el Reino de España (ley 24118), y Polonia (ley 24101), y el reino de Suecia (ley 242117), y la Confederación Suiza (ley 24099), y Francia (ley 24100), e Italia (ley 24122), y Canadá (ley 24125), y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (ley 24184), y Estados Unidos (ley 24124).

a.k — Ley 22415 (Código Aduanero): incorpora como Derecho interno que han nacido para ser Derecho uniforme, como lo es la Nomenclatura para la Clasificación de la Mercadería en los Aranceles Aduaneros, establecida por la Convención del Consejo de Cooperación Aduanera (CCA), celebrada en Bruselas el 15 de diciembre de 1950 (cod. cit., art. 11).

a.l — Ley 17779: por la misma nuestro país formula su adhesión al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y de Comercio (GATT).

## 5. REFLEXIONES FINALES

A lo largo de lo expuesto en las Secciones Segunda y Tercera, pensamos que ha quedado claro que nuestra ciencia, la llamada ciencia del Derecho Comparado, se ocupa (tiene por objeto) la zona del vasto mundo jurídico donde acontece la recepción planificada por el Derecho propio, o de un Derecho extranjero vigente; o la elaboración de una futura solución jurídica uniforme. Ello exige que deba articularse una comparación necesaria entre ambos Derechos, cuya metodología también desarrollamos.

Igualmente, hemos podido advertir que el Derecho propio puede incorporar como soluciones jurídicas regulaciones que no son Derecho extranjero vigente, o no pueden ser calificadas de Derecho extranjero. Recuérdese, vgr., la aprobación o ratificación de un Tratado-Convención donde el Estado nacional ha participado en la elaboración de su texto; la recepción como Derecho propio interno de una ley modelo, recomen-

dación o acuerdo, en la que el Estado nacional ha participado en su elaboración; la aceptación o rechazo por el Orden Público Internacional del Derecho propio (funcionando como conjunto de principios) de la costumbre internacional (v. Sección Segunda, acap. 2.).

Pues bien, aunque también se acuda a la comparación necesaria, cuando se trata de receptar por el Derecho propio soluciones jurídicas que no son calificables como Derecho extranjero vigente, esta actividad comparativa no forma parte de la llamada ciencia del Derecho Comparado, aunque también aquí se utilice (deba utilizarse) la metodología perteneciente a este Derecho, que se mueve en las dimensiones normológica, sociológica y dikelógica del mundo del Derecho. Cuanto más, a esa materia que no es calificable como *Derecho extranjero vigente*, la llamada ciencia del Derecho Comparado puede considerarla como *objeto impropio*.

Asimismo, es del caso destacar lo siguiente. Quien se apreste a encarrilar su dedicación hacia la ciencia del Derecho Comparado, según el OBJETO que le atribuimos, advertirá de inmediato que está acotado por dos condicionamientos:

a — primer condicionamiento: deberá poseer una satisfactoria formación jurídica, no sólo sobre la especialidad que practica (civil, comercial, penal, etc.) sino además, y particularmente, sobre Filosofía del Derecho, Derecho Constitucional, Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público.

b — segundo condicionamiento: deberá acometer el conocimiento adecuado del o los Derechos extranjeros con los cuales: I) se pretenda realizar una recepción planificada, II) se pretenda arribar a la elaboración de una fórmula jurídica uniforme, III) se pretenda efectuar una recepción como argumento, y IV) se enfrente a la recepción que supone su aplicación a la solución de un caso internacional. Para un mejor respaldo de este segundo condicionamiento, es indispensable conocer los valores-principios con los que, eventualmente, se puede encarar una tarea típica de la ciencia del Derecho Comparado. Esto último está vinculado con el tema del estudio de los sistemas jurídicos contemporáneos, que será motivo de nuestra preocupación en la Sección Cuarta.

#### SECCIÓN CUARTA:

##### LOS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS

###### 1.1. Distinciones

Toda norma o regla jurídica es la expresión de los derechos y obligaciones que se asocian a una porción de la realidad, vgr. a la etapa de la vida en que se alcanza la capacidad para actuar jurídicamente por sí mismo y administrar y disponer de los bienes, esto es, lo que comúnmente se denomina la mayoría de edad (capacidad de hecho o de obrar). El legislador no concede esa capacidad, que está indisolublemente asociada a un razonable grado de madurez física y mental. Está obligado a reconocerla. Aquéllos que afirmamos la existencia de un Derecho natural, consideramos a la

capacidad del hombre, ya sea de derecho o de hecho, como un Derecho natural <sup>39</sup>. Sin embargo, lo que sí puede el legislador es determinar en qué momento de la vida el hombre alcanza dicho razonable grado de madurez física y mental y, por ende, adquiere la capacidad de hecho o de obrar. A tal fin, atiende a la conformación y a las características culturales, psicológicas, médicas, familiares, etc. de su comunidad y en función de ellas (dimensión sociológica) se inclina por la solución que cataloga como más justa (dimensión dikelógica). Vélez Sarsfield, al redactar el Código Civil, fijó el momento en los veintidós años. La reforma de este Código en 1968 (ley 17711) los redujo a veintiuno. Actualmente se encuentra a examen del Congreso un proyecto de ley que consagra la mayoría de edad a los dieciocho años <sup>40</sup>.

Como se advierte, en materia de mayoría de edad el valor o principio (dimensión dikelógica) es: razonable grado de madurez física y mental. Lo que el legislador modifica, sin alterarlas, son las edades, con sustento en la realidad (cambios en la dimensión sociológica), lo que así queda consignado en la norma escrita (dimensión normológica).

El análisis que acabamos de realizar, respecto de las normas o reglas jurídicas que versan sobre la mayoría de edad y al que apelamos por ser muy ilustrativo, podemos extenderlo a todas las normas y reglas que integran un Derecho positivo.

### *1.2. Los valores-principios básicos o fundamentales. Los valores-principios dependientes*

Así como dentro del Derecho positivo las normas o reglas tienen distinto rango o jerarquía jurídica (la Constitución, los Tratados-Convenciones, la ley, el Decreto, la resolución, etc.), también los valores-principios que informan a esas normas o reglas revisten una importancia escalonada. En un extremo están los básicos o fundamentales de una comunidad (Estado nacional), que son constantes y altamente resistentes a su reemplazo, cuando no inmunes a los cambios sociales <sup>41</sup>. En el otro extremo están los valores-principios contingentes que, comúnmente, son producto de determinadas circunstancias sociales, cuya modificación determina su reemplazo por otros. Estos últimos valores-principios, al igual que los que están en el tramo intermedio, son dependientes

---

<sup>39</sup> v. HÉCTOR H. HERNÁNDEZ, *Sobre si hay un Derecho natural*, en LA LEY del 7 y 8 de mayo de 1986.

<sup>40</sup> Es un tema que sigue siendo objeto de un debate abierto. v. GUILLERMO A. BORDA, *La mayoría de edad a los dieciocho años*, en EL DERECHO del 5/X/92.

<sup>41</sup> Los cambios y modificaciones del Derecho positivo argentino, a través del tiempo, han sido innumerables. Sin embargo, la Primera Parte de la Constitución Nacional, que recoge los valores-principios básicos o fundamentales del pueblo argentino, se ha mantenido inamovible. Esta Parte, inclusive, no va a ser tocada por la reforma parcial de la Constitución Nacional, que prevé la ley 24309. Si bien el art. 14 de la Constitución Nacional dice que los derechos constitucionales se ejercen conforme con las leyes que reglamentan su ejercicio, lo cierto es que el art. 28 de la Ley Suprema nos brinda una clara toma de posición dikelógica al establecer que: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

de los valores-principios básicos o fundamentales, en los cuales deben encontrar legítima cobertura <sup>42</sup>.

Nada obsta a que existan, y de hecho es así, dos o más valores-principios dependientes que puedan encontrar legítima cobertura en un valor-principio básico o fundamental. vgr., el valor-principio que informa el derecho constitucional de ejercer el comercio (C.N., art. 14) puede aceptar normas o reglas tanto relativas a la instalación del valor-principio de un comercio exterior sin barreras aduaneras, como al establecimiento del valor-principio de un comercio exterior proteccionista. Y ello así, porque el valor-principio que informa al derecho constitucional de ejercer el comercio debe ser coordinado con el valor-principio de promover al bienestar general que consagra el preámbulo de la Constitución Nacional <sup>43</sup>. Otro ejemplo, el valor básico que tiene de por sí la vida humana se traduce en el derecho natural a la vida (v. Convención Americana sobre Derechos Humanos - ley 23054). La muerte es el fin de la vida física, disputándose la determinación de ese fin los principios intermedios de *muerte cerebral* y *muerte sanguínea*. Nuestro legislador se ha decidido por la primera y, consiguientemente, ha procedido a su reglamentación <sup>44</sup>.

Vale aquí reiterar lo que ya dijimos en la Sección Segunda, acap. 2.1. y 2.2. sobre *interpretación y aplicación del Derecho y fundamento de las decisiones (normas) individuales*.

Consecuencia de lo que decimos es que la perdurabilidad de la conciencia y del espíritu jurídico de una comunidad está dado por sus valores-principios jurídicos básicos o fundamentales, no obstante que las normas o reglas de su Derecho positivo, que son inmediata o mediatamente reglamentarias de dichos valores o principios, se modifiquen, sin alterarlos, al ritmo de los cambios sociales (v. Sección Segunda, acaps. 1.2./4.). Los valores-principios básicos o fundamentales son incanjeables. Los dependientes son válidamente canjeables.

### *1.3. Los valores-principios básicos o fundamentales del Derecho positivo propio y los de los Derechos positivos extranjeros*

Los valores-principios básicos o fundamentales, por ser constantes, se arraigan en la historia y sufren un largo proceso de maduración. Los esfuerzos que ha hecho el hombre para que les sean reconocidos pueden ser equiparados a los esfuerzos que ha hecho y sigue

---

<sup>42</sup> v. RISIERI FRONDIZI, *Qué son los valores*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México-Bs. As., 1962, p. 13 y ss.; SEBASTIÁN SOLER, *Los valores jurídicos*, separata de la Revista Jurídica de Córdoba, Año I, N<sup>o</sup> 2, Bs. As., 1948; MIGUEL REALE, *Fundamentos del Derecho*, Ed. Depalma, 2<sup>a</sup> ed., Bs. As., 1976, p. 248 y ss.

<sup>43</sup> vgr. el decreto 530/91 estableció la libertad cambiaria en materia de comercio exterior, derogando el anterior sistema de control de cambios, que se había estructurado a partir del decreto 2581/64. Usualmente, la reforma de las leyes conlleva una modificación o reemplazo de los valores-principios dependientes.

<sup>44</sup> Ley 24193, art. 23. v. SANTOS CIFUENTES, *Los trasplantes de órganos cadavéricos*, en EL DERECHO del 5/X/93.

haciendo para garantizarlos y defenderlos. Conquistar y garantizar-defender son las dos caras de una misma moneda <sup>45</sup>.

Nuestros valores-principios básicos o fundamentales están reconocidos en la Primera Parte de la Constitución Nacional. Tienen una larga prosapia, de la cual somos herederos, pero también denodados garantes y defensores. Además, respondiendo a las singularidades propias de los valores, no obstante ser básicos o fundamentales, hay una escala o rango jerárquico entre ellos <sup>46</sup>.

Estudiando y analizando nuestros valores-principios básicos o fundamentales, advertimos que no nos pertenecen en exclusividad. La experiencia jurídica que nos brinda la Historia, sumada a la interrelación y, más ahora, la interdependencia de los Estados nacionales, nos permite encontrar con un trazo grueso:

a — Estados nacionales extranjeros, cuyos valores-principios básicos o fundamentales, como los dependientes, guardan gran similitud con los nuestros (vgr. los países sudamericanos, España, Francia, Italia).

b — Estados nacionales extranjeros, cuyos valores-principios básicos o fundamentales guardan gran similitud con los nuestros, no así con sus valores-principios dependientes, donde la diferencia, por otra parte, no es irreconciliable (vgr. los países anglosajones).

c — Estados nacionales extranjeros, cuyos valores-principios básicos o fundamentales son irreconciliables con los nuestros (vgr. los ex-Estados nacionales comunistas).

d — Estados nacionales cuyos valores-principios básicos o fundamentales los sentimos y catalogamos como diferentes a los nuestros, ya que responden a un pasado y devenir histórico del cual no nos consideramos como inmediatos sucesores (vgr. los países musulmanes, la India).

## 2. LOS SISTEMAS JURÍDICOS

### 2.1. Su existencia

Las evidencias de que existen sistemas jurídicos, más o menos diferenciados, ha sido motivo de amplia preocupación entre los juristas. La bibliografía sobre ese particular es proficua, entre las cuales se destaca el libro de Rene David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (Derecho Comparado)*, Ed. Aguilar, traducción de la 2ª edición francesa por Pedro Bravo Gala <sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Dice Bidart Campos: “Muchas declaraciones medioevales, sobre todo inglesas, tenían un carácter tradicional, en el sentido de que en vez de innovar, buscaban sancionar conquistas anteriores, volver al pasado, dar forma permanente a usos y costumbres y tradiciones de su pueblo, confirmar el derecho frente al monarca que lo violaba” (*Derecho constitucional*, cit. t. II, p. 84); RUDOLF VON THERING, *La lucha por el Derecho*, Ed. Lacort, traducción de Leopoldo Arias, Bs. As., 1939.

<sup>46</sup> v. MIGUEL REALE, ob. y ps. citadas; MIGUEL EKMEKDJIAN, *Temas Constitucionales*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1987, Cap. I.

<sup>47</sup> Dice Sebastián Soler: “En Derecho, la fuerza ilativa de los principios es muy poderosa; por

La primera característica que aparece en el estudio de los sistemas jurídicos es que no se trata de analizar los valores-principios jurídicos básicos o fundamentales y dependientes de un determinado Derecho positivo, nacional o extranjero, sino de examinar qué de común tienen los Derechos positivos en cuanto a valores-principios básicos o fundamentales. En otras palabras, proceder a agrupar los Derechos positivos en sistemas, que pongan de relieve el *espíritu* que los une, lo cual permitirá la mejor comprensión de las normas o reglas que los componen. Así, cuando se encara el estudio de las normas y reglas de un Derecho positivo, sería mutilar su captación si se lo aísla o se ignora el sistema jurídico del cual forma parte.

La segunda característica está dada por la admisión de que no resulta dable realizar los agrupamientos de los sistemas con una precisión matemática. Los sistemas jurídicos son la resultante de los denominadores comunes que, en materia de valores-principios básicos o fundamentales, se encuentren en un conjunto de Derechos positivos. Pues bien, para el hallazgo de esos denominadores comunes, ¿cuál es el elemento que se tendrá como prioritario y que utilizaremos como punto de partida?: ¿la forma de gobierno?, ¿las fuentes formales o materiales?, ¿los órganos de creación de las fuentes?, ¿los métodos de interpretación?, ¿la gravitación del Derecho natural?, ¿la presencia de lo religioso? La elección de uno de estos elementos como punto de partida nos obliga, a posteriori, a la elección sucesiva de los otros elementos, a fin de pasar del mundo global del Derecho positivo a su clasificación en sistemas, subsistemas, grupos de los subsistemas, etc. Ello es así, porque no es posible determinar y clasificar los sistemas jurídicos en función de un solo elemento <sup>48</sup>.

Como bien enseña Goldschmidt, es “...una *famosissima questio*’ hallar el adecuado criterio de división. Desde luego, urge rechazar toda agrupación de derechos que vincula una especie de derecho a un pueblo determinado” <sup>49</sup>.

## 2.2. Limitación del estudio de los sistemas jurídicos contemporáneos

No exploraremos el estudio de los sistemas jurídicos a través de la Historia. Nuestra ciencia, el Derecho Comparado, circunscribe su OBJETO a los Derechos vigentes. Por lo tanto, nos interesan los sistemas jurídicos también vigentes (contemporáneos). Ello sin perjuicio de que sus existencias actuales tengan un largo camino recorrido, el cual debemos, indefectiblemente, tomar en consideración. Para saber lo que somos, debemos saber lo que fuimos.

---

eso, el obstinado rigor de Leonardo constituye una exigencia contenida en el objeto que manejamos: los principios jurídicos están dotados de una compulsión intelectual y lógica a la que el jurista debe rendirse, si no quiere ser infiel a su misión (*Interpretación...*, cit., p. 1).

<sup>48</sup> Comenta René David: “Sería inútil intentar manejar un criterio único a fin de identificar la existencia de familias jurídicas (ob. cit., p. 12). v. FELIPE DE SOLA CAÑIZARES, *Iniciación al Derecho Comparado*, Barcelona, 1954, Instituto de Derecho Comparado, p. 170 y ss.; José CASTÁN TOBEÑAS, *Los sistemas jurídicos contemporáneos*, Ed. Reus, 2ª ed., Madrid, 1957. *La alonomología...*, cit., p. 146.

### 2.3. Determinación y clasificación de los sistemas jurídicos contemporáneos

Reiteramos una vez más que la determinación y clasificación de los sistemas jurídicos contemporáneos que vamos a intentar no tiene una precisión matemática. Asimismo, que los elementos clasificatorios que en forma sucesiva vamos a utilizar han sido seleccionados con una finalidad didáctica, más que científica.

#### 2.3.1. El elemento religioso

Pensamos que la clasificación inicial debe estar presidida por la presencia o ausencia-negación de lo religioso en los distintos sistemas jurídicos contemporáneos.

El elemento religioso nos permite detectar Derechos positivos, que aceptan y consagran su presencia, al lado de otros que la niegan o la repudian. Gran parte de los Derechos positivos se enrolan en la primera corriente. Los Derechos positivos que responden a la filosofía marxista se alistan en la segunda corriente. Aunque esta última corriente está actualmente en retirada, su estudio no sólo resulta conveniente, como contrafigura de la primera corriente, sino además porque esa *utopía trágica*, como la calificó el Papa Juan Pablo II, puede intentar su retorno con otras estrategias distintas a las leninistas <sup>50</sup>.

Los Derechos positivos que aceptan y consagran la presencia del elemento religioso lo hacen de manera diferente.

Están aquellos Derechos positivos que unifican o identifican el elemento religioso, esto es, su creencia religiosa con su Derecho. La norma o regla religiosa y la norma o regla jurídica son la misma cosa. Son los denominados Derechos religiosos, entre los cuales se destaca el Derecho de los países islámicos <sup>51</sup>.

En el otro campo, están aquellos Derechos positivos respecto de los cuales el elemento religioso (las creencias religiosas) opera, en mayor o menor medida, como inspirado de sus valores-principios básicos y también como crítico de sus normas y reglas jurídicas, aunque sin confundirse con ellas. Al César lo que es del César, y a Dios lo que es de Dios, dijo Jesucristo. En este campo encontramos, en primer término, a los Derechos positivos occidentales. Nuestra Constitución, en su preámbulo, consigna "...invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina".

Hay Derechos positivos, como el de la República de China, que son tan difíciles de

---

<sup>50</sup> V. HANS Kelsen, *Teoría comunista del Derecho y del Estado*, Ed. Emecé, traducción de Alfredo Weiss, Bs. As., 1957; HAROLD HERMAN, *La Justicia en la URSS*, Ed. Ariel, Barcelona. En cuanto al cambio de estrategias, v. MIJAIL GORBACHOV, *Perestroika*, Ed. Emecé, Bs. As., 1992. La permanencia de Marx, como *fantasma* para el neocapitalismo es el tema que desarrolla Jacques Derrida en su libro *Spectre de Marx*.

<sup>51</sup> V. TERESA M. ESTÉVEZ BRASA, *El Derecho Civil Musulmán*, Ed. Depalma, Bs. As., 1981; DANIEL PIPES, *El Islam*, Ed. Espasa-Calpe, traducción de Blanca Sagarra y Ramón Palencia.

clasificar –ya que no obstante inspirarse en el marxismo, no se desentiende de las enseñanzas de Buda y de Confucio– que sus seguidores no son unánimes, en cuanto a su catalogación como religiosas o filosóficas <sup>52</sup>.

### 2.3.2. El elemento “*órgano de creación del Derecho positivo*”

Para los sistemas jurídicos religiosos, el *órgano de creación del Derecho positivo* es la Divinidad.

El elemento *órgano de creación del Derecho positivo* adquiere una gran importancia para aquellos Derechos positivos que, si bien aceptan y consagran la presencia del elemento religioso, no lo identifican con sus normas o reglas positivas.

Una vertiente de estos últimos Derechos positivos visualiza al *órgano creador* con la figura del legislador, quien expresa su voluntad *creadora* a través de la ley escrita (fuente formal). (Derechos positivos de origen continental europeo, de tradición romanista, al que nuestro país se afilia) <sup>53</sup>.

La otra vertiente considera que el *órgano de creación* es la sociedad toda, que concreta el Derecho en forma espontánea y lo va revalidando históricamente. La costumbre es entonces la que impone su reinado jurídico (fuente material) (Derechos positivos de origen anglosajón) <sup>54</sup>.

El elemento *órgano de creación del Derecho positivo* también nos conduce, en forma derivada, a los elementos clasificatorios *fuentes del derecho* (dogma, ley escrita, costumbre) y *métodos de interpretación*. No es lo mismo interpretar el dogma, la ley escrita y la costumbre <sup>55</sup>.

### 2.4. Síntesis de lo expresado en el acápite anterior

De lo expuesto precedentemente, podemos señalar que la mayoría de los Derechos positivos vigentes pueden ser agrupados en los grandes sistemas jurídicos siguientes:

a — Sistema continental europeo, de origen romanista.

---

<sup>52</sup> v. RENÉ DAVID, ob. cit., p. 407 y ss. No son actualmente sistemas jurídicos estáticos, sino permeables respecto de otros sistemas, aunque condicionados por una mecánica propia, donde tiene mucho peso el elemento ancestral.

<sup>53</sup> v. RENÉ DAVID, ob. cit., p. 24 y ss.

<sup>54</sup> v. JULIO CUETO RÚA, *El common law*, Ed. La Ley, Bs. As., 1957; W. VON RAUCHHAUPT, *Correlaciones en el desarrollo de los derechos de Europa y América*, en JURISPRUDENCIA ARGENTINA, t. 27 - Sec. doctrinaria, p. 36 y ss.

<sup>55</sup> En el Derecho musulmán, como una especie de justicia carismática, adquiere particular importancia el *Ijma*, elaborado por los hombres sabios —juristas teólogos— que han ido interpretando el libro sagrado, El Corán, logrando el consenso de la comunidad. Se basa en la expresión del profeta Mahoma: “Mi pueblo jamás podrá ser unánime en el error”. v. además Sección Segunda, acáps. 2.1. y 2.2.

b — Sistema anglosajón.

c — Sistemas religiosos.

d — Sistema marxista (lo mantenemos en función de lo que expresamos más arriba).

Al lado de los señalados sistemas, existen Derechos positivos que son de dificultosa clasificación, como los de China y Japón, toda vez que el punto de partida nos muestra un entrecruzamiento de elementos religiosos y de elementos filosóficos religiosos, de difícil distinción. Además, como en el caso de China, una fuerte tradición se acumula con los principios del sistema marxista, actualmente en retirada. Respecto de Japón, también su poderosa tradición ha entrado en convivencia con los sistemas occidentales, particularmente el anglosajón.

### 3. REFLEXIONES SOBRE LA DETERMINACIÓN Y CLASIFICACIÓN PROPUESTA, DE LOS GRANDES SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS

a — La determinación y clasificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos que hemos propuesto no excluye que los mismos puedan ser objeto de subclasificaciones, en virtud de otros elementos diferenciadores, vgr. el subsistema americano dentro del sistema continental europeo <sup>56</sup>, o el subsistema estadounidense dentro del sistema anglosajón <sup>57</sup>.

b — Los sistemas jurídicos no son cerrados y herméticos. Son permeables a recibir algunas características propias de los otros sistemas, máxime en esta época de gran interrelación e interdependencia de los países. vgr., los Derechos positivos del sistema continental han entronizado el valor de la Jurisprudencia, tan típica del sistema anglosajón<sup>58</sup>; los Derechos positivos del sistema anglosajón acuden cada vez con más frecuencia a la ley escrita (fuente formal) <sup>59</sup>.

c — El estudio pormenorizado de cada gran sistema jurídico, amén de su conocimiento en profundidad, nos demuestra que la interpretación de valores-principios básicos o fundamentales que lo conforman, por los juristas que los viven o lo practican no cuenta con una opinión unánime y pacífica <sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> v. ENRIQUE R. AFTALIÓN, *Tendencias contemporáneas de los sistemas jurídicos Latinoamericano y Norteamericano*, en LA LEY, t. 81, p. 702 y ss.

<sup>57</sup> v. SCHWARTZ, BERNARD, *Algunos artífices del Derecho Norteamericano*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1989.

<sup>58</sup> v. ALBERTO G. SPOTA, *El Juez, el abogado y la formación del derecho a través de la jurisprudencia*, Ed. Depalma, Bs. As., 1963; AFTALIÓN Y VILANOVA, *La jurisprudencia...*, cit.

<sup>59</sup> v. EDMUNDO S. HENDLER, *El derecho penal en los Estados Unidos*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México.

<sup>60</sup> Vgr.: I) en el sistema anglosajón: las corrientes doctrinarias se deslizan entre los que sostienen que el juez sólo *descubre* la costumbre, y los que preconizan la función del juez como el creador del derecho. Igualmente, aun cuando aceptan y admiten la existencia de fuentes formales (ley escrita: *statutes*), hay quienes afirman que el derecho escrito no es derecho, hasta no ser interpretado por una Corte. v. BENJAMÍN CARDOZO, *The nature of the Judicial Process*, Yale University Press, 1921; RASCOE POUND, *Las grandes tendencias del*

d — Hasta no hace mucho, el estudio se centraba en aquel sistema con el cual se convivía cotidianamente. Hoy, ese estudio debe extenderse a todos los sistemas, ya que esa convivencia se ha ampliado, con particular referencia a la elaboración de normas o reglas uniformes <sup>61</sup>.

---

*pensamiento jurídico*, Ed. Ariel, Barcelona, traducción de José Puig Brutau, 1950; JEROME FRANK, *Derecho e incertidumbre*, Ed. Centro Editor de América Latina, Bs. As., traducción de Carlos M. Bidegain, 1968; y II) en el sistema continental: la sacralización de la ley escrita alcanzó su pico con el Código Civil sancionado en pleno apogeo de Napoleón, ya que *l'athmosphère mystique* le dio marco a esa codificación francesa. En la actualidad, la ley escrita sigue siendo el eje del Derecho positivo, pero ha perdido ese endiosamiento que la equiparaba a una ley de la naturaleza (ley físico-matemática). La jurisprudencia ha motorizado su crecimiento progresivo.

<sup>61</sup> v. Sección Tercera, acáp. 3.



# POLITICA CRIMINAL Y DELINCUENCIA DE MENORES (Análisis desde una perspectiva socio-educativa)

GUILLERMO JORGE YACOBUCCI \*

## 1. EL PLANTEO DE LA CUESTIÓN

La convivencia no se constituye por la sola proximidad material de unos con otros, ni nace de una amalgama de sujetos indiferenciados que se suman envueltos en un espacio físico. Dice Aristóteles, en el inicio de la *Política*, que el hombre es una animal social y político por naturaleza, sólo una bestia o un dios pueden desenvolverse prescindiendo de la relación con los otros <sup>1</sup>. Esto significa, de acuerdo con los principios de su filosofía social, que el ser humano reclama la convivencia para alcanzar un desarrollo en plenitud y perfección.

Para convivir en consecuencia, es necesario formar un ámbito de intercambio. Explica Alfonso López Quintas que para subsistir biológicamente y desarrollar su personalidad de modo cabal, el hombre debe vivir culturalmente, cofundar entidades que lo vinculen a lo real con unidad de integración. Vista radicalmente, la vida cultural es *constitutiva* y *configurativa* de la personalidad del hombre <sup>2</sup>.

Por eso, la convivencia, sobre todo la surgida a través de la inserción del sujeto en las instancias sociales más primarias y naturales, como son la familia y el entorno grupal determinado por el arraigo geográfico o local, suponen una influencia educativa, normativa de enorme impacto en la existencia personal. La intimidad e inmediatez en que se vive en estos ámbitos operan de manera determinante en los procesos constitutivos de la psicología evolutiva.

El ámbito se conforma siempre mediante un marco de referencia que tiene por núcleo un determinado universo de valores. Estos resultan en principio externos al sujeto pero, en el transcurso de su intercambio vital (afectivo e intelectual), los irá asumiendo o rechazando de manera diversa, según distintos parámetros de bondad, placer y utilidad. En ese proceso de índole social a la vez que educativo tienen lugar por lo tanto reacciones o comportamien-

---

\* Prof. Derecho Penal (Universidad Católica Argentina), Juez de Cámara (Tribunal Oral en lo Criminal).

<sup>1</sup> ARISTÓTELES, *Política*. Libro I, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, ed. bilingüe, Julián Marías.

<sup>2</sup> ALFONSO LÓPEZ QUINTAS, discurso de recepción como miembro de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, *Las experiencias de vértigo y la subversión de valores*, Madrid, 1986.

tos de mayor o menor aceptación o ruptura, cuya intensidad provoca diferentes respuestas del medio.

Desde los primeros instantes, la persona depende de otros, tanto en sentido meramente biológico, de sustentación material y crianza, cuanto en una línea de desarrollo total y por ello netamente humana, eso es, racional y en consecuencia libre y moral. El hombre necesita de los otros no sólo para subsistir sino para vivir, en definitiva, como persona.

En las tendencias a participar en la vida del prójimo, dice Philip Lersch, se advierte el impulso creador, el deseo de saber, el amor y las disposiciones normativas que desbordan la simple decisión personal <sup>3</sup>.

En la persona pueden descubrirse, según este psicólogo, dos perspectivas relacionales. A través de una de ellas, que denomina tendencia del “estar-con-otro”, se desenvuelve el deseo de no estar solo, la necesidad de asociarse y estar en comunicación con los demás. Sin embargo, no es ésta la única dirección de tipo comunicativa que surge del sustrato vital de la persona. Existe una segunda tendencia, que Lersch caracteriza como un “ser-para-el otro”, donde aparecen los vínculos comunitarios más fuertes y relevantes que son los de responsabilidad, respeto, ayuda, servicio y búsqueda en común de objetivos impregnados por los mismos valores.

En esta línea, se incluyen los ámbitos más importantes para el ser humano y a la vez más conflictivos, pues en ellos se muestra de manera significativa la influencia del medio en los marcos normativos y las motivaciones que han de guiar a la persona. A través de esta tendencia aparece la integración familiar y grupal, así como la inserción en la sociedad concreta en donde ha surgido el individuo.

Por eso, el tiempo no sólo enseña a la persona que no es un átomo, sino además que la vida en común necesita, reclama y aun impone un sentido moral emergente de afectos y normas, que se transmiten en primer lugar a través del proceso educativo considerado en un sentido amplio. Esto es, como un intercambio con la realidad que aporta elementos configuradores de la personalidad.

La posibilidad de conflicto está siempre latente durante ese proceso pero, en particular, durante aquella etapa de la vida en la que el sujeto se muestra más abierto y receptivo, que es la de la infancia y juventud.

Por regla general, en ningún otro momento de la vida la persona es tan sensible e incluso vulnerable al medio que lo rodea. Si ello es así dentro de un desarrollo normal de la existencia, mucho más cuando convergen circunstancias conflictivas adicionales, como son las surgidas del desarraigo o las disfunciones económico-sociales. A consecuencia de eso, desde un comienzo el investigador advierte la existencia de una relación *fuerte* entre el entorno socio-educativo y los fenómenos de las llamadas *delincuencia de menores* y *delincuencia juvenil*.

Conviene aquí indicar que, para distinguir una de otra, puede recurrirse a perspectivas

---

<sup>3</sup> PHILLIPP LERSCH, *La estructura de la personalidad*, Ed. Scientia, Barcelona, 1974, pág. 170.

de índole biológica, psicológica, moral o jurídica. Esta última presupone materialmente las anteriores y es la que puede tomarse como dato formal-objetivo para delimitar ambas esferas de delincuencia.

En tal sentido y de acuerdo a nuestra legislación sobre minoridad, puede llamarse delincuencia de menores o infantil a los comportamientos penales exteriorizados por sujetos de hasta quince años de edad. Hasta ese límite, el autor es considerado por la ley inimputable y ninguna reacción de tipo punitivo le puede ser aplicada. Entre los dieciséis y diecisiete años, el sujeto de caracteres adolescentes puede responder a medidas tutelares-punitivas de carácter condicional cuando cometa cierto tipo de delito, esto es, sujetas a prueba de comportamientos futuros. Finalmente, entre los dieciocho y los veintiún años, el joven queda vinculado a medidas sancionadoras similares a las de los adultos, pero cuya ejecución debiera cumplir en un ámbito y según un desarrollo especial, diverso al de aquéllos.

Sin embargo, en el pensamiento social, dice Horst Schüler Springorum en coincidencia con Postman, el concepto de *infancia* no tiene más de cuatrocientos años y la idea del *menor*, como concepto jurídico delimitado frente al adulto, aparece recién en el siglo pasado con la ejecución penal. De allí que a su criterio la figura del *menor* constituye un hallazgo de occidente aunque no necesariamente vinculado con la revolución industrial. Por eso, entiende las dificultades que existen para que ese concepto se integre funcionalmente en países como Egipto o China Popular <sup>4</sup>.

Desde una perspectiva crítica, Philippe Aries sostiene que la infancia no constituye una categoría de carácter ontológico, como indicamos nosotros, pues a su criterio está vinculada con un complejo proceso de construcción social que se sitúa en el siglo XVI. Con ese criterio criminológico, la idea de *minoridad* en la faz penal estaría relacionada con la elaboración de mecanismos *punitivos-asistenciales* que, al decir de García Méndez y Carranza, en realidad la *inventan* <sup>5</sup>.

Estas opiniones muestran, más allá del punto de partida dialéctico de las últimas, el serio conflicto que envuelve toda reflexión sobre el problema penal de los menores y jóvenes y la íntima relación que guarda con el modo en que éstos se relacionan con el medio.

En este aspecto, la problemática que denominamos socio-educativa aparece como un factor específico a considerar en la interpretación de la cuestión penal de la minoridad, que incluye para nuestro trabajo tanto la infancia como la juventud. Esta cuestión abarca en ambos casos los siguientes puntos relevantes:

1) La afirmación de que solamente aquellas conductas que alcancen la categoría de delito pueden incluirse dentro del concepto de *delincuencia de menores y juvenil*.

2) Consecuente con ello, la desvinculación de ese concepto, de los comportamientos ajenos a los tipos penales, aunque indicativos de inadaptación social.

---

<sup>4</sup> HORST SCHÜLER-SPRINGORUM, *Cuestiones Básicas y Estratégicas de la Política Criminal*, Ed. Depalma, Bs. As., 1989, pág. 77.

<sup>5</sup> EMILIO GARCÍA MÉNDEZ Y ELÍAS CARRANZA, *El derecho de menores como derecho mayor*, en *La condición jurídica de la infancia en América Latina*, UNESCO, Ed. Galerna, Bs. As., 1992, pág. 10. Ver igualmente HORST SCHÜLER-SPRINGORUM, op. cit., pág. 79.

3) Supuesta esa distinción, la determinación de los modos procedimentales diversos con que han de enfrentarse esas conductas diferentes.

4) Esto exige discernir el tipo de respuesta asistencia, tutelar, educativa, terapéutica o represiva para esos comportamientos.

5) Por último, habrá de buscarse la forma de afrontar aquellas situaciones que hoy se incluyen dentro de la noción de *delincuencia* y que, apartadas de la misma, muestran la existencia en realidad de graves situaciones de disfuncionalidad social.

Por eso, no debe extrañar que bajo la problemática criminológica de la delincuencia de menores aparezcan análisis de cuestiones relacionadas con la victimología. En verdad, la experiencia muestra que en un aspecto significativo de este problema, el menor es muchas veces víctima antes que victimario.

## 2. ALGUNAS LÍNEAS DE ANÁLISIS PARA UNA POLÍTICA CRIMINAL ADECUADA

La introducción al estudio de la cuestiones penales de la minoridad no puede, por los planteos antes expuestos, prescindir de la educación entendida como proceso social configurador de la personalidad humana. A partir de lo dicho, es imposible *en primer lugar*, hablar de delincuencia de menores sin considerar el entorno de la persona. No se trata de adoptar una perspectiva meramente sociológica, que suprima en abstracto y por principio la libertad de elección y consecuente responsabilidad del sujeto activo. Por el contrario, se busca situarlo adecuadamente y analizar allí los motivos de la decisión y la extensión de libertad efectiva que tuvo al momento del ilícito. Se trata, en definitiva, de evaluar el grado de responsabilidad de menores y jóvenes.

Si todo hombre es un itinerante, siempre en interacción con el marco normativo que lo rodea, cuanto más el niño o el joven, cuyo intercambio con el medio aparece como un movimiento esencialmente constituyente y configurante de su personalidad.

Frente a estos estadios de la vida humana, el análisis del medio con el cual se relaciona el sujeto debe formar parte de la evaluación, tanto en el nivel de la respuesta legislativa (tutelar o sancionadora), cuanto en el de la instancia jurisdiccional (asistencia, civil o penal). Los valores y normas de las que se habla en este punto no son entidades abstractas. Su realidad aparece en los diversos estratos de la convivencia, de allí que no pueda apelarse a una axiología atemporal, sino a los modos vitales en que se desenvuelven las familias, los grupos y el medio ambiente en general donde viven las personas.

En consecuencia, esto debe ser tenido en cuenta para encontrar una relación adecuada entre la defensa de los bienes jurídicamente protegidos y el sistema de respuesta a su afectación cuando provenga de individuos no adultos.

El niño y el joven son sujetos en apertura profunda frente a todo lo que los rodea y, en esas etapas, más que en ninguna otra, se asumen valores y objetivos que marcan aun inconscientemente el sentido del obrar.

Sin embargo, como ese marco de valores y objetivos es constituido en gran medida por

otros, ellos deberán brindar su respuesta personal signada por aceptación, rechazo, desarrollo o aun destrucción. Por eso, el ámbito en que esto ocurre es un campo eminentemente educativo, en el sentido más amplio del término, y atravesarlo resulta difícil, muchas veces traumático, dando lugar a crisis y rupturas.

Y aquí aparece *un segundo punto* de necesaria reflexión. Es imprescindible distinguir aquellos comportamientos vulgarmente denominados antisociales, inconformistas o contestatarios, de las conductas que constituyen delito penal estrictamente hablando. Confundir ambas realidades implica, entre otras muchas consecuencias, ampliar el campo represivo propio del derecho penal a una serie de comportamientos que, sin perjuicio de su valoración cultural, no afectan los bienes jurídicos penalmente protegidos.

Las nociones de inadaptación y desviación siempre han resultado complejas para poder distinguir las de la conducta penalmente reprochable que, muchas veces, no guarda relación alguna con aquellos estereotipos. Sin embargo, la distinción con el delito es imprescindible para asegurar la convivencia social y aun el mismo sistema penal con una base antropológica que reconozca la libertad y responsabilidad humana como presupuesto de la sanción. Recuerda Mireille Delmas-Marty el intento realizado en Italia sobre la base de un sistema de *defensa social* que suponía intercambiar responsabilidad y antisociabilidad, infracción por índice de antisociabilidad subjetiva, penas proporcionales al delito por las medidas de defensa social. No puede confundirse legítimamente al criminal con quien simplemente se desvía del contexto valorativo general o incluso con aquél que padezca problemas de adaptación al contexto normativo social. Al delito le corresponde una respuesta institucional diversa a la de quien es un inadaptado. Por eso, cuando en el mismo sujeto coincidan un aspecto y otro, será necesario que la sanción penal vaya acompañada, según el caso, por otra de específico carácter de readaptación (educativa o terapéutica)<sup>6</sup>.

En tal sentido, debe resguardarse la esfera de libertad que los individuos y los grupos sociales poseen para desenvolverse dentro de sus particularidades y sin la intromisión del poder jurisdiccional sancionador.

En relación con ello, surge *un tercer aspecto a considerar*, constituido por cuestiones donde se mezclan la situación de abandono, pobreza, explotación y marginalidad, con la existencia de verdaderos delitos. No es posible agrupar bajo un mismo sistema de respuesta social ambos grupos de problemas, mucho menos cuando en unos de ellos rigen criterios represivos que se manifiestan evidentemente inconvenientes para resolver aspectos relativos al abandono de la niñez. Incluso en nuestro país, como en buena parte de América Latina, se advierte la existencia de áreas de conflicto surgidas del trasplante de estereotipos culturales y formas de comportamiento propias de las naciones desarrolladas.

En sentido semejante, es igualmente negativo enfrentar la delincuencia juvenil desde una respuesta donde se diluyan o mediaticen los derechos y garantías que gobiernan el proceso penal de los adultos. El carácter tutelar con que se define primordialmente la función de los tribunales de menores no puede suprimir las exigencias constitucionales de

---

<sup>6</sup> MIREILLE DELMAS-MARTY, *Les chemins de la repression*, Presses Universitaires de France, París, 1990, págs. 87 y 94.

toda actividad judicial. La Convención Internacional sobre los Derechos de Niño, que es ley de la Nación (23.849), en su artículo 40, inc. 2, b) indica que el niño debe gozar de la presunción de inocencia, será informado de los cargos que se le imputan y dispondrá de asistencia jurídica adecuada. La causa será dirimida por órgano judicial competente, en audiencia con asistencia del asesor jurídico, no será obligado a declarar en su contra y podrá asistir al interrogatorio de testigos. Tendrá igualmente recursos contra las sentencias y se respetará durante el proceso su vida privada.

Como se ve, las cuestiones que suscitan estos fenómenos no son pocas ni de fácil solución. Por el contrario, la experiencia parece mostrar la ineficacia de las respuestas institucionales encaradas desde los poderes públicos. Por eso resulta necesario reflexionar sobre el tema desde una perspectiva integral que incluya los puntos precedentemente mencionados.

### 3. UNA APROXIMACIÓN A LA CONDUCTA DE LOS MENORES CONSIDERADA ILÍCITA

#### 3.1. *Ámbito familiar y delincuencia*

Como quedó dicho más arriba, el ámbito familiar es el primer marco de inserción social y educación integral de la persona humana. Allí, a partir de los afectos, comienza su relación con la realidad y a través de ello el proceso educativo. En principio éste será informal, si se lo compara con la instrucción institucionalizada que le seguirá años después, pero ésta nunca desplazará a la labor naturalmente continua que se produce dentro del entorno familiar.

El VI Congreso Mundial de Naciones Unidas sobre *Prevención del delito y tratamiento de la delincuencia* consideró, al llegar a los problemas juveniles, que la unidad familiar es el instrumento de control social y adaptación más eficaz para ellos. Así, puede estimarse que no es posible analizar la delincuencia juvenil y su tratamiento sin considerar a la vez la situación que atraviesa su marco social más inmediato.

En efecto, Ricardo Levene (h.) explica siguiendo en esto las conclusiones del Congreso Panamericano de Criminología —Buenos Aires, 1979— que la familia puede constituirse en un factor crimógeno específico para el niño, pero que, a la hora de buscar soluciones, será fundamental contar con ese grupo <sup>7</sup>.

Se sostuvo en ese Congreso que en 96% de los menores considerados se hallaron fallas en su seno familiar, padres separados, núcleo desintegrado, padres desconocidos, alcohólicos o delincuentes, madres fuera de la casa, tensiones de pobreza y enfrentamiento con los valores circundantes.

Dice López Quintas que el *protoámbito*, el ámbito primero y primario de la vida humana, es el ámbito *diatrófico o tutelar* que debe formarse entre la madre y el niño recién nacido, si éste ha de desarrollarse normalmente <sup>8</sup>. Siguiendo esa línea, aparece el hogar en

---

<sup>7</sup> RICARDO LEVENE (H.), *Familia y Delito*, LA LEY, t. 1991-D, pág. 946.

<sup>8</sup> ALFONSO LÓPEZ QUINTAS, op. cit., pág. 25.

toda su integridad, que no es la de un espacio físico, sino la de un ámbito relacional interactivo. Un campo de posibilidades que se abre sin delimitación precisa, porque no es material, sino diálogo y apropiación de valores. Se trata de un espacio vital, de iniciativa, biológico, afectivo, estético, creador y, primordialmente, ético.

Y ello se entiende porque los aspectos objetivos y subjetivos de las normas morales reciben su concreción a través del medio familiar (Messner). Los valores no están en el hombre de forma innata ni son aprendidos abstractamente. Se integran en las circunstancias y, de todas ellas, los aspectos de la relación hogareña funcionan como factores condicionantes de los afectos, el conocimiento y la voluntad de realización.

Una muestra de lo dicho la ofrece el trabajo de investigación sobre abandono de menores realizado pocos años atrás en Córdoba por Nidia Elinor Bisig y María Inés Laje. En el análisis surgió que, a pesar de que un 43% poseía un potencial intelectual normal, manifestaban un rendimiento pobre debido quizás a alteraciones emocionales y falta de estímulo, mientras un 52% presentaban retardo madurativo y el 62% atraso psicomotriz. Según los informes el 52% tenía serios problemas de conducta, rasgos neuróticos como impulsividad, agresividad encubierta e inestabilidad emotiva. Estos aspectos eran, a entender de los especialistas, fruto de castigos corporales, carencia afectiva, falta de atención materna y familiar y repetidos abandonos <sup>9</sup>.

Por otra parte, la respuesta institucional muchas veces opera selectivamente según el marco familiar del que depende el menor o el joven. Así, la familia pobre o marginal no es apta para eludir o manipular los esquemas represivos a los que se enfrenta alguno de sus integrantes. Estos se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad que la de aquellos miembros emergentes de una familia de clase media o alta, generalmente alejados de los circuitos donde se ejercitan habitualmente los sistemas de control más afflictivos.

Ahora bien, el ámbito familiar posee, desde una perspectiva criminológica, *tres dimensiones* que deben tenerse en cuenta. En *la primera* se incluyen todas las disfunciones que lo pueden afectar y lo inutilizan como campo propicio de desarrollo para el niño y el joven. En este caso deben incluirse la desaparición de los padres, la falta de alguno de ellos, la inestabilidad de los vínculos, la falta de integración entre sus miembros, etc.

*La segunda* dimensión está dada por el hecho de que el hogar pueda convertirse en el ámbito donde se lleven a cabo los delitos, es lo que el grupo interdisciplinario de Mariano Castex definió como delitos intrafamiliares, es decir, aquéllos donde los sujetos activos y pasivos del delito son miembros del grupo familiar. Aquí predominan las conductas que lesionan la integridad física, la vida misma, la libertad, desarrollo y normalidad sexual de sus miembros.

*Finalmente*, las fallas de las instituciones públicas en prevenir, reeducar y reinserter al menor con problemas en una vida social dentro de los cánones tenidos por aceptables o normales ha determinado la nueva valorización del núcleo familiar como campo insustituible en su eficacia para reordenar la vida de los menores y jóvenes en general.

---

<sup>9</sup> NIDIA ELINOR BISIG Y MARÍA INÉS LAJE, *Abandono de Menores (un enfoque jurídico-sociológico)*, Ed. Lerner, Córdoba, 1989, págs. 46-47.

### 3.2. Las disfunciones familiares y los problemas penales de la minoridad

Esta triple dimensión que en modo alguno resta importancia a los otros ámbitos educativos de la vida social vinculados con el comportamiento juvenil es un punto donde conviene detenerse.

En efecto, cuando se habla de la etiología del delito juvenil no puede abstraerse el marco hogareño en que se fueron delimitando y encausando los afectos y la voluntad del sujeto activo que, aunque más o menos libre en su determinación según su edad psicológica o jurídica, ha sido motivado por ese marco. Ello es una constante criminológica, adecuadamente demostrada en este siglo y que por lo tanto condiciona toda respuesta sancionadora a la aplicación previa de medidas asistenciales y terapéuticas.

Así, en base a estadísticas de los años treinta, puede decirse que cerca de un 30% de los menores delinquentes en general poseían progenitores con antecedentes de alcoholismo y, en el 60% de los casos, faltaba la madre o el padre o ambos.

Estos números hicieron decir a Carlos De Arenaza, uno de los primeros argentinos interesados en el tema, que la situación de la minoridad dependía de la destrucción o desorganización del hogar, que ha llevado en la industrialización económica al abandono de los niños, a su descuido en la salud y la educación, exponiéndolos a la influencia perjudicial e incontrolada del medio ambiente.

La evolución que ha sufrido el mundo en las últimas centurias, decía Arenaza en 1923, ha destruido el hogar, en la ciudad moderna el hogar no existe, pues ha sido deshecho por la industrialización, que ha sacado al niño del hogar, ha impuesto el trabajo a la mujer provocando el abandono de los hijos, ha autorizado el trabajo desprotegido de éstos en talleres y fábricas y descuidado la educación e instrucción. Ello además se agudizó con el problema de la vivienda, provocando el agrupamiento de personas en cuartuchos miserables y facilitando la promiscuidad y el deterioro moral.

Trasladado el muestreo a nuestro tiempo, se puede advertir que el abandono es una de las principales causas de ingresos de menores en los institutos de tratamiento. Así, durante la década de los años 74-84 se verificó un promedio que rondaba el 40%, disminuyendo a un 26% en los años posteriores.

Por conductas antisociales se agrupó prácticamente el resto del porcentaje de internación, pues se trataba de un 40% para el primer período mencionado y de un 57% a partir de 1982. Esto ofrece justamente un aspecto que debe ser considerado y del que nos ocuparemos más adelante. Si se analizan los números se verá que un alto porcentaje de los menores sometidos a tratamiento no lo son realmente por delitos cometidos sino por situaciones sociales de peligrosidad y abandono.

Por eso, la Organización Mundial de la Salud ha señalado que un niño privado de los cuidados maternos sufre en su desarrollo retardo físico, intelectual y social, que lo pueden llevar a afecciones físicas y mentales. La falta de asistencia materno-familiar provoca en los niños pequeños daños graves y duraderos que modifican su carácter y perturban su vida futura (Cfr. Naciones Unidas, *Niños privados de un medio familiar normal*, Ed. Humanitas).

A pesar del grave problema de la droga, si el análisis se lleva al interior del universo de menores imputados por algún delito, se verifica que en un 35% se trata de ataques a la propiedad, es decir, robos y hurtos.

De todos modos, y en consonancia con lo dicho más arriba, aparece que un 65% de los menores denominados delincuentes en realidad están internados por contravenciones, esto es, vagancia y mendicidad. En definitiva y tal como luego se verá, del conjunto criminológico de los internos existe un porcentaje superior al 50% constituido por sujetos relacionados con conductas emergentes del abandono y que se concretan en oficios callejeros y mendicidad <sup>10</sup>.

En cuanto al problema específico de la droga, los informes del CENARESO señalan que las toxicomanías criminalizadas muestran la influencia de desequilibrios entre afecto y disciplina, presencia de poder en el rol materno sobre una actividad inexistente del padre, desdibujada o desvalorizada y un grado importante de patología intrafamiliar, signada por la falta de comunicación e interés mutuo.

En consecuencia las disfuncionalidades familiares (inestabilidad de las uniones, ausencia del padre, falta de cuidados maternos, promiscuidad, problemas laborales y económicos) producen un déficit en la normal inserción del menor y el joven en el ámbito social. Todo lo dicho, sin embargo, habrá de evaluarse en el contexto de los problemas de marginalidad social que afectan a grupos familiares, cuya desorganización parece en ocasiones un modo de adaptación al desarraigo, el trabajo de tipo golondrina y la falta de asistencia institucional <sup>11</sup>.

### 3.3. *El delito intrafamiliar*

Un aspecto aparte, como se adelantó, es el del menor víctima de su propio ámbito familiar. El Dr. Mariano Castex junto con un equipo interdisciplinario estudió el fenómeno donde sujeto activo y pasivo de los delitos eran integrantes del núcleo familiar. A esa problemática la denominó *injusto intrafamiliar* y no delito, pues ponía en duda la efectiva culpabilidad de los sujetos activos de los hechos <sup>12</sup>.

Lo primero que impresiona de esa investigación, así como de las llevadas a cabo por Elías Neuman o H. Marchiori, es que la mayoría de esos delitos no llegan a los estrados judiciales, es decir, componen la llamada cifra negra. Los delitos de los que se habla son en su mayoría maltratos, violación, incesto, homicidio, lesiones e intoxicación alcohólica.

Dice Marchiori que existen niños que desde sus primeros meses de vida son víctimas de maltrato, torturas y castigo, generalmente ocasionados por padres o familiares. Niños

---

<sup>10</sup> Ver al respecto la investigación de Lucila Larrandart y sus cuadros estadísticos, *Desarrollo de los Tribunales de Menores en la Argentina, 1920-1983*, en *La Condición Jurídica de la Infancia en América Latina*, UNESCO, Ed. Galerna, Bs. As., págs. 21 y ss.

<sup>11</sup> Una opinión similar es expuesta por las investigadoras en el informe citado en la nota 9.

<sup>12</sup> MARIANO CASTEX, *El injusto penal intrafamiliar*, Anales de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, Tomo XXI-año 1987, Buenos Aires, 1989.

abandonados y menores drogadictos que llegan a esa situación por la carencia de cuidados maternos y de patología en el núcleo familiar. Pero también se verifican menores explotados por sus padres en el plano laboral, que son estimulados a robar para asistir económicamente a la familia.

En los casos de homicidios, la investigadora ha encontrado identificación emocional, con relación sado-masoquista con el autor. Los celos en la pareja llevan a la autodestrucción y la ingesta de alcohol es el desinhibidor generalmente de la agresión.

Cuando se busca explicar por qué un alto número de esos hechos no llega a la instancia jurisdiccional, la respuesta según Newman encuentra fundamento, por ejemplo, en el miedo de la víctima hacia el autor del hecho, la minimización del suceso, el temor a perjudicar a otro integrante de la familia, sentimiento de culpa en la propia víctima y presión familiar.

Vale la pena señalar que la encuesta realizada por la Dra. A. M. Cabanillas entre mujeres detenidas en la Unidad Penitenciaria Nº 3 arrojó como resultado que el 43% estaba vinculada a procesos donde el delito investigado se relacionaba con un miembro del grupo familiar<sup>13</sup>.

Otro dato significativo es el que aportó una encuesta de la World Psychiatric Association conocida en el simposio realizado en Copenhague en 1986. Allí se verificó sobre 416 mujeres estudiantes encuestadas con respecto a conductas sexuales que 117 de ellas reconocían abusos sexuales antes de los 17 años de edad y 92 antes de los 13 años. El 50% de esos casos implicaba a un miembro de la familia.

Como se advierte, criminológicamente los delitos de este tipo envuelven un aspecto a considerar en los planteos sobre el abandono y victimización de menores y jóvenes y un lugar especial cuando se trata del sexo femenino.

Por eso las Naciones Unidas han dicho en el documento por el Año Internacional de la Familia que ésta ofrece valiosos resortes para la prevención del crimen y la delincuencia. Un importante beneficio es la prevención de la violencia doméstica que incluye el abuso de la esposa, el abuso de los niños, el incesto y la delincuencia juvenil (ver punto Nº 29 del documento).

#### 4. OTROS FACTORES SOCIO-EDUCATIVOS CON INCIDENCIA CRIMINÓGENA

La escuela, la educación no formal —medios de comunicación y paradigmas sociales—, así como el arraigo e integración geográfico grupal, son tres factores que, junto con el familiar resultan factores primordiales para interpretar la delincuencia de menores y juvenil.

En el VI Congreso Mundial de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito —Venezuela, 1980— se advertía que las instituciones de enseñanza mostraban un déficit

---

<sup>13</sup> CABANILLAS A. M., *Evaluación sobre delitos donde actor y víctima pertenecen al mismo grupo familiar*, Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, Doc. Lab. Nº 6, 1986.

preocupante en cuanto a factores de socialización juvenil. En no pocos casos, por el contrario, representaban un factor criminogenético entre los jóvenes.

Emilio García Méndez y Elías Carranza señalan en un estudio practicado sobre la realidad latinoamericana que las diferencias que se establecen en el interior de la categoría *infancia* entre aquéllos que tienen acceso a la escuela y los otros son tan enormes que un concepto único no podría abarcarlos.

En tal sentido, su comprobación, por lo demás coincidente con parte de lo que se viene analizando, determinó que la clientela de los tribunales de menores pertenece en su mayoría a un sector social y económico específico. Su perfil, en un 75% de los casos, corresponde al de un adolescente de sexo masculino, con algo más de cuatro años de retraso escolar, residente en zonas marginales (villas miseria), que trabaja en actividades sin calificación laboral o se procura dinero mediante actividades ilícitas <sup>14</sup>.

## 5. ALTERNATIVAS Y RESPUESTAS

### 5.1. Menores y jóvenes en situación de peligro

Como se ha visto y comprobado, buena parte de los problemas relacionados con conductas que podríamos llamar *asociales* de menores y jóvenes no constituyen propiamente delito penal. Otro sector de comportamientos es abarcativo de situaciones de abandono y peligro, en las que se incluyen además hechos en donde los menores resultan víctimas. Frente a esos grupos de conductas la respuesta no puede ser nunca de índole represiva o penal sino que debe transitar exclusivamente la vía asistencial-educativa o terapéutica.

Esto supone que el menor no debe quedar sometido a una instancia judicial tan traumática como la de la justicia penal de menores. Otro ha de ser el ámbito en el que debe desenvolverse la tutela que, conviene decirlo desde ahora, sólo recurrirá a la *institucionalización* en casos extremos, pues la experiencia ha demostrado el sesgo estigmatizante que tiene para los individuos la internación de tipo tradicional.

Las respuestas a esas situaciones que se han extendido en las últimas décadas como consecuencia de los problemas económicos, el desarraigo, las transformaciones laborales y la inadecuada política educativa no pueden quedar en manos exclusivamente del aparato estatal. Es que, por muchas razones, la estructura burocrática y lo que Horst, Schüler-Springorum denomina *reacción simbólica* del estado frente al menor <sup>15</sup> quitan la eficacia requerida. Por un lado los modos de enfrentar esas situaciones reclaman una flexibilidad y movilidad de la que carecen por principio los funcionarios que componen una estructura de índole burocrática.

---

<sup>14</sup> *La Condición Jurídica de la Infancia*, UNESCO, Ed. Galerna, Buenos Aires, 1992.

<sup>15</sup> HORST SCHÜLER-SPRINGORUM, *Cuestiones Básicas y Estratégicas de la Política Criminal, Juventud, Criminalidad y Derecho*, Ed. Depalma, Bs. As., 1989.

Por otra parte, teniendo en cuenta que las situaciones de carencia social, victimización, abuso sexual, abandono, explotación de mendicidad o laboral, etc. que constituyen lo que a veces se denomina *situación irregular* o de *peligro*, surgen en gran medida de la falta de inserción socio-educativa —que vale la pena reiterar supone el universo afectivo-formativo del menor—, parece difícil que el aparato del Estado pueda cubrir ese vacío.

Es meramente ilusorio, dice Schüler-Springorum, opinar que justamente el Estado podría cubrir el papel de un reemplazo paterno, como fuese que se le quisiese representar. La simple atribución de un papel de este tipo no representa lo que los *padres* significan simbólicamente, esto es, una relación humana<sup>16</sup>. Por eso lo primero ha de ser verificar la situación familiar del menor y cuánto hay de influencia o responsabilidad en ese ámbito para los desajustes que padece, lo cual puede quedar a cargo de oficinas sociales del Estado bajo contralor de una instancia jurisdiccional no penal. Quizás en ese primer nivel de asistencia pueda darse solución adecuada al problema.

Como se ve, lo expuesto no quiere significar que el Estado no pueda o deba intervenir decididamente en este ámbito de grave responsabilidad político-social, sobre todo atendiendo al hecho de que, tras la situación de peligro detectada, puede pasarse fácilmente a una etapa donde la exteriorización de conductas delictivas permita la aplicación de sanciones penales.

De lo que se trata, justamente, es de replantear la actividad del Estado en esas cuestiones. Antes de ser operador directo de la respuesta, las oficinas gubernamentales han de obrar como promotoras de organismos sociales —fundaciones, voluntariados, grupos religiosos, sociedades de ayuda, etc.— que, bajo su incentivo, estímulo y ayuda económica, aborden la respuesta inmediata, personal y *humana*.

El poder político nunca podría desentenderse de la cuestión social de los menores en peligro, pues en una sociedad organizada es éste el que debe velar por el bien común de las personas que la componen, amén de que su tarea supone la preservación de los principios constitucionales que han de garantizar a los individuos el respeto de sus derechos y libertades. Por lo demás, la ley 23.849 aprobó la Convención sobre Derechos del Niño —1990— que contempla expresamente esa responsabilidad estatal —ver artículos 19 y 20, especialmente—.

Sin embargo, en lo que hace al rol asistencial propiamente hablando, parece cumplirse de mejor manera en este difícil ámbito de conflicto, a través de grupos sociales bajo cierta auditoría que realicen esa tarea de manera plástica y vocacional.

Más allá de las divergencias que se puedan tener con las apreciaciones de Peter Druker sobre el papel de la familia, debe coincidir con él en que la comunidad que necesita la sociedad de nuestro tiempo ha de tener como base el compromiso y la compasión, más que la proximidad o el aislamiento. Por eso, explica, ser ciudadano en término políticos supone compromiso activo, significa responsabilidad. De allí el llamado a la creación de organizaciones de voluntariado y asistencia social surgidas de aportes privados y públicos, que

---

<sup>16</sup> op. cit.

toman a su cargo labores comunitarias. La ciudadanía en y a través del sector social no es una panacea, nos recuerda, para los males de la sociedad, pero puede ser un requisito previo para resolver esos males <sup>17</sup>.

Con el esquema propuesto en principio, sería posible evitar la desidia frente a los *chicos de la calle* o la estigmatización que deja la internación en institutos que no resultan aptos como respuesta asistencial o terapéutica a estos problemas.

Por lo tanto parece claro que toda política que tome al grupo *menores* como individuos autónomos y no como integrantes de un núcleo familiar-social del que dependen y del que emergen, resulta un intento parcial y defectuoso de respuestas a la problemática de la minoridad <sup>18</sup>.

## 5.2. *El menor y el joven autores de delitos*

Cuando en el derecho penal se dispone la aplicación de una pena, previamente se ha verificado no sólo la existencia de una conducta ilícita sino también la posibilidad que tuvo el sujeto de comportarse conforme a los mandatos de la ley. Es decir, se evalúa su ámbito de libertad, su motivación, las circunstancias que permiten al tribunal considerarlo responsable y en consecuencia imputarle la participación en el hecho. La culpabilidad supone la imputabilidad, la posibilidad de responder por lo obrado y que implica la comprobación de que la persona pudo haberse comportado de otra manera, haberse exteriorizado de acuerdo a las exigencias jurídicas.

Si no se atiende a esas exigencias antropológico-normativas la imposición de una pena estará fuera de la legalidad del sistema y aun de su propia legitimidad moral. El proceso penal o, en definitiva, cualquier respuesta institucional al problema de los menores, no debe transformarlos en objeto de sacrificio social sino en personas sometidas a medidas proporcionales a su conducta situacional.

Explica Mireille Delmas-Marty que la pena no es un sacrificio, entre una y otra existen diferencias profundas, la principal de las cuales es la inocencia del sujeto. El rol de la víctima en el sacrificio es resolver el conflicto de reconciliar la comunidad con las fuerzas superiores. La víctima es inocente y arbitrariamente se la ejecuta como si fuera la causa única del mal padecido <sup>19</sup>. En el proceso penal, por el contrario, quien recibe la sanción es aquél que debe responder de su mala conducta, no se trata de un inocente sino de alguien que ha obrado libremente contra el derecho.

Por ello, en el caso de los menores y jóvenes, la comisión de conductas tipificadas en

---

<sup>17</sup> PETER DRUKER, *La Sociedad Poscapitalista*, Ed. Sudamericana, Bs. As., 1993, pág. 141 y ss. Schüler-Springorum analiza el caso japonés y su relativamente baja tasa de criminalidad, indicando que uno de los motivos de ello puede ser la red de controles sociales informales y semiinformales, así como un sistema compartido de valores (op. cit., pág. 74).

<sup>18</sup> De una opinión semejante son Nidia Elinor Bisig y María Inés Laje en la investigación ya citada.

<sup>19</sup> MIREILLE DELMAS-MARTY, *Les chemins de la repression*, Presses Universitaires de France, París, 1990, págs. 63-64.

el Código Penal y contrarias al ordenamiento jurídico merecen un análisis particular, distinto al de los adultos. En primer lugar responder por lo que se ha hecho requiere una cierta madurez y evolución psicológica que trae el desarrollo de la edad. Bajo ese presupuesto, el derecho penal y los ordenamientos positivos determinan según la edad de los menores la aplicación de medidas diversas. Ya vimos que nuestras leyes distinguen entre los menores inimputables —hasta los 16 años—, menores desde esa edad hasta los 18 años y desde entonces hasta los 21.

Es en esta última etapa donde las sanciones son similares a las de los mayores y resulta quizás el núcleo del problema de la delincuencia. Es en este nivel donde se advierte el mayor índice propiamente delictivo dentro del universo de menores y jóvenes.

Por eso la respuesta penal debe atender a esos distintos niveles y momentos del desarrollo humano. En todas ellas, sin embargo, debe estar presente el aspecto educativo y de reinserción social. Esto no quiere decir que no haya un aspecto sancionador, pero en la mayoría de los casos éste debe estar integrado a una respuesta educativa en sentido integral, es decir, social. Recordemos que en estas etapas de la vida es cuando resulta más fácil, o por lo menos posible, conformar modificaciones de conductas.

Y aquí aparece la dialéctica prevención-sanción, que si bien campea en todo el derecho penal, tiene un lugar especialísimo en la política criminal de los jóvenes. Sin embargo, es en este mismo ámbito donde esa tensión tiene como línea de desenvolvimiento sustancial el tema de la educación.

Si de lo que se trata es de corregir viejos comportamientos y motivar nuevas conductas, la tarea por desempeñar es de doble vía. Dice Hilde Kaufmann que las simples alternativas *profilaxis en lugar de represión o la sanción tradicional frente a cualquier ser humano en cualquier situación* no son aptas para resolver el problema. Si bien es cierto, explica, que el sistema de sanciones es un mecanismo sin el cual no es posible la convivencia humana, la cuestión central en menores y jóvenes es determinar en qué forma y medida es necesaria la pena, sobre todo la que priva de libertad, no obstante la profilaxis a aplicar y que siempre debe tratar de ser combinada con ella <sup>20</sup>.

En tal sentido, la respuesta penal, si se quiere sancionadora, debe adoptar niveles diversos. Desde la simple amonestación o corrección judicial, pasando por trabajos sociales, compromisos de residencia, abandono de círculos de amistades, prohibiciones de concu-

---

<sup>20</sup> HILDE KAUFMANN, *Represión o Prevención de Menores*, Doctrina Penal, Año I-1978, Ed. Depalma, Bs. As., pág. 466.

Tanto Hilde Kaufmann en este trabajo —pág. 470— como Delmas-Marty en el arriba citado —pág. 121—, ponen en tela de juicio que la reeducación o resocialización del joven pueda efectuarse dentro de la idea de la pena, en especial si ésta supone la pérdida de la libertad.

Dice la destacada académica francesa que la educación es anterior al crimen, por lo tanto preventiva, y cuando es posterior a la ejecución penal tiene carácter de reinserción social. En el período mismo de la sanción la educación podrá ser escolar o hasta profesional, pero no puede hacernos perder de vista el sentido retributivo y penal de aquélla. *Mais elle ne doit jamais faire perdre de vue —dice—, surtout en cas de coexistence, qu'elle n'est pas d'essence penale, qu'elle voisine seulement avec ce qui reste une peine, au sens plein.*

La pena de prisión pues, no resulta un vehículo adecuado para la educación integral del menor o el joven tal como se asume como tesis de política criminal en este trabajo.

rrencia a determinados lugares y arrestos para llegar, sólo como última ratio, a la pena en sentido usual.

Tal como señala Springorum, para un menor la vivencia de estar detenido alcanza características de eternidad o, dicho de otro modo, si las relaciones personales, la experiencia con el medio ambiente y la interacción con otros son verdaderamente condiciones decisivas para un adecuado desarrollo, un solo día en libertad ofrece mucho más de ello que lo que pueden suplir cuatro meses tras las rejas <sup>21</sup>.

En consecuencia, de lo que se trata como primera respuesta penal al delito de menores y jóvenes es de elaborar un modo de libertad que le permita su evolución. De allí que la sanción clásica, la respuesta tutelar habitual no puedan cumplir ese cometido.

Los tribunales de menores deben tener la suficiente amplitud normativa para que los hombres que los componen puedan encausar, haciendo uso de su prudencia, la iniciación de nuevos modos de comportamiento. En esto también juegan un gran papel las organizaciones privadas antes mencionadas pues, siendo la pena clásica la excepción, las otras *sanciones* que puedan disponerse deben estar integradas a la convivencia, la inserción comunitaria, el entorno grupal. Ello es más fácil encontrarlo en la misma organización social-civil que en institutos públicos.

Así como la pena debe ser proporcional a la responsabilidad o culpabilidad, el tipo de sanción debe guardar relación con las circunstancias y motivos que llevaron a obrar al menor o al joven. Eso exige, dentro del marco de garantías constitucionales, una gran variedad de alternativas en manos del juez y flexibilidad en su aplicación.

Para el caso de jóvenes adultos la *probation* puede resultar un remedio eficaz dentro del planteo que se hace en este trabajo pues en ella está presente la búsqueda privilegiada de la inserción y el reacomodamiento social en libertad. A su vez, el control exigido y las normas compromisorias a las que se somete el sujeto pueden cooperar en muchos casos como factores condicionantes en el destierro de ciertos elementos criminógenos.

Claro está, como lo señala Jorge Kent, el funcionamiento de la *probation* requiere a) una legislación adecuada, b) un servicio eficaz de la investigación del caso antes de la sentencia, c) excelentes técnicas de supervisión, d) una organización coherente del mecanismo administrativo de aplicación y e) agentes de probación calificados <sup>22</sup>.

Por ejemplo, las leyes de menores de Alemania contemplan una serie de penas y medidas integradas a la Ley Judicial Juvenil y a la Ley del Bienestar Juvenil <sup>23</sup>. Dichos regímenes se diferencian por su distinto enfoque procedimental y su mayor o menor elasticidad. El primero tiene un carácter más severo, adecuado a una mayor gravedad de los hechos cometidos. El segundo, más amplio, intenta dar respuesta a conductas de menor gravedad o significación.

---

<sup>21</sup> Op. cit., pág. 81.

<sup>22</sup> JORGE KENT, *Sustitutos de la Prisión*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, pág. 59.

<sup>23</sup> Ley Judicial Juvenil anotada de la república Federal de Alemania, edición traducida y anotada por el Dr. Carlos Alberto Elbert. Ed. Depalma, Bs. As., 1982.

En sentido global el régimen conformado por ambas legislaciones contiene una serie de medidas de neto corte educativo, compuestas por recomendaciones o instrucciones, asistencia educacional y educación correctiva. En un segundo nivel aparecen las amonestaciones, reparaciones y arrestos de diversa duración (entre un día y un mes). Además existen medidas tutelares y de seguimiento como libertad asistida, obligaciones de residencia, estudio, trabajo, etc.

De todos modos, antes de la aplicación de una pena, el juez puede recurrir a alternativas de indemnización del daño, trabajos comunitarios, inhabilitaciones, etc.

La pena, en consecuencia, queda como una última ratio para ser dispuesta en casos de real gravedad, teniendo en cuenta la índole del delito cometido y, particularmente, la personalidad del menor exteriorizada en su grado de culpabilidad y responsabilidad. Según las características de los delitos la pena puede alcanzar hasta los cinco años o los diez años (según se trate de delitos o crímenes, de acuerdo con la divisoria del derecho germano).

En todos los casos la idea directriz es la de educación, configuración de conductas, inserción social. Sólo como excepción aparece la aplicación de penas privativas de libertad en establecimientos especiales, donde si bien no se abandona la visión formativa, aparece la necesidad de defensa social.

#### BREVE REFLEXIÓN FINAL

En definitiva, para una adecuada política criminal no hay tarea posible de prevención, tratamiento y reinserción del menor y el joven que no tenga a la familia como núcleo esencial. El moderno pensamiento criminológico que prioriza para estos sujetos sociales, antes que la penalización de conductas, el estudio de las disfunciones de la estructura social que pueden influir en el delito, reconoce en la familia el factor de prevención esencial.

En la delincuencia juvenil, toda labor de recuperación humana que se elabore como respuesta oficial a las situaciones críticas debe pasar necesariamente por la suplencia de las funciones familiares —afectivo, formativas, sociales— cuando el núcleo originario resulte ineficaz o imposible de reconstruir.

La niñez y la juventud no son sólo un bien para cada uno de los sujetos en esa etapa de la vida sino un bien social del que depende el desarrollo futuro de la convivencia humana.

## ¿Puede el hombre conocer la verdad moral?

### VERITATIS SPLENDOR:

“Conoceréis la verdad y la verdad os hará libres” (Jn. 8,32)

PROF. MARIO STRUBBIA \*

1) *Constatación pontificia*: El Papa, Juan Pablo Segundo, comienza con la descripción de tres constataciones:

a) En estos tiempos “se pone en *tela de juicio de modo global y sistemático el patrimonio moral*” (las enseñanzas morales de la Iglesia);

b) “En la base (de estas constataciones), se encuentra el influjo, más o menos velado, de corrientes de pensamiento que terminan por *erradicar la libertad humana de su relación esencial y constitutiva con la verdad*”;

c) “En particular —continúa el Papa— se plantea la cuestión de si los *mandamientos* de Dios, que están grabados en el corazón del hombre y forman parte de la Alianza, son *capaces de iluminar las opciones cotidianas de cada persona y de la sociedad entera*”. (vs. 4).

2) *Objeto de la Encíclica*: Descriptas estas verificaciones de la realidad cultural contemporánea, el Papa, que comparte con sus Venerables Hermanos en el Episcopado “la responsabilidad de custodiar la *sana doctrina* (2 Tim. 4,3), anuncia la intención de *precisar algunos aspectos doctrinales...* (para) afrontar algunas cuestiones fundamentales de la enseñanza moral de la Iglesia”, concluyendo que “Este es el *objeto específico de la presente encíclica...*” (vs. 5,30).

3) *Cita evangélica sobre el “bien moral”* (S. Mt. 19). Al servicio del propósito enunciado recién, el autor de la Encíclica hilvana la cita (quizás central) evangélica que literalmente se transcribe: “Maestro, qué he de hacer de bueno para conseguir *la vida eterna*. El le dijo: ¿Por qué me preguntas acerca de lo bueno? *Uno solo es el Bueno*. Mas si quieres entrar en la vida, guarda los mandamientos”. “¿Cuáles?”, le dice él. Y Jesús le dijo: “No matarás, no cometerás adulterio, no robarás, no levantarás falso testimonio, honra a tu madre y a tu padre y amarás a tu prójimo como a ti mismo”. (vs. 6, S. Mt. 19).

---

\* Profesor de Doctrina Social de la Iglesia en la Facultad Católica de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la U.C.A.  
Profesor de Doctrina Social de la Iglesia en el Seminario Arquidiocesano *San Carlos Borromeo* de la Arquidiócesis de Rosario.

Explica el Papa que esta indagatoria del joven “más que una pregunta sobre *las reglas* que hay que observar, es una pregunta sobre *el significado para la vida* y (sobre) “...*el impulso último que mueve la libertad*” (vs. 6). (“...un llamamiento al bien absoluto”) referida al “*bien moral* que hay que practicar” y a la “*vida eterna*” (vs. 8).

Yendo derechamente al meollo de la cuestión, manifiesta el Papa que “hay que dirigirse nuevamente a Cristo para obtener de El la respuesta *sobre lo que es bueno y malo*” (vs. 8), puesto que “*es él ... quien enseña la verdad sobre el obrar moral*”.

4) “*Sólo Dios es el bien*”: Al continuar con el análisis de la pregunta del joven, (¿qué he de hacer de bueno...?), Juan Pablo Segundo recuerda las palabras de Jesús: “Nadie es bueno sino sólo Dios” (Mc. 10,18; cfr. Lc. 18,19), adicionando que “*Sólo Dios puede responder a la pregunta sobre el Bien, porque El es el Bien*” (vs. 9).

Es decir, ratifica el Pontífice que “Jesús relaciona la cuestión de la acción moralmente buena con sus *raíces religiosas*”, “con el reconocimiento de Dios, única bondad, plenitud de vida, término último del obrar humano, felicidad perfecta” (vs. 10).

Es que “Jesús muestra que la pregunta del joven es, en realidad, una *pregunta religiosa*” (vs. 9).

5) *La “ley natural” como respuesta de Dios*: Dijimos recién —siguiendo al documento papal— que “Sólo Dios puede responder a la pregunta sobre el bien porque El es el bien”. “Pero Dios ya respondió a esta pregunta: ¡lo hizo creando al hombre y ordenándolo a su fin con sabiduría y amor mediante la ley inscrita en su corazón! (cfr. Rom. 2,15) “*la ley natural*”. Esta “no es más que la luz de la inteligencia infundida en nosotros por Dios”. “Gracias a ella *conocemos lo que se debe hacer y lo que se debe evitar*. Dios dio esta luz y esta ley en la creación” (vs. 12). Después lo hizo en la historia de Israel, particularmente con las diez palabras o sea con los mandamientos del Sinaí mediante los cuales El fundó el pueblo de la Alianza (ex. 24) (vs. 12).

6) *La moral, la ley natural y la vida eterna*: El Santo Padre, después de subrayar que sólo Dios puede responder a la pregunta sobre el *bien*, y tras aclarar que su respuesta fue dada en la Creación y en el momento de entregar los diez Mandamientos, establece la íntima vinculación entre *moral, ley natural y vida eterna* al transcribir los versículos evangélicos que dicen: “*Si quieres entrar en la vida, guarda los Mandamientos*” (Mt. 19,17) (vs. 12), tesis que renueva en vs. 17, al especificar que “las condiciones para el crecimiento moral del hombre llamado a la perfección *son* haber observado todos los Mandamientos”.

7) *LOS MANDAMIENTOS Y LOS DERECHOS DEL HOMBRE*: Tal como leemos en el *Catecismo de la Iglesia Católica* (agrega el Papa), “los diez Mandamientos pertenecen a la revelación de Dios (y) nos enseñan, al mismo tiempo, *la verdadera humanidad del hombre*. Ponen de relieve los deberes esenciales y, por tanto, indirectamente, *los derechos fundamentales*, inherentes a la naturaleza humana (vs. 13).

8) *Los Mandamientos y la libertad*: Como el redactor de la Encíclica señaló en el umbral del documento que algunos postulaban “erradicar la libertad humana de su relación esencial y constitutiva con la verdad”, se aboca ahora a remarcar que “Los Mandamientos... constituyen la *primera etapa necesaria en el camino hacia la libertad, su inicio*”. “La

primera libertad —dice San Agustín— consiste en estar exentos de crímenes... como serán el homicidio, el adulterio, la fornicación, el robo, el fraude, el sacrilegio y pecados como éstos. *Cuando uno comienza a no ser culpable de estos crímenes —ningún cristiano debe cometerlos— comienza a alzar los ojos a la libertad, pero esto no es más que el inicio de la libertad, no la libertad perfecta...*” (vs. 13).

Coherente y apropiadamente, la Encíclica cita a San Pablo, quien nos legó el versículo *Hermanos, habéis sido llamados a la libertad* (Gal. 5,13). Habrá que ver, un poco más adelante, de qué libertad se habla.

9) *Los Mandamientos, el amor y la vida*: El Santo Padre remarca seguidamente que Jesús, después de haber dicho: *“Este es el mandamiento mío: que os améis los unos a los otros como yo os he amado”* (Jn. 15,12), prosigue con las palabras que indican el don sacrificial de su vida en la Cruz, como testimonio del amor *“hasta el extremo”* (Jn. 13,1): *“Nadie tiene mayor amor que el que da la vida por sus amigos”* (Jn. 15,13).

En la búsqueda afanosa de la *verdad objetiva moral* hacia la cual orientar nuestras opciones y elecciones propias del ejercicio de la libertad: ¿Podría alguien ignorar que esta prédica evangélica apunta a sobrevalorar a la persona humana, sus relaciones interpersonales fraternales, la vida misma? ¿Y podría alguien, seriamente, *dudar* sobre la conveniencia de regir las conductas sociales e individuales por medio de estos patrones éticos?

Sería útil retornar, una y otra vez, a esta meditación substancial y existencial.

Por ahora, vale la pena enfatizar que si alguien titubea sobre sus fuerzas particulares para adaptar la *conducta a la ley, la libertad a la ley, los actos a la norma objetiva, la vida a los mandamientos*, (*Entonces, ¿quién nos podrá salvar?*, Mt. 19,25), el Maestro nos socorre advirtiendo que: *“Para los hombres eso es imposible, mas para Dios todo es posible”* (Mt. 19,26) (vs. 22).

10) *Los Mandamientos y la iglesia*: Cuadra formularse, en esta etapa de la exposición, una pregunta de significativas consecuencias: ¿Quién tutela e interpreta estos Mandamientos, esta *norma moral objetiva*?

Enseña la Encíclica que *“Las prescripciones morales, impartidas por Dios en la Antigua Alianza y perfeccionadas en la Nueva y Eterna... en la persona misma del Hijo del hombre, debe ser custodiadas fielmente y actualizadas permanentemente en las diferentes culturas a lo largo de la historia. La tarea de interpretación ha sido confiada por Jesús a los Apóstoles y a sus sucesores con la asistencia especial del Espíritu de la Verdad: “Quien a vosotros os escucha, a Mí me escucha”* (Lc. 10,16) (vs. 25).

*“En la Catequesis moral de los Apóstoles, junto a exhortaciones e indicaciones relacionadas con el contexto histórico y cultural, hay una enseñanza ética, con precisas normas de comportamiento”* (vs. 26).

*“Promover y custodiar, en la unidad de la Iglesia, la fe y la moral, es la misión confiada por Jesús a los Apóstoles”* (Cfr. Mt. 28,19-20) (vs. 27).

Es por ello que la Iglesia *“se presenta como columna y fundamento de verdad”* (Tim. 3,15), *también de la verdad sobre el obrar moral”* (vs. 28).

Más aun: “La autoridad de la Iglesia, que se pronuncia sobre las cuestiones *morales*, no menoscaba de ningún modo la conciencia de los cristianos, no sólo porque la libertad de la conciencia no es nunca libertad “*con respecto a la verdad*” sino siempre y sólo “*en la verdad*”, sino también porque el Magisterio no presenta verdades ajenas a la conciencia cristiana sino que manifiesta también las verdades que ya deberían poseer, desarrolladas a partir del acto originario de la fe” (vs. 64) (vs. 28).

11) *Los “Mandamientos” y algunas orientaciones teológicas y afirmaciones filosóficas incompatibles con la verdad revelada:*

“La teología moral —precisa el Santo Padre— es una reflexión que concierne a la *moralidad*, o sea al bien y el mal de los actos humanos y de la persona que los realiza, y en este sentido está abierta a todos los hombres; pero es también teología en cuanto reconoce *el principio y el fin del comportamiento moral en Aquél que “sólo El es bueno”* y que dándose al hombre en Cristo le ofrece las bienaventuranzas de la vida humana (vs. 29).

No todos siguen, sin embargo, las orientaciones de la más ortodoxa teología moral. “Porque vendrá un tiempo en que los hombres no soportarán la doctrina sana, sino que, arrastrados por sus propias pasiones, se buscarán una multitud de maestros por el prurito de oír novedades, apartarán sus oídos de la verdad y se volverán a las fábulas (2 Tim, 4-15; cf. Tit. 1, 10.13-14) (vs. 30).

Uno de los errores teológicos (y también filosófico) consiste, y así lo enuncia la Encíclica, en considerar a la libertad *como fuente de valores y creadora de normas morales objetivas*.

12) *La libertad como supuesta “fuente de valores”*: En efecto: “En algunas corrientes del pensamiento moderno (expresa Juan Pablo II) se ha llegado a *exaltar la libertad* hasta el extremo de considerarla como un *absoluto* que sería la *fuente de los valores* (vs. 32). (Claro que paralelamente a la exaltación de la libertad y paradójicamente en contraste con ella, la cultura moderna pone radicalmente en duda esta libertad (vs. 33).

Pero aquí conviene destacar que si la libertad (que en sí misma es una opción, una elección) fuera una *fuente de valores*, esa libertad sería sinónimo de *lo bueno* (o de *lo malo*, según se mire).

Ahora bien: si el acto de *opción* es lo mismo que la *escala de valores* para mensurarlo, ¿cómo mediríamos la *bondad* o la *maldad* de una conducta, de un acto de *opción*?

Si el reloj es lo mismo que el atleta, ¿cómo evaluaríamos la velocidad del corredor?

Si la *tortura* fuera lo mismo que el valor de *bondad*, ¿cómo podríamos aseverar que *torturando, el hombre destroza su propia libertad*, (dicho sea esto para usufructuar un excelente ejemplo del Padre Ignacio Pérez del Viso)

Si la *flecha* es lo mismo que el *blanco* hacia el que debe dirigirse *a fin de acertar*, ¿cómo enjuiciaremos si la flecha *acertó* o *se desvió*?

Si la libertad fuera sinónimo de bondad, toda *opción*, toda *elección* sería *buen*a, pero la realidad demuestra que no es así porque la opción por la droga es *algo malo, no bueno*.

Si la libertad fuera sinónimo de *maldad*, toda elección sería *mala*, pero la realidad también acredita un error en este razonamiento, puesto que alimentar al hambriento es un acto *bueno*.

Y, en el peor de los casos, si cualquier acto de *opción* fuera simultáneamente *malo* y *bueno* o si propusiéramos la imposibilidad de saber si un acto es *bueno* o *malo*, caeríamos en el caos, en la anarquía, en el escepticismo paralizante, por razones que no requieren mayor desarrollo.

Hoy existe una *concientización particularmente viva sobre la libertad (dice el Papa), al extremo que ella se ha convertido en un problema crucial* (vs. 31).

Pero es útil cuestionarse hondamente: *¿de qué libertad habla el mundo?*

13) *Los Mandamientos y la “falsa libertad”*: “El Concilio —frente a aquellos contemporáneos nuestros que *tanto defienden la libertad* y que *la buscan ardientemente* pero que *“a menudo la cultivan de mala manera, como si fuera lícito todo con tal de que guste, incluido el mal”*— *presenta la verdadera libertad: la verdadera libertad es signo eminente de la imagen divina en el hombre* (vs. 34; GS 17) (*La libertad depende, fundamentalmente, de la verdad* (vs. 34)

Antes de avanzar, apreciamos como valioso insistir que *esa imagen divina ha sido grabada en el hombre mediante la ley inscrita en su corazón, la ley natural* (cf. Rom. 2,15).

Además, es asimismo útil poner de relieve que si el Papa menciona una *verdadera libertad*, lo hace porque, *a contrario sensu*, existe una *falsa libertad*, del mismo modo como existe una flecha (o muchas) que *aciertan en el blanco* y otras que *se desvían* de su centro, de su objetivo.

No me resisto a ilustrar este tramo de las presentes consideraciones con un magistral ejemplo de Padre Ignacio Pérez del Viso quien, al comentar la relación entre la libertad y la verdad, apela al *caso del nazismo* diciendo: “Arrastró a millones de jóvenes que murieron *libremente*, heroicamente, por un ideal. Había en ellos un gran amor por su patria, pero *la verdad había huido de ese proyecto demencial* y se había refugiado en *los campos de exterminio*” (Ignacio Pérez del Viso, *Para una ética de la libertad*, La Nación, 4 de noviembre de 1993).

Las *tendencias de la teología moral actual, bajo el influjo de las corrientes subjetivas e individualistas* (vs. 34) y *las doctrinas que atribuyen a cada individuo o a los grupos sociales la facultad de decidir sobre el bien y el mal (juzgando) que la libertad humana podría crear los valores y gozaría de una primacía sobre la verdad, hasta el punto que la verdad misma sería considerada una creación de la libertad (libertad que también sería creadora de las normas morales)* (vs. 40), *sientan una postura que, por un lado, sería la muerte de la verdadera libertad* (vs. 40) y, *por otro lado, pondría del revés al apotegma evangélico: Conoceréis la verdad y la verdad os hará libres* (Jn. 8,32).

14) *Los “Mandamientos y la verdad”*: En el ejemplo de la *flecha* mencionado unos renglones más arriba, nadie podría indicar a la saeta el camino hacia el *blanco* ni nadie podría probarle que *dar en el blanco* la enriquecería, la mejoraría, la haría *más flecha* si se le permite la expresión.

No ocurre lo mismo con la persona. El hombre —reza en su prolegómenos la Biblia— posee una libertad muy amplia porque *puede comer de cualquier árbol del jardín* (Gen. 2. 16-17).

*Pero esta libertad no es limitada: el hombre debe detenerse ante el árbol de la ciencia del bien y del mal por estar llamado a aceptar la ley moral que Dios le da* (vs. 35).

Allanándose a esta *ley moral*, la libertad del hombre (que ya hemos comprobado no es lo mismo que *la ley*), *encuentra su verdadera y plena realización* porque *Dios, que sólo El es bueno conoce perfectamente lo que es bueno para el hombre, y en virtud de su mismo amor se lo propone en los mandamientos* (vs. 35).

Esos *mandamientos*, esas *leyes*, esa *ciencia del bien y del mal* son una *verdad* ante la cual la libertad y la razón no pueden aducir engreídamente una *autonomía* que prácticamente significaría soberanía absoluta” (vs. 57).

El resultado de un tal enfrentamiento provocaría un resultado tan dramático como el de todos los cuerpos celestes desentendiéndose alocadamente de sus órbitas.

Quienes postulan una tal *autonomía*, de la *razón en el ámbito de las normas morales* han llevado a *negar que la ley moral natural tenga a Dios como Autor y que el hombre, mediante su razón, participe de la ley eterna, que no ha sido establecida por él* (vs. 37).

En síntesis, tales pensadores *desconocen la posibilidad de que el hombre pueda “conocer la verdad moral objetiva”*, desconociendo (además), que “la libertad no es sólo la elección por esta o aquella acción particular, sino que es también, dentro de esa elección, decisión sobre sí y *disposición de la propia vida*, a favor o en contra del Bien, a favor o en contra de la verdad, en última instancia a favor o en contra de Dios” (vs. 65).

15) *Los Mandamientos (la “ley moral”) y la posibilidad de conocerlos*: Como ya hemos adelantado, y esta observación es del Papa, algunos sostienen “que el hombre puede utilizar las cosas sin hacer referencia al Creador” (vs. 39; GS. 36) o que “una cierta *autonomía* de la razón es creadora de los valores y normas morales” (vs. 40)

“Si esta *autonomía* implicase una negación de la participación de la razón práctica en la sabiduría del Creador y Legislador Divino” (vs: 40), *el hombre moriría sin remedio* (Gén. 2,17).

La lección teológica correcta está asentada diáfananamente en la Encíclica, al sentenciar el Santo Padre que: “*El hombre puede reconocer el bien y el mal gracias a aquel discernimiento del bien y del mal que el mismo realiza mediante su razón iluminada por la Revelación Divina y por la fe en virtud de la ley que Dios ha dado al pueblo elegido, empezando por los mandamientos del Sinaí* (vs: 44).

Este “*reconocimiento*” de la *ley natural*, de esta verdad, es *universal* porque: *En cuanto inscripta en la naturaleza racional de la persona se impone a todo ser dotado de razón y que vive en la historia* (vs. 51).

“Estos preceptos sin *inmutables*, unen en el mismo bien común a todos los hombres de cada época de la historia, creados *para la misma vocación y destino divino* (vs. 52; GS. 10,29).

También son universalmente válidos los preceptos negativos de la ley natural, de los cuales nunca nadie ha estado ni estará dispensado.

Jesús mismo, al afirmar la “inderogabilidad de estas prohibiciones” (No matarás, no cometerás adulterio, no robarás, no levantarás falso testimonio —Mt. 19, 17-18), corroboró la posibilidad de “conocer la verdad moral”, pues jamás hubiera reclamado el cumplimiento de una “verdad” imposible de conocer para el hombre.

16) *Los Mandamientos y la conciencia*: En tren de formularnos preguntas *claves*, mientras avanzamos en el desarrollo de la tesis papal, podemos interrogarnos ahora: ¿Cómo sabemos que el hombre puede conocer la *verdad moral*, la *ley*, la *existencia de normas objetivas de moral*?

Nos parece que el Santo Padre ha propuesto dos caminos, confluyentes, útiles para develar esta incógnita, aunque de manera o por senderos diferentes:

a) *Una reflexión sobre el “interior” del hombre*: “En lo profundo de su conciencia — afirma el Concilio Vaticano Segundo— el hombre descubre una ley que él no se da a sí mismo, sino a la que debe obedecer y cuya voz resuena, cuando es necesario, en los oídos de su corazón, llamándolo siempre a amar y a hacer el bien y a evitar el mal: haz esto, evita aquéllo. Porque el hombre tiene una ley escrita en su corazón en cuya obediencia está la dignidad humana y según la cual será juzgado” (Rom. 2, 14-16; vs. 54).

Esta *conciencia* es el único *testigo* (expone Su Santidad) de la *fidelidad o infidelidad* a la ley *o sea su esencial rectitud o maldad moral* (vs. 57).

Es un testigo cuya voz no trasciende; es un testigo “único” (uno e irrepetible); es un testigo cuya voz sólo interpreta y sintoniza la persona dentro de la cual tañe y vocaliza y es un testigo *calificado* por ser testigo puesto allí por Dios.

La conciencia, llega a decir el Papa, “*es un testimonio de Dios mismo*” (vs. 58). Es un *heraldo* de Dios, agrega San Buenaventura. La conciencia es *el lugar, el espacio santo donde Dios habla al hombre* (vs. 58).

¿Cómo dudar de que ella es puente seguro hacia el conocimiento de la *verdad moral*?  
¿Cómo desoir a tan calificado testigo?

La conciencia formula así la obligación moral a la luz de la ley natural, “es la obligación de hacer lo *que el hombre conoce* como un bien que le es señalado aquí y ahora” (vs. 60).

“*La conciencia*, por tanto, *no es una fuente autónoma y exclusiva para decidir lo que es bueno y lo que es malo, al contrario, en ella está grabado profundamente un principio de obediencia a la norma objetiva*, que fundamenta y condiciona la congruencia de sus decisiones con los preceptos y prohibiciones en los que se basa el comportamiento humano” (vs. 60).

Despejando y ahuyentando toda dubitación o perplejidad sobre el tema, Juan Pablo II explicita que: “*la verdad sobre el bien moral es reconocida práctica y concretamente por el juicio de la conciencia... si el hombre comete el mal, el justo juicio de la conciencia es en él testigo de la verdad universal del bien, así como de la malicia de su decisión particular*” (vs. 61).

Ciertamente, la conciencia puede errar por ignorancia *invencible*, *sin que por ello pierda su dignidad*, “pero no se puede decir esto cuando el hombre no se preocupa de buscar la verdad y el bien, y, poco a poco, por el hábito del pecado, la conciencia *se queda casi ciega*” (vs. 62; GS. 16).

Por ello es menester *formar la conciencia, transformarse renovando la mente* (Rom. 12,2), puesto que en realidad, *el corazón* “convertido al Señor y al amor del bien es la fuente de los juicios *verdaderos* de la conciencia” (vs. 64).

b) *Una observación sobre el “exterior” del hombre*: “Hace notar el Papa que en el dar “testimonio del *bien moral absoluto*, *los cristianos no están solos*. Encuentran una confirmación en el *sentido moral de los pueblos* y en las grandes tradiciones religiosas y sapienciales del Occidente y del Oriente que ponen de relieve la acción interior y misteriosa del espíritu de Dios, la voz de la conciencia ha recordado siempre, sin ambigüedad, que hay *verdades y valores* por los cuales se debe estar dispuestos a dar incluso la vida” (vs. 94).

Por eso en la Encíclica se pondera el valor del *martirio*. *Para que esplendor de la verdad moral no sea ofuscado en las costumbres y en la mentalidad de las personas y de la sociedad* (vs. 93).

¿Cómo podría constatare tal *universalizado consenso* hacia las grandes *verdades y valores morales*, alojado en el sentido moral de los pueblos, si negáramos la posibilidad de que la conciencia de las naciones y Estados atestiguara insobornablemente en todos los hombres la existencia y vigencia de esas *verdades y valores morales*?

Con palabra exactísima, el Papa ratifica que “El orden moral establecido por la ley natural es, en línea de principio, *accesible a la razón humana*”. Un ejemplo final para este párrafo: Si los hombres todos del mundo no fueran capaces de distinguir, descubrir y conocer las reglas de la *moral objetiva*, ¿cómo han aprobado por unanimidad la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, cuyos grandes contenidos coinciden con los programas fundamentales de la moral?

Negar, pues, la posibilidad de acceder al conocimiento de la verdad moral objetiva es de suma gravedad y contradice inclusive la realidad.

Se hace necesario estar siempre vigilantes, como el centinela en la madrugada, “para que *no se caiga en la crisis más peligrosa que pueda afectar al hombre: la confusión del Bien y del Mal que hace imposible construir el orden moral* de los individuos y de las comunidades”... ¡Ay de los que llaman al mal bien y al bien mal; que dan oscuridad por luz y luz por oscuridad; que dan amargo por dulce y dulce por amargo! (Is. 5,20)

Algunos se preguntan, con relación a la verdad: ¿*resplandece o se oculta?*, respondiéndose, con cita de filósofos anteriores a Cristo: “Lo que ocurre es que (la verdad) *resplandece tanto que deslumbra...*” (Mariano Grondona, *Entre el relativismo y el dogmatismo*, La Nación, 10-10-93).

Frente a este *relativismo* que expresa, como alecciona el Papa, “una desconfianza en la sabiduría de Dios que guía al hombre con la ley moral” (vs. 84), afirmamos, una vez más, que “*conocemos la verdad y la verdad nos hará libres*” (Jn. 8,32), tanto más libres cuanto

más aceptamos, con la conciencia *penitente* del publicano, confeso, pecador”. (Lc. 18,13), “el fascinante esplendor de la verdad” (vs. 83).

De este modo y con este enmarcamiento, seremos auténticamente libres, liberados del pecado, de la inmoralidad, de la cultura de la muerte y de la civilización de la corrupción.

Como termina de escribir el Santo Padre: *La libertad, pues, necesita ser liberada. Cristo es su libertador* (vs. 86) (Gal. 5,1).

Esa libertad está en la verdad y a esa verdad, ya se ha dicho y comprobado, podemos conocerla y servirla en plenitud, con los hombres, por los hombres y para todos los hombres.



# LA SUPUESTA AUTONOMIA DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES

POR LIC. FLAVIO F. AGATIELLO PIÑERO

SUMARIO: I. CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES INTERNACIONALES. II. POLÍTICA EXTERIOR Y POLÍTICA INTERNACIONAL. III. LA POSTURA POSITIVA: LA UTILIDAD PRÁCTICA. IV. LA POSTURA NEGATIVA: LA UNIDAD DE OBJETO. V. LA SEPARACIÓN PEDAGÓGICA: UN GRAVE RIESGO. VI. CONCLUSIÓN.

## I. CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES INTERNACIONALES

Siguiendo el pensamiento aristotélico-tomista podríamos afirmar con certeza que la política es la actividad humana social atinente al Estado <sup>1</sup>. Y, en atención a su objeto de estudio, la Ciencia Política no es otra cosa que el estudio del Estado y de la actividad humana social atinente al mismo.

Por otra parte, las Relaciones Internacionales son el conjunto de las acciones desarrolladas por los distintos Estados que integran la comunidad internacional, en sus mutuas interrelaciones. Y, por consiguiente, la Ciencia de las Relaciones Internacionales comprende el estudio de las relaciones existentes entre los distintos Estados dentro del ámbito internacional en el cual se desenvuelve su actividad.

Como puede verse, quisimos diferenciar las relaciones internacionales como el fenómeno, en sí mismo, de la política internacional (en el plano del ser), respecto de la disciplina de las relaciones internacionales como aquella ciencia que estudia dicho fenómeno (plano del saber). Seguimos de ese modo la misma distinción que hiciéramos entre política y ciencia política.

## II. POLÍTICA EXTERIOR Y POLÍTICA INTERNACIONAL

Ahora bien, la comprensión de las relaciones internacionales como fenómeno dista mucho de ser simple y pacífica. Muy por el contrario, la realidad se nos muestra un tanto remisa a la hora de la delimitación de nuestra disciplina.

---

<sup>1</sup> Nota del Autor: Es aquella actividad realizada por los seres humanos, en tanto que integrantes de una comunidad estatal, y precisamente referida a dicha comunidad.

Es así que las relaciones internacionales suelen ser comprendidas de dos modos muy diversos: el primero, al cual adherimos, identifica a las relaciones internacionales con lo que ha sido dado en llamar *política internacional*; el segundo, en cambio, pretende la asimilación de las relaciones internacionales con la *política exterior*, es decir, con la acción desarrollada por un determinado Estado respecto de otro u otros Estados.

Nuestro firme rechazo respecto de la segunda alternativa se funda en que la disciplina de las relaciones internacionales no versa, ni debe versar, sobre la política exterior de uno o más Estados individualmente considerados, sino sobre el conjunto de las acciones realizadas por los mismos (política internacional). La política constituye, por su propia naturaleza, una disciplina vinculada aunque distinta.

### III. LA POSTURA POSITIVA: LA UTILIDAD PRÁCTICA

A esta altura de la exposición, muchos podrían suponer que, en realidad, la ciencia política y la disciplina de las relaciones internacionales son dos saberes diferentes y absolutamente independientes entre sí. Sin embargo, dicha creencia resulta incorrecta, tal como luego veremos.

La postura académica que propició el reconocimiento de la autonomía de las relaciones internacionales encontró entre sus mentores a W. A. Robson, quien dirigió en La Haya, en septiembre de 1952, una tendencia fraccionista según la cual las relaciones internacionales constituían una disciplina independiente de la ciencia política. Dicha posición doctrinaria fue bautizada como *postura positiva*.

Por aquel entonces, sólo hacía cuatro años que los sabios del mundo habían elaborado, en la reunión organizada a tal efecto por la UNESCO, la famosa *Lista-Tipo*, que enumeraba los temas de investigación y enseñanza de interés para la ciencia política <sup>2</sup>. En el cuarto apartado de dicha lista, de neto estilo empirista anglosajón, se habían incluido a las relaciones internacionales. Sí, ni más ni menos que como un tema que competía al ámbito de la ciencia política.

Esto constituía, evidentemente, un antecedente irreconciliable con la posición positivista. Sin embargo, Robson insistía en la autonomía de las relaciones internacionales fundándose para ello en la utilidad práctica que reportaría la separación. En tal sentido, el beneficio provendría del mayor detalle que el estudio por separado permitiría en cada una de las dos disciplinas.

---

<sup>2</sup> Temas incluidos en la Lista-Tipo de la UNESCO hacia 1948:

1º: La Teoría Política: a) la teoría política; b) la historia de las ideas.

2º: Las Instituciones Políticas: a) la Constitución; b) el gobierno central; c) el gobierno regional y local; d) la administración pública; e) las funciones económicas y sociales del gobierno; f) las instituciones políticas comparadas.

3º: Partidos, Grupos y Opinión Pública: a) los partidos políticos; b) los grupos y las asociaciones; c) la participación de los ciudadanos en el gobierno y en la administración.

4º: Las Relaciones Internacionales: a) la política internacional; b) la política y la organización internacional; c) el derecho internacional.

En segundo lugar, se pretendía reforzar los argumentos, señalando la diversidad existente entre ambos saberes, en cuanto a su dinámica (es cierto que los procesos políticos a nivel local y a nivel internacional presentan diferencias significativas en el ritmo y sus etapas), y en cuanto a la comprensión de la subjetividad (recordemos que en el ámbito internacional aparecen sujetos diferentes del estado, como las organizaciones internacionales)<sup>3</sup>.

#### IV. LA POSTURA NEGATIVA: LA UNIDAD DE OBJETO

La postura negativa, a la cual adherimos, es aquélla que rechaza la autonomía de las relaciones internacionales respecto de la ciencia política, teniendo en consideración la unidad de objeto de ambas disciplinas. En efecto, en ambos saberes, nuestro conocimiento se focaliza en un único e idéntico objeto de estudio que no es otro que el Estado, filosóficamente comprendido como la comunidad perfecta y soberana.

En ese mismo sentido expone Marcel Prélot: *“La tesis separatista se halla también mal fundada en el plano teórico, cuando se considera la estructura de la politología (...) Las relaciones internacionales son, pues, políticas por naturaleza”*<sup>4</sup>. Y J. B. Duroselle lo confirma al sostener que las relaciones internacionales son, ante todo, *“las relaciones políticas de Estado a Estado”*<sup>5</sup>.

En definitiva, la política internacional es *política* y, como tal, susceptible de ser incluida dentro del amplio espectro de estudio de la ciencia política. Es por eso que, del mismo modo que podemos hablar de ideas políticas, vida política e instituciones políticas, en igual sentido podemos aplicar dichas categorías a la realidad de las relaciones internacionales<sup>6</sup>.

Hoy en día, podemos afirmar que la postura positiva ha sido abandonada, cuando

---

<sup>3</sup> Nota del Autor: Pese a que los sujetos por antonomasia de las relaciones internacionales siguen siendo los estados soberanos, posteriormente se ha reconocido la subjetividad internacional a las organizaciones internacionales como la ONU, la OEA, etc. Muchos autores liberales como León Duguit sostuvieron ya hace algún tiempo la subjetividad internacional de los individuos, lo cual fue rechazado vehementemente por los autores positivistas. Hoy día, se tiende a reconocerles cierta subjetividad para presentarse ante algunos organismos internacionales. Otro tanto ocurre, por ejemplo en la ONU, con los pueblos y naciones, no constituidos en estados, merced al fenómeno de la *nueva subjetividad internacional*.

<sup>4</sup> MARCEL PRÉLOT, *La Ciencia Política*, Conclusión, I- El lugar de las relaciones internacionales, pág. 104.

<sup>5</sup> J. B. DUROSELLE, *L'étude des relations internationales*, en *Revue Française de science politique*, 1952, nº IV, pág. 683.

<sup>6</sup> Nota del Autor: Dichas categorías fueron tomadas por Marcel Prélot como un referente muy valioso para su método de análisis, y pueden ser asimiladas con cada uno de los tres primeros apartados de la Lista-Tipo de la UNESCO. El primer apartado corresponde a las ideas, el segundo a las instituciones y el tercero a la vida política, siendo todas ellas aplicables al cuarto apartado de la Lista-Tipo, es decir, podemos hablar de ideas políticas internacionales, de instituciones políticas internacionales y de vida política internacional.

menos, por la doctrina internacional más autorizada, sin que el reconocimiento de la inexistencia de la autonomía de las relaciones internacionales empañe en modo alguno la importancia de su estudio ni la calidad de los tratados y el nivel de los autores y catedráticos especializados en esta rama de la ciencia política.

Y eso, en buena parte, puede deberse a la actitud del propio Robson, quien reconoció la imposibilidad de la independencia de las relaciones internacionales en el plano teórico al aceptar que el objeto *“de las relaciones internacionales no es diferente del de la política. Si no existieran Estados nacionales, no podría haber relaciones internacionales para estudiar. Se trata de relaciones entre Estados (...). La naturaleza del Estado, de la soberanía (...) constituye la esencia misma de la ciencia política”*.

Sin embargo, pese a ya no propiciar la autonomía científica de ambas disciplinas, Robson continuó propiciando una cierta separación pero, en este caso, de índole meramente pedagógica.

#### V. LA SEPARACIÓN PEDAGÓGICA: UN GRAVE RIESGO

La postura favorable a la separación pedagógica de las relaciones internacionales sí tuvo una amplia repercusión, al punto de que muchos autores se han manifestado partidarios de dicha posición académica.

Muchos fueron los factores que colaboraron al desarrollo de las relaciones internacionales como una ciencia o disciplina pedagógicamente autónoma; si bien, es digno de destacarse, la mayor parte de ellos obedecieron a necesidades coyunturales que hacían fundamentalmente al momento histórico que se vivía en tiempos de la *guerra fría*<sup>7</sup>.

Entre ellos podemos mencionar al desarrollo de la opinión pública internacional, el surgimiento de las internacionales partidarias de distinto signo ideológico, el progreso del armamentismo, el auge del terrorismo internacional y, sobre todo, el fenómeno de la *nueva subjetividad internacional*.

Eso explica acabadamente la existencia, en varias universidades, de la Licenciatura en Relaciones Internacionales. En cambio, en la Pont. Universidad Católica Argentina, donde se comparte la postura negativa, tal licenciatura no existe...; y la formación de los especialistas en relaciones internacionales se realiza dentro del propio plan de estudios de la Licenciatura en Ciencias Políticas con una especialización en el área de Relaciones Internacionales hacia el final de la misma.

La absoluta separación pedagógica que, como dijimos, han impulsado otras casas de estudio, puede parecer inofensiva a simple vista; pero, sin embargo, resulta ser una peligrosa fuente de errores y confusiones si tenemos en cuenta la necesidad de

---

<sup>7</sup> Nota de Autor: Ya habían quedado lejos los días de la primera cátedra de Relaciones Internacionales. Aquella que hacia 1919 compartieron los profesores Timmern y Webster, en Gales, Inglaterra, con el objeto de dilucidar las causas que habían generado la Primera Guerra Mundial.

preservar la unidad de la ciencia política y la comprensión integral de su objeto de estudio, que es el Estado.

En este orden de ideas, Marcel Prélot calificó de *funesta* a dicha separación<sup>8</sup>. Y eso en atención a dos peligros principales. Primero, la mala formación que recibirían los estudiantes si limitaran su campo de conocimiento al ámbito exclusivo de las relaciones internacionales. Segundo, el grave riesgo de que la nueva disciplina comenzara a evolucionar independientemente del resto del conocimiento de Estado.

## VI. CONCLUSIÓN

Finalmente, a la hora de evaluar la posibilidad de una separación pedagógica de las relaciones internacionales respecto del resto de la ciencia política, podemos decir que la distinción sólo podría ser aceptada si se reunieran las siguientes condiciones:

1º: Que se trate de una especialización dentro de un único estudio de grado, y no de dos carreras universitarias diferentes.

2º: Que la especialización no suponga la ignorancia de los contenidos fundamentales de la Ciencia Política (etapa de grado común a las distintas especializaciones).

3º: Que se preserve la comunicación entre las distintas especializaciones a fin de que no evolucionen cada una de ellas en forma independiente.

4º: Que no se separe, en el ámbito jurídico, el conocimiento del derecho internacional del estudio del derecho constitucional<sup>9</sup>.

5º: Que no se pierda la permanente referencia al objeto común de estudio (el Estado) y se conserve la armónica integración de los contenidos comunes.

---

<sup>8</sup> “Pero, si vamos al fondo de las cosas veremos que la separación es funesta inclusive pedagógicamente. Los estudiantes de relaciones internacionales tendrían una formación muy mala si sólo conocieran relaciones internacionales. Las especializaciones dejan de ser legítimas cuando su resultado es la ignorancia recíproca. Y ésta sería la consecuencia si las relaciones internacionales fueran enseñadas al margen de otras ciencias políticas. Al perder todo vínculo, las disciplinas no tardarían en evolucionar independientemente. Se iría hacia una incomprensión total a pesar de que la política interior y las relaciones internacionales son como las dos caras de una misma realidad (...). Sería un grave error creer que es posible efectuar un estudio útil de las relaciones internacionales si tal estudio se limita estrictamente a la consideración de éstas”. MARCEL PRÉLOT, *La Ciencia Política*, pág. 103.

<sup>9</sup> “La primera tarea de un diplomático que llega a su lugar de destino es conocer la estructura del Estado ante el cual ejercerá sus funciones. No puede ignorar el Derecho Constitucional del país con el que trata. Son conocidas las funestas consecuencias ocasionadas por el hecho de que algunos negociadores del Tratado de Versalles conocían mal la Constitución de los Estados Unidos y el papel de su Senado. Pero para comprender las instituciones de un país es necesario haber estudiado muy seriamente Derecho Constitucional, porque el único medio de conocer bien una constitución es conocer muchas otras. De igual modo, el diplomático debe tener familiaridad con la organización de los partidos políticos del país en que se encuentra. Lo necesita para situar a los hombres y seguir los movimientos de opinión”. MARCEL PRÉLOT, *La Ciencia Política*, Conclusión, pág. 103.

Sólo así podrían aventarse los graves riesgos señalados por Prélot <sup>10</sup>. La receta sigue siendo la misma: “*distinguir sin separar y unir sin confundir*”.

---

<sup>10</sup> “Es por eso que en este pequeño volumen nuestro mayor cuidado ha sido *volver a centrar* la ciencia política, de acuerdo con su concepción tradicional, esforzándonos por impedir su desviación o dislocación. Para que exista una politología es necesario, en efecto, que sea dueña de sí misma, que no sea derivada hacia otra disciplina o dividida en disciplinas diversas que no le dejan nada propio”. MARCEL PRÉLOT, *La Ciencia Política*, Conclusión, II- La unidad de la ciencia política, pág. 107.

# INDAGACION FILOSOFICA DEL ACTO ESTATAL NO JUSTICIABLE

POR FRANCISCO ARIAS PELERANO

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. RAZÓN DE SER DE LA APARICIÓN DEL TEMA RAZÓN DE ESTADO EN EL SIGLO XVII. 3. BREVE DESARROLLO DE LA RELACIÓN POLÍTICA-ÉTICA EN LA ANTIGÜEDAD, CRISTIANISMO Y MODERNIDAD. 4. MAQUIAVELO. 5. REACCIONES DOCTRINARIAS ANTI-MAQUIAVÉLICAS. 6. PERVIVENCIA DEL LA RAZÓN DEL ESTADO MAQUIAVÉLICA.

1. Del examen de la doctrina y la jurisprudencia se advierten dos actitudes al tratarse la conceptuación de los actos políticos: o bien se silencia su esencia poniéndose de relieve su sola existencia, sin indagación de ninguna especie, o bien, derechamente, se lo asimila a la razón de Estado maquiavélica.

Aun en el primer caso se tiene la sensación de que ese olvido de los autores en definir el acto de gobierno no es más que el producto del temor de enfrentarse con esa tremenda realidad que se impone de catalogar al acto no justiciable como razón de Estado.

Esta situación, casi ineludible, despierta en los autores una sensación de disgusto y los predispone para seguir negando una evidencia que en cada caso jurisprudencial surge con claridad.

Esto explica los esfuerzos que se hacen para la supresión del acto político; esfuerzos muchas veces apasionados, sin la objetividad necesaria, para suprimir aquello que se supone un resabio del Estado absoluto, que no obstante todavía tiene su lugar reservado dentro del esplendoroso estado de Derecho.

En definitiva, cualquier estudio serio sobre el tema no tiene otra meta que el dilucidar si en el acto de gobierno existe la razón de Estado; por nuestra parte así lo haremos, dando una visión del tema en general, examinando la obra maquiavélica y, finalmente, tratando de demostrar que al lado, o más bien, en forma previa a la conceptuación del florentino, existe otra razón de Estado valiosa que es, ciertamente, la esencia del acto no justiciable.

2. De la obra de Maquiavelo surge un concepto de razón de Estado que pretende demostrar que ésta no puede faltar de ninguna forma estatal a través del tiempo y del espacio; pero aun prescindiendo de esta consideración cualquiera otra definición del instituto que examinamos nos dará las notas de universalidad y necesidad expresadas.

Así, Meinecke, cuando dice que la razón de Estado es el conjunto de medios destinados

a la conservación de una comunidad política cualquiera, nos da a entender que, no importa cuál sea la forma estatal que consideremos, siempre, aun en aquéllas de más primario desarrollo, existirá la *Raggion di Stato*, pues el Estado es una unidad vital, dinámica, que obra políticamente de acuerdo con su esencia.

Si la Razón de Estado es una nota esencial del estado, ¿por qué su estudio eclosiona en el siglo XVII? Y decimos que eclosiona porque el tema es de los que históricamente adquiere una popularidad casi instantánea y singularísima.

En 1630, dice Settala, en las barberías y en las mismas fondas italianas se discutía la *raggion di stato*; Croce trae el antecedente de que en un libro de viajes sobre Nápoles, en el que no podía siquiera sospecharse que hubiera alguna relación política, su autor, no obstante, se hace eco del tema del momento: la razón de estado.

La misma resurrección de los clásicos, producida en el 700, según lo prueba De Mattei, no responde más que a la necesidad de los autores de la época de fundar sus posiciones sobre la “*Raggion*” con los antecedentes de la Antigüedad; alguna estampa de la época presenta a Tácito pidiendo por favor que no lo manden al infierno por algo que ni siquiera se había atrevido a pensar y que algunos audaces le hacían decir con tal que sirviera para basar sus posiciones doctrinarias.

Esta erupción de doctrinas y contra-doctrinas ha querido ser explicada por la propia obra de Maquiavelo; según algunos ha sido el Secretario florentino quien ha iniciado esta tremenda batalla en el campo del pensamiento.

Es innegable que la obra maquiavélica tiene un papel descollante en la introducción del tema, pero pensamos que el motivo de su éxito hay que buscarlo en el marco de las circunstancias del momento.

Recordemos que nos encontramos en los comienzos de la Modernidad, que inicia un nuevo ciclo cultural que reemplaza a la concepción del mundo vigente en la Edad Media.

Desde nuestro tema específico recordemos que la vigencia de la nueva *weltanschauung*, en el campo político, implica la liquidación de la unidad representada por la *res publica christianorum* y su reemplazo por una multitud de Estados nacionales que pronto devendrán absolutos.

La formación de este pluriverso estatal impone a los grandes dinastas, gestores históricos de sus nacientes Estados, una doble lucha: en lo externo, para librarse del Emperador y del Papado, y en lo interno, para someter a los señores feudales con el apoyo de la naciente burguesía.

Los medios para el logro de este gran objetivo serán, según convenga, lícitos o ilícitos. Lo común será la perfidia, el fingimiento, la ruptura de los juramentos, la traición, la crueldad. Es decir, la vigencia de la razón de Estado maquiavélica está determinada por una circunstancia excepcional, que no es otra que la transformación de Europa en un mosaico de Estados, que tenían que completar su desarrollo usando los medios a su alcance, de cualquier clase que fueran.

Los Príncipes, encargados de la concreción de sus propios ámbitos nacionales, se

educarían, como dice Meinecke, en Egidio Colonna, Justus Lipsius y con el Regimiento de Príncipes, pero, a su vez, serían iniciados en la escuela de la intriga.

Antes de seguir adelante nos interesa aclarar un error. Meinecke afirma que la razón de Estado no existió en el Medioevo precisamente por la inexistencia del Estado en esta época; con relación al concepto de soberanía también Jellinek aseguró que esta nota no pudo darse en la Edad Media porque faltaba la comunidad política.

Ambos autores recién hacen nacer al Estado en la Edad Moderna. No obstante nos permitimos hacer notar, siguiendo las huellas de Legón, que el hecho de que no existiera una multiplicidad de unidades estatales no impedía que hubiera una unidad estatal, el Imperio; lo que ocurrió es que tanto la noción de soberanía como la de Razón de Estado se replantean por imposición de una realidad dada: las controversias entre el sinnúmero de entes estatales que se desprenden del tronco común y la necesidad de acabarse como formas políticas definitivas.

3. El Renacimiento implica, entre múltiples manifestaciones, un rebuscar y hacer revivir la Antigüedad clásica.

Esto se advierte claro en lo que se refiere al ambiente literario, pero no deja de tener importancia, aunque muchas veces no se tome conciencia de ello, en el aspecto político.

Políticamente la Antigüedad se manejaba sin conflictos entre Política y Ética; ello se debía a que los dioses formaban parte de la Ciudad, a la que apoyaban, y a que la axiología vigente colocaba en lugar preeminente los valores terrenos que, por otro lado, eran los únicos que existían.

Por ello toman sentido las palabras de Tucídides: “Si hay que cometer injusticia es hermoso cometerla por razón del poder; en otro caso es preciso obrar moralmente”.

Esta supervaloración de la comunidad política traía como consecuencia el colocar la acción heroica, realizada en la “Polis”, en el más alto grado, y enetificar, también, cualquier acto que pudiera representar una ventaja para el Estado. El único requisito era que su propia salud estuviera comprometida.

Sin forzar ni violentar los clásicos, como dijimos se hizo en el 700, lo expresado antes se ve claro en Platón., Aristóteles, Hesíodo, Plutarco, Jenofonte, Cicerón y en Tácito, de quien Boccacini decía, admirado, que guardaba en sus Anales, bajo llave, los secretos más extraordinarios para crear y conservar los Estados, aun los tiránicos.

La aparición de la nueva Religión con mandatos morales universales trae la novedad de someter al mismo Estado a sus imperativos.

Los valores terrenos ceden su primacía a los trascendentes y el heroísmo político queda relevado por la santidad.

Es más hermoso morir por Dios que por la Patria y ésta, aun para el logro del Bien Común, no puede echar mano de cualquier medio.

Desaparece la posibilidad de una Ética del Estado autónoma, que se maneja

con normas específicas, propias de su obrar; ya no puede darse más una etificación total de su acción, por el solo hecho de ser *su* acción.

Tanto el obrar humano individual, monástico, como el económico, familiar, y el político, quedan encuadrados dentro de normas de validez universal que no se pueden transgredir.

San Agustín, al escribir sobre la Ciudad de Dios y compararla con la terrena, descalifica, terminantemente, aquel obrar estatal que se realice con prescindencia del imperativo moral, aunque el fin que se proponga sea bueno.

Para completar este encuadre del poder estatal, se agrega la idea germánica del derecho a la ética cristiana descrita, limitándose de esta manera el obrar político.

Por cierto que, no obstante los imperativos morales dados por la nueva Religión, los políticos, hombres en todos los tiempos, no despreciaron, en algunos casos, la oportunidad de permanecer en el poder usando medios inmorales, pero, a diferencia de la Antigüedad, surge en ellos un sentimiento de dolor, angustia, de pecado, cuando se transgreden las normas morales vigentes.

Es que el Cielo y el Infierno tal como han sido introducidos por la teología Cristiana, tienen vigencia popular y total. El terror a la condenación eterna es físico, palpable e inevitable en caso de violarse las normas morales.

Sin embargo todo este encuadre empieza a diluirse en los finales de la Edad Media.

Así como su Filosofía, majestuosa e imponente, se agrieta por consideraciones nimias e interminables entre autores de segundo y tercer orden, en lo Político aparecen síntomas iguales. La justificación del asesinato y del incumplimiento a las promesas y alianzas, cuando ello redundaba en beneficio del Príncipe, según lo sostuvo Juan Petit en 1408, es una simple muestra de tal corrupción.

Pero lo que no hay que perder de vista nunca es que no se trata de abdicación de los principios, sino de su reemplazo, liso y llano.

Otra cosa significa la adaptación de ellos a nuevas situaciones sociológicas, a una nueva realidad. Así cuando Juan Gerson, contemporáneamente a Petit, dice que para el mantenimiento de la paz es dable modificar o aun derogar la ley positiva, no quiere sino aplicar el viejo principio de Santo Tomás patente en aquella sentencia *Necessitas legem non habet*.

Hay que recordar que no nos encontramos ya en la unida *Res publica Christianorum* sino con la realidad concreta del pluriverso estatal representado por Federico II, Felipe IV y Luis XI, y que es a esa situación a la cual hay que adecuar los sempiternos principios dotados de abstracción, generalidad, universalidad y necesidad.

4. Tienen razón los autores cuando afirman que era inevitable que Maquiavelo fuera pagano a los efectos de poder estructurar una doctrina como la suya.

Sólo quien careciera del miedo al Infierno podía reflexionar sobre la actividad política y extraer las reglas empíricas deducidas de este obrar.

Porque Maquiavelo une la racionalidad y el tecnicismo propios del Renacimiento a una admiración sin límites por la Antigüedad, estableciéndose como piedras miliares de su obra.

Su propósito inmediato es la salvación de Italia de manos de los nuevos bárbaros ya que desde 1494 había quedado liquidado el equilibrio de las cinco potencias itálicas, Estados Pontificios, Nápoles, Florencia, Milán y Venecia, por las invasiones de los franceses y españoles, y para ello racionaliza, fríamente, medios que extrae, con ímpetu y fe, de los arcanos de los viejos tiempos ante-cristianos.

En la Antigüedad la noción de pecado no existía, por lo menos con las características que le impone el Cristianismo; recordemos que el sacrificio en el altar del Estado, cuanto más heroicamente fuera, constituía el valor más alto.

La Religión Cristiana, en cambio, ha hecho a los hombre humildes afeminados y débiles, dice Maquiavelo, como siglos después lo repetiría Nietzsche; el hombre antiguo resurgía a los ojos del Florentino con *grandezza dell'animo e fortalezza del corpo*, revitalizando la belleza de lo natural y el ideal puro de la gloria humana que, a su criterio, habían sido menospreciados por el Cristianismo.

De lo dicho se puede colegir ya la crítica que Maquiavelo hace a la Etica Cristiana, al estimarla como desvalorizadora del impulso natural que ignora y desprecia, estructurada en base a una unilateral concepción espiritualista.

A su vez se puede entrever la formulación de una nueva Etica de contenido naturalístico que se concretará en su famosa *Virtú*.

Por cierto que es necesario distinguir, en el pensamiento del florentino, la existencia de dos esferas morales ya que no se trata de suprimir la estructurada por el Cristianismo sino de comprenderla, subordinándolo a la esfera ética de la *Virtú*; las nociones y mandatos cristianos siguen vigentes, al menos formalmente; el Bien y el Mal con las connotaciones tradicionales se mantienen, pero subordinados a las necesidades e imposiciones de una ética estatal superior.

Y ello es perfectamente lógico en el pensamiento maquiavélico, si se piensa que para él el obrar político es de una superioridad absoluta, como que deriva de una concepción del Estado tomada de la Antigüedad caracterizada por otorgar a la comunidad política una soberanía ilimitada.

La belleza de la *Virtú* surge diáfana en la explicación de Meinecke: *mezcla de elementos éticos y vitalistas, de pesimismo y optimismo, es algo que la naturaleza pone en el seno de los hombres, es heroísmo y fuerza para las grandes hazañas, para la fundación y conservación de los Estados*.

Y a esta acción hecha a la sombra de la *virtú*, constituida por un obrar propiamente regio, nada se puede oponer y todo se debe subordinar, justificándose con ello la violación de la esfera ética cristiana y, por consiguiente, la instrumentabilidad de la Moral y la Religión.

Recordemos aquellos pasajes en que aconseja conservar esta última, aunque sea

falsa, pues ella puede constituir un fundamento sólido para poder permanecer en el poder.

En consecuencia, si es ético todo aquello que pueda beneficiar al Estado, debe entenderse que se ha operado la etificación del mal.

La *Virtú* es una demostración de lo dicho y el otro elemento que introduce en su pensamiento político, la *Fortuna*, no hace sino confirmar el aserto.

La Fortuna domina la mitad de nuestras acciones, la otra la *Virtú*; hay que golpear a la Fortuna, como mujer que es, para hacerla nuestra y dominarla enteramente; a su astucia hay que oponer la de la *Virtú*, que tiene derecho a usar todos los medios para imponerse, incluso los ilícitos.

La *Necessità* es la otra pieza que falta en la obra maquiavélica y una demostración palmaria de su vertiente naturalística; es además una nueva justificación ética del uso de medios inmorales para la permanencia en el poder.

Por *necessità* se viola la ley moral y se infringe el derecho positivo y por *necessità* el pueblo obedece temiendo al castigo.

Pero recordemos que la *necessità*, que obliga al Príncipe a violaciones éticas y jurídicas, no se impone a los efectos de salvaguardar una forma estatal gestora del bien común, representado por una necesaria planificación de la persona humana, sino para el logro de la gloria del Estado y sus dirigentes.

Por otro lado, el obrar moral del pueblo, impulsado por temor al castigo, responde a una esfera ética inmanente al mismo Estado, que ha creado ese mundo normativo a los efectos de la consecución de su fin.

Recapitulando esta brevíssima incursión por el pensamiento del florentino anotemos que la novedad que introduce está constituida por la sistematización filosófica de todo un planteo que en *praxis* ya existía.

En efecto, los grandes dinastas de su tiempo, desde la quiebra medioeval, practicaban las reglas maquiavélicas, aun cuando permanecían ocultas por un barniz tradicional: lo que les faltaba era la elevación en la empiria del poder a un plano teórico y filosófico.

El hecho de que los titulares de poder encubrieran su acción declamando principios en crisis tenía, sin embargo, su importancia.

Hasta Maquiavelo los postulados morales tradicionales estaban aún incommovibles; con la obra del florentino esta vulneración queda convalidada, justificada como una necesidad, resquebrajándose, entonces, los más íntimos y últimos pilares éticos que habían animado toda una época.

Desde entonces, dice Meinecke, el Mal consigue un lugar junto al Bien.

Finalmente sólo resta reiterar que Maquiavelo perseguía la consecución de la gloria y grandeza del Estado, no la del Príncipe, tal como se demuestra en su aparente contradicción entre la fe monárquica que manifiesta en *El Príncipe* y la republicana propiciada en los *Discorsi*.

Lo primero era necesario para levantar una Ciudad decadente, lo segundo cuando la comunidad era próspera.

Repudiaba, por ello, *la bruta cupidita di regnare* y estimaba como el *pathos* ético más elevado la salvación de la Patria aun a costa de ignominia y vergüenza para el gobernante, si no hubiera otro remedio.

5. Las obras de Maquiavelo tuvieron una difusión extraordinaria. Primero, circularon en manuscritos y luego en una serie de ediciones hechas en Suiza.

No obstante ello, la obra del florentino recibió el más amplio repudio de su tiempo. Recordemos que ya estamos en la época de la Contra-Reforma y que, incluso dentro de las sectas protestantes todavía envueltas en consideraciones medioevalistas, no podía ser bien acogida.

Los autores, Posevino, Rivadeneyra, Gentillet, Bozio, Boccacini, cuando se dignaban llamar por su nombre a Maquiavelo, lo hacían acompañándolo con los calificativos más soeces.

Aquello de *mostruo uscito dell'inferno* junto con el de *flor purulenta de entre las flores florentinas*, da una idea del tenor de los epítetos que sus contemporáneos le dedicaron.

Campanella, que hace un notable aporte al esclarecimiento del problema, también es un anti-maquiavélico decidido, pero, dice Croce, con una posición crítica, no vacua y moralista, sino con el presentimiento anti-maquiavélico de Vico.

Lo extraordinario es que esta actitud general de repulsa al pensamiento de Maquiavelo no podía seguir en vigor por dos razones: primero, porque los procedimientos maquiavélicos en la conducción de la comunidad, tal como ya se dijo, se seguían dando con una virulencia ascendente, y segundo, porque la doctrina del florentino coincidía con una etapa histórico-política de formación de los nuevos estados nacionales absolutos a los cuales hacía un aporte teórico inestimable.

La presión en contra del nombre de Maquiavelo y su obra se impone sólo formalmente, porque de hecho la influencia de su pensamiento sigue siendo absolutamente decisiva.

A fin de evitarse dificultades los autores reemplazan su nombre por el de Cornelio Tácito, y a su obra, por los Anales; cuando quieren referirse al Príncipe apelan al nombre de Tiberio, pero, por supuesto, *El Príncipe* y los *Discorsi*, disfrazados, son el pan diario de la época.

Tan grande es la influencia de Maquiavelo que la resurrección de toda la literatura tacitista se debe al esfuerzo destinado a exponerlo sin mencionarlo.

A continuación vamos a examinar sucintamente la tesis anti-maquiavélica de Giovanni Botero, y luego las distintas posiciones que se adoptaron, según una clasificación efectuada por Benedetto Croce.

Botero es uno de los autores del momento que, entre otros, se lanza contra Maquiavelo.

Su libro es un testimonio de lo que era el 700 con relación al florentino, al manifestar

que, luego de una recorrida por el mundo conocido de Occidente, no ha escuchado hablar, en las Cortes, más que de Maquiavelo, Cornelio Tácito y Tiberio.

La actitud amoral de los comentaristas lo obliga, entonces, a tratar de definir lo que es la *Raggion di Stato*, a la que finalmente equipara con la prudencia política, distinguiéndola de la astucia, en la medida que ésta no busca más que el interés, y aquélla, lo honesto.

Interesante resulta su repudio a aquella concepción que estima ético el sustraer a la conciencia su jurisdicción para determinar lo bueno y lo malo con relación a todas las cosas, ya en lo público, ya en lo privado, aseverando, por el contrario, que no hay, ni debe haber, conflicto entre Razón de Estado y Razón de Conciencia, y sí que ambas deben complementarse.

La intención de Botero, al escribir su obra, era la de terminar con un problema grave desterrando para siempre un tema perturbador de la moral política tradicional.

Sin embargo se equivoca. Detrás de él se despeña una multitud de autores con el mismo tema, entre los cuales podemos citar, de acuerdo con la enumeración de Ferrari, a Spontone, Bonaventura, Cosenza, Ammirato, Fracheta, Zuccolo, Canoniero, Setalla, Chiaromonte y otros.

La característica que adorna a estos autores es su mediocridad, salvo algunos casos excepcionales, pero al menos sirven para dar testimonio de la aceptación de la *necesidad* de la violación de la ley positiva y ética y también de que aún existe un resto de dolor y angustia frente a esa *necesidad* que tratan de explicar infructuosamente.

Siguiente a Croce clasifiquemos a los autores según las vías que adoptaron para tratar de conciliar el *fatto compiuto* de la Razón de Estado con la Ética.

En primer lugar veamos aquéllos que estimaron a la Política como aporte de la Moral y que, en rigor, no hacen más que tratar de seguir las enseñanzas del Aquinatense en la materia.

Así, Spontone, siguiendo a Botero, equipara la Razón de Estado con la Prudencia, distinguiéndola de la astucia; Palazzo hace coincidir razón de estado con buen gobierno, considerando aquélla como un arte que se dirige a establecer la común felicidad de Príncipe y Pueblo, excluyendo los otros modos que no buscan más que el gozo del tirano y que, por no tener por objeto el Bien Común, ni son gobierno ni son Razón de Estado; luego tenemos a Bonaventura y Ammirato, que clasifican las leyes colocando la Razón de Estado sobre el Derecho Positivo y debajo del natural, y por último Canoniero, que define a la Razón de Estado como un necesario exceso de derecho común efectuado por un fin de utilidad pública.

En segundo lugar examinemos aquellos autores que entienden a la Política con sentido maquiavélico y a la Razón de Estado como un mero aspecto negativo de la ley moral.

Franchetta y Chiaromonte los representan. La Razón de Estado estaría constituida por aquellos medios que buscan, a la vez, lo útil y lo honesto, de donde deducen que cuando se busca sólo lo útil tenemos perfilada la mala Razón de

Estado. Augusto y Tiberio serían los prototipos correspondientes a ambas Razones de Estado.

La crítica de Croce es que la Razón de Estado no se puede resolver en una mera negativa y que, ni Franchetta ni Chiaromonte alcanzan a deducir, de aquéllo que llaman malo, lo que tiene de positivo.

En tercer y último lugar veamos a Zuccolo, Settala y Antonio Mirándola, que establecen como autónoma, como distinta de la Etica, la Razón de Estado, pero en una necesaria relación.

Advertimos que Croce se adscribe a esta posición, de tipo formalista, siguiendo la obra de Zuccolo *Raggion de State*, que fuera publicada en 1621 en forma de pequeño opúsculo.

Para Zuccolo las diversas definiciones sobre el tema no son sino demostrativas de las distintas y ardorosas opiniones que se han advertido.

Ejemplificando expresa: Hay quien confunde Razón de Estado con Política, otros estiman que es una parte de ésta; aquéllos la ven perfilada cuando se viola una ley, éstos, cuando se obra de acuerdo con una norma legal; no faltan, tampoco, quienes la verifiquen en la injusticia y en los intereses, mientras algunos estiman que, en la Razón de Estado, se da lo bueno y lo malo en igual cantidad.

De entre esta maraña doctrinaria Zuccolo emerge con una definición sencilla: hay Razón de Estado cuando se obra conforme a la esencia o forma de Estado que el hombre se ha propuesto conservar o constituir, o sea, que consiste en el conjunto de medios destinados a mantener cualquier Constitución, de cualquier tipo que fuera.

Por ejemplo, el Sultán de Turquía que manda matar a sobrinos y hermanos apoyándose en los jenizaros, el exilio según se practicaba en Grecia y la admonición, tal como se usaba en Florencia, significan distintos expedientes, pero en todos ellos se puede descubrir, claramente, la Razón de Estado que, como se dijo, cumple el cometido de proveer los medios necesarios para la conservación de esas diversas formas de Estado.

Enfrentándose con el problema axiológico, Zuccolo dice lo siguiente: La calificación de una Razón como buena o mala no puede depender intrínsecamente de ella misma, sino de la forma de Estado en la cual se articula, que es quien debe dar la nota valorativa. Por eso, aunque se tratara de una forma de Estado impura, no se puede decir que su Razón de Estado sea necesariamente mala, así como cuando juzgamos un par de zapatos no tenemos en cuenta la bondad o maldad del zapatero que los fabricó.

En esta misma línea Settala reafirmará lo dicho al expresar que la Razón de Estado es como el cero en la Matemática —*zero nell'abacco*— que vale o no según se le agregue un número, representado por el temor de Dios.

A su vez Mirándola, refiriendo el problema al juicio del Mesías, otorga al Pilatos la mala Razón de Estado y a Jesús la buena, basándose en los distintos fines que uno y otros perseguían.

Y en esta tesitura teleológica surge otro ejemplo de la época: la razón del Tirano y la del Príncipe se equiparan al acto sexual matrimonial y extramatrimonial que, juzgados

desde el punto de vista fisiológico, no ofrecen diferencia, cosa que no ocurre cuando son valorados según el fin que se busca.

Croce, ya lo dijimos, considera esta línea de pensamiento como el más serio aporte para la dilucidación del concepto de Razón de Estado, entendiendo que se debe llamar así a la indiferente raíz del bien o del mal moral, adornada de una perfección propia, la prudencia o sagacidad (*avvedutezza*), según se plazca en llamarla.

No obstante la claridad tentadora de la doctrina de Zuccolo, aceptada por Croce, su formalismo nos enfrenta con las siguientes preguntas que a nuestro entender no se contestan: ¿Qué ocurre cuando dentro de una forma de Estado buena, que no busca más que el logro del bien común, los medios empleados para alcanzarlo son ilícitos? ¿Deben valorarse los medios o ellos están purgados de su ilicitud en atención a los altos fines que persigue la comunidad política?

Si contestamos afirmativamente esta última pregunta no existe ninguna duda que nos encontramos con una radical etificación del mal.

Además, ¿cómo se aplicaría la doctrina Zuccolo-Croce en una forma de Estado pura, en la que, sin embargo, el Príncipe obra animado de la intención de satisfacer sus intereses personales?

De acuerdo con ella no podríamos entrar a valorar la Razón de Estado y, en esa forma, el obrar político del Príncipe quedaría convalidado.

Y esto último es lo que más a menudo ocurre tal como lo expresa el mismo Croce en un párrafo que no podemos dejar de citar por su belleza y claridad: *L'operare per pura ragione di stato sgombrando tutti gli ostacoli che vengano da natura, da affetti, da abitudini atenendosi solo a quanto ricerca la determinata forma individua di governo, è cosa eltromodo rara e squisita.*

6. Para terminar digamos que el aluvión de obras que se despeña en el 700 alcanza a llegar hasta el siglo XVIII, época que afianza definitivamente el Estado Absoluto.

Pero Maquiavelo y su razón de Estado siguen persistiendo, aunque terminológicamente, por razones de pura conveniencia, se los nombre con denominaciones acomodadas a cada circunstancia histórica: doctrina de los intereses de los Estados, Política de Poder, Doctrina del Equilibrio Estatal, o aun sin emplear ningún nombre, como dice Meinecke hicieron los ingleses, al equiparar durante siglos de preponderancia, los deseos y la expansión del Imperio con la Voluntad de Estado mucho más fina y sutil que la de los alemanes, que para ello fueron guiados por las enseñanzas de Heinrich Treischke.

Por último el nombre de razón de Estado no es de origen maquiavélico.

Quien primero la inventa parece ser que fue el Cardenal Della Casa que lo estampa en carta que dirige al Emperador Carlos V para solicitarle la devolución de Piacenza para su sobrino el Duque Octavio de Farnesio, allá por el año 1550.

Nicoletti, Michele. *Trascendenza e potere. La teologia politica di Carl Schmitt*. Brescia, Morcelliana, 1990, 697 p.

FLORENCIO HUBEŇÁK

El autor es un joven graduado en filosofía de la Universidad de Bologna que ejerce actividades docentes en el prestigioso Instituto de Ciencias Religiosas de Trento. Esta tarea se completa con importantes investigaciones volcadas en sendos trabajos publicados sobre Kierkegaard (*La dialettica dell'Incarnazione. Soggettività e storia in S. Kierkegaard*) y Guardini, dedicándose últimamente al prestigioso jurista alemán al que se refiere este libro.

Carl Schmitt (1888-1985) es uno de los pensadores más significativos —y menos estudiados— de fines del siglo pasado y, en ese aspecto, este importante trabajo llena un considerable vacío bibliográfico sobre un autor silenciado por gran parte de la literatura política. Su actividad intelectual está directamente relacionada con acontecimientos tan significativos de la historia contemporánea como la caída de la república del Weimar y el ascenso del nacional-socialismo.

En el amplio espectro intelectual que desarrollara —derecho constitucional, internacional, ciencia política, filosofía política, teología, literatura, historia institucional— los aspectos referidos a la teología política son indudablemente los más destacados y profundos, recatando una visión político-religiosa casi olvidada en su tiempo y actuando como antecedente —no sólo del pensamiento de *las derechas*—, sino también y de manera destacada como revulsivo de una importante corriente post-hegeliana y *pseudo-luterana* de teología política, convertida —en nuestro continente— en teología de la liberación.

Como advierte el autor en la introducción, internarse en el análisis de la obra de Schmitt resulta sumamente complejo, no sólo por la vastedad y profundidad de su pensamiento que abarca obras desde 1910 a 1978, sino por las reacciones adversas que ha generado en tanta literatura que no vaciló en llamarle *el Mefistófeles pre-hitleriano, un espíritu diabólico o el demonio de la política del Weimar*, identificándole como nunca ocurriera —en el área ideológica— con Satanás. Precisamente es este aspecto el que más fascinara al autor de este trabajo, ya que resultaba tentador intentar un análisis racionalista de un pensador calificado expresamente como *irracional*.

También advierte Nicoletti que no es su objetivo estudiar la vida de Schmitt, ni su actividad política sino básicamente el desarrollo de su pensamiento, estrechamente relacionado con la teología política, sin que ello implique desconocer toda referencia a la realidad e influencia de su vida y obra.

Este libro —que abarca más de seiscientas páginas— estudia minuciosa y acertadamente la producción del pensador alemán en el área de la teología política —o teología del poder— desde sus primeros escritos hasta sus últimas publicaciones, mostrando documentalmente el desarrollo de su pensamiento y las reacciones, críticas y consecuencias que el mismo tuviera en el ambiente intelectual contemporáneo.

Respecto a su obra cabe observar, ante todo, que se trata de un jurista y de un constitucionalista, pero muy versado en los conocimientos humanísticos y con una notable —e influyente— formación teológica, que convierte sus escritos en eminentemente interdisciplinarios, agravando las dificultades de su estudio.

Nicoletti —tras aclarar que Schmitt nació el 11 de julio de 1888 en Plettenberg, tuvo profunda influencia pedagógica francesa y católica, se inscribió en la Universidad de Berlín para estudiar Filosofía, pero terminó dedicándose al derecho, graduándose en Estrasburgo en 1910— se dedica a estudiar los comienzos de la teología política, desde su primer ensayo sobre el tema datado en 1922 (hay edic. castellana: Edit. Struhart y Cía, trad. Francisco Javier Conde. s/f), a partir del tema teológico-jurídico de la culpa y con intención de encontrar un *punto* al dualismo neo-kantiano. Es importante observar —atento su conocida dupla *amigo-enemigo*— que el presunto dualismo maniqueo schmittiano no es más que un paso hacia la búsqueda de una mediación que restaure el orden y unidad perdidos (cfr. con su concepción religiosa de culpa).

La segunda parte de este trabajo está dedicada a analizar la crisis de la modernidad en relación con la teología y la mitología política. Es conveniente advertir previamente que otra de las grandes preocupaciones de Schmitt es precisamente la secularización del mundo moderno, convertida en un verdadero punto de partida de la elaboración de su concepción político-jurídica. Aquí el autor incursiona en la influencia del romanticismo político como reacción ante el racionalismo y expresión de la crisis, rescatando el dualismo schmittiano (ideal-real, espíritu-materia) y una vez más la necesidad de una superación *hegeliana*? del mismo.

A partir de sus lecturas de Maquiavelo, Bodin y Hobbes, pero completadas con Donoso Cortés, de Maistre y de Bonald, el pensador alemán amplía su concepción jurídica —cada vez más inclinada hacia un pesimismo antropológico— a una visión mucho más amplia, abarcativa de lo *espacial* (cfr. su posterior *El Nomos de la tierra*) en una verdadera filosofía de la historia y de la cultura post-secularista, en la que la religión es nuevamente y, sin lugar a dudas, el fundamento de la sociedad. Tales algunas de las ideas fundamentales de su obra sobre el romanticismo político de 1919.

*La dictadura* es su gran obra política publicada en 1921, sobre la base de artículos de 1916 (hay edición castellana: Alianza, 1985). En ella el autor estudia el desarrollo histórico de la misma como intento de reconstruir el origen histórico jurídico del estado moderno a la luz de sus anteriores reflexiones sobre el romanticismo político. Schmitt no duda en afirmar taxativamente que la dictadura es un *estado de excepción* respecto al *estado de derecho*, aclarando que interpreta a ésta como *la actuación del derecho en una situación crítica* o de emergencia. Es importante destacar que al estilo romano para Schmitt, que era ante todo un jurista, la dictadura —que nace históricamente en la esencia misma del estado

moderno como poder absoluto con la revolución francesa— no es soberana ni despótica, sino que tiene un carácter jurídico y es un *poder constituyente* fundamentado en el ordenamiento jurídico del estado.

Sobre el particular escribe Nicoletti: “del origen del estado moderno a su crítica y crisis en la doctrina de la soberanía popular y sucesivamente de la revolución del proletariado, la esencia del poder está, según Schmitt, intrínsecamente ligada a la esencia de la dictadura”. Y agrega que “el estado burgués de derecho que quiere negar la esencia dictatorial del poder no resuelve la crisis del estado moderno y termina por disolver la soberanía misma” (p. 139). De aquí obtiene el pensador alemán su teoría del enemigo, ya que la esencia de la dictadura es defenderse de éste y eliminarlo, tarea que no corresponde al individuo, sino al estado. Para el autor de esta obra “en esta perspectiva la dictadura se convierte en la expresión de la tentativa extrema de la razón de gobernar los acontecimientos en el momento de la crisis” (p. 145).

Más adelante el autor analiza la idea de soberanía, dedicando un acápite especial a los denominados *contra-revolucionarios*, para dedicarse luego a un cuidadoso estudio del origen del concepto de *teología política*, partiendo de la división efectuada por Varrón, en su perdido *Antiquitates* que conocemos en parte gracias a san Agustín. Según el autor no caben dudas que para Schmitt la moderna doctrina del estado no es más que un concepto teológico secularizado. Así lo analiza a través de varios autores modernos.

Otro de los capítulos de esta importante obra está dedicado al tema de Mito y Política en la obra de Schmitt, cuyo estudio inicia el autor aseverando que “El romanticismo político, la dictadura y teología política son las tres etapas de la obra de demolición del liberalismo llevada a cabo por el pensador alemán después de la primera guerra mundial, en la atmósfera de ‘la Viena de los veinte’”. Para Schmitt esta cultura “liberal-burguesa” es la enfermedad del espíritu de Occidente, más allá de las fuerzas económicas, los grupos sociales o los partidos políticos según sostuvieron algunos de sus contemporáneos; su expresión típica es el parlamentarismo, estructurado sobre la soberanía popular, para el autor no existen dudas de que es un mito político.

La tercera parte estudia el problema de la unidad política en el pensador alemán. “Complexio oppositorum” —denomina Nicoletti— al análisis de la relación *amigo-enemigo* (*amicus-hostis*), elaborada por Schmitt a partir de sus escritos de 1923, y que conforma el meollo de este capítulo a partir de la esencia de lo político.

La cuarta parte, denominada la imposible inmanencia del político, estudia los intentos de Schmitt por superar la crisis de la República del Weimar, en que sin abandonar sus ideas centrales de épocas anteriores, pero con la experiencia decepcionante del nacional-socialismo, se inclina por los estudios religiosos, incorporando aspectos vinculados con las investigaciones contemporáneas de Weber sobre la ética protestante y de Peterson sobre el monoteísmo como problema político, para concluir en un análisis cuidadoso de los escritos de Hobbes, que originan su ensayo sobre el Leviatán en 1938 (hay edición castellana: Struhart y Cía, 1990).

La última parte del detallado estudio de Nicoletti analiza el regreso a la trascendencia,

que se percibe a finales de la segunda guerra mundial. Entre los escritos de este período — menos conocidos en nuestro medio— cabe citar el *Ex Captivitate Salus* de 1946, en el que aparece una visión claramente apocalíptica al referirse al *katechon* paulino y al mártir como expresiones de la oposición a la *anomia* del ordenamiento legal moderno.

Finalmente en 1950 Schmitt da a conocer *El Nomos de la tierra* (hay edición castellana: Centro de Estudios Constitucionales, 1979), adentrándose en conceptos modernos de Derecho Internacional y de Geopolítica, en que reaparecen conceptos como la soberanía del estado, el *justus hostis* (justo enemigo), la libertad de los mares y el reconocimiento de los cambios territoriales, bases del *Ius Publicum Europeaeum*, en que presiente los nuevos ordenamientos jurídicos de la decadencia de Occidente, que ya anticipara su colega Spengler.

La obra concluye con un estudio sobre Teología y Cristología política, que implica un regreso del autor a sus escritos juveniles y da lugar en 1970 a un nuevo libro de Teología Política (hay edición italiana: Milano, Giuffré, 1992), en el que funda el estado en la trascendencia. Ahora sus discusiones académicas son con los gnósticos como Eric Voegelin o Hans Albert, que Nicoletti estudia vinculándolos con los teólogos políticos alemanes contemporáneos como Metz o Moltmann.

A manera de conclusión Nicoletti se pronuncia sobre la controvertida relación de Schmitt con el nazismo —de manera similar a los de Heidegger o Jünger— afirmando que el hecho de que algunos escritos de Schmitt “hayan servido durante el período nazi para legitimar teológicamente al régimen, no significa que la posición teórica de Schmitt pueda ser limitada a esta forma de teología política, menos aún en el período nazi” (p. 623), para dejarnos la reflexión que es necesario repensar el nexo entre teología y política, el origen teológico del poder y su trascendencia en cualquier sistema político.

A partir de hoy quien pretenda acercarse al estudio del pensamiento político de Schmitt o a temas de teología política no podrá dejar de consultar este documentado estudio de Michelle Nicoletti.

# EL MODELO ACUSATORIO EN EL NUEVO PROCESO PENAL ITALIANO

POR DR. STEFANO MOGINI  
(TRADUCCIÓN DEL DR. CARLOS L. FERREYRA)

“La ley del proceso penal y el modo de aplicarla son el fundamento probablemente más importante de convivencia organizada; no hay un indicio mejor para medir el grado de civilización de un pueblo”.

Franco Cordero

## INTRODUCCIÓN

El 24 de octubre de 1989, un año después de su publicación en el Boletín Oficial, entraba en vigor el nuevo código de procedimiento penal italiano. Conjuntamente comenzaban a regir las disposiciones relativas al nuevo rito en caso de imputados menores, así como una serie de innovaciones en el ordenamiento judicial.

Se concretaban así proyectos de casi treinta años de antigüedad, entre los que se contaba el de 1963, realizado por una comisión presidida por el Prof. Carnelutti.

El presente trabajo se propone informar acerca de los principios rectores y de los lineamientos generales del nuevo proceso penal italiano, no tanto a través de la descripción —a veces necesaria—, del *cómo* de los varios institutos y mecanismos procesales, sino, por el contrario, poniendo en evidencia el *porqué* de las elecciones del legislador, subrayando en cada caso los aspectos de continuidad o ruptura con una evolución de pensamiento y de experiencia que trasciende en larga medida los confines nacionales y que empeña en una común reflexión a estudiosos y prácticos del derecho, tributarios de tradiciones jurídicas diversas.

Y justamente para comunicar el sentido, las *ideas fuerza* del nuevo proceso penal a juristas que no necesariamente conocen el ordenamiento jurídico italiano, considero oportuno referirme, en primer término, a los modelos procesales elaborados y realizados en los sistemas jurídicos de tradición continental y anglosajón, y luego al conjunto de tratados internacionales y al contexto constitucional italia-

no que han representado los puntos cardinales de la codificación de 1988. Ello permitirá encuadrar el nuevo código en sus relaciones con el eje institucional de la Italia republicana y con la realidad contemporánea de la sociedad y de la cultura jurídica del país.

Un código no es una entidad inmutable, sino un verdadero organismo viviente, como tal sujeto de movimientos, contradicciones y conflictos que se agitan en la sociedad que lo explica.

Los cuatro años transcurridos desde la entrada en vigor del nuevo código sitúan a los estudiosos que se preguntan sobre las tendencias de un sistema penal, y por ello de una sociedad, en una posición privilegiada para conducir su reflexión.

La parte final de este trabajo estará, pues, dedicada a una sintética relación de las importantes modificaciones que ha sufrido el *corpus* del código original hasta el día de hoy, por efecto de las sucesivas providencias legislativas de la jurisprudencia relativa a la emergencia causada por el desfasaje entre la estructura judicial con las exigencias del nuevo proceso, y de fenómenos y eventos criminales que han sacudido la vida civil italiana.

En mi intención de análisis de los modelos, del contexto, de los principios y de las modificaciones del nuevo código de procedimiento penal italiano, propongo recorrer juntos las etapas de un camino no siempre lineal, pero de todos modos fruto de una original elaboración de distintas experiencias.

## I. LOS MODELOS

La contraposición *inquisitorio - acusatorio* constituye tradicionalmente la *summa divisio* a la cual nos referimos cuando queremos caracterizar sintéticamente un determinado sistema procesal penal.

Se trata naturalmente de dos *modelos hipotéticos, elaborados mediante una abstracción a partir de algunos caracteres reales de ordenamientos existentes e históricamente reconstruibles; ...el uno y el otro, pues, representan tipos ideales, colocados en los extremos de un territorio, al interior del cual pueden combinarse según diferentes modalidades, en relación a numerosas variables* (ILLUMINATI).

Más allá de las referencias al proceso romano clásico, como arquetipo del proceso acusatorio, y al imperial como paradigma inquisitorio, son, principalmente, las características propias del proceso del *ancien regime* y los modelos contrapuestos, los que originaron las polémicas iluministas frente al a inquisición al ser evocados, a nuestros días de la dicotomía inquisitorio-acusatorio.

Inquisitorio es, entonces, en síntesis, el proceso caracterizado subjetivamente por la coincidencia en el mismo órgano, de modo más o menos extendido, de las facultades de acusación y recepción de pruebas, por una parte, y de decisión por la otra, por lo que la investigación la realiza únicamente el magistrado, y procede de modo analítico, potencialmente sin límites, y con una adquisición probatoria escrita y secreta.

Como acusatorio, al contrario, se define habitualmente al proceso en el que participan necesariamente por lo menos tres sujetos, de los cuales los dos primeros, Ministerio Público e imputado, se encuentran en posición paritaria y contradictoria, y el último, el Juez, imparcial respecto a los intereses contrapuestos de aquéllos, y no destinado ni a formular la acusación, ni a la búsqueda de las pruebas según formas caracterizadas por la oralidad y publicidad en la tendencial unidad de tiempo representada en el debate. En una acepción más amplia, y sólo parcialmente coincidente con órgano, en forma más o menos igualitaria, de los poderes de acusación e instrucción de las pruebas, por una parte, y de decisión, por la otra, por lo que la investigación es realizada únicamente por el magistrado, y procede en modo analítico, potencialmente sin límites y con una adquisición probatoria escrita y secreta.

Como acusatorio, al contrario, se define al proceso en el que participan, necesariamente, por lo menos tres sujetos, de los cuales los dos primeros, ministerio público e imputado, se encuentran en igual posición y en contradicción; y el tercero, el Juez, imparcial respecto a los intereses contrapuestos, y no encargado ni de la formulación de la acusación ni de la búsqueda de la prueba; caracterizado también por la oralidad y publicidad del debate.

En una acepción más amplia, y sólo parcialmente coincidente antes descrita, es inquisitorio cualquier proceso en el que el juez no se limite a un papel meramente pasivo de espectador, frente a los intereses contradictorios de las partes, sino que contribuye a la formación de la *regiudicando* y esté dotado de facultades instructorias. Es así que en el derecho procesal civil el *principio inquisitivo* se contrapone al *principio dispositivo* en un doble sentido; con referencia a la facultad exclusiva de las partes de determinar el objeto de la controversia, como a la de elegir y producir las pruebas.

Es evidente por otra parte que en derecho penal, en un sistema, pues, distinto de aquél de autonomía privada, tal distinción pierde mucho de sus valores, porque, ciertamente, un proceso no deja de ser acusatorio aunque se le conceda al juez un papel activo en la elección y adquisición de las pruebas, aunque tal poder permanezca delimitado a ámbitos excepcionales respecto del normal poder de las partes.

La distinción es, además, conceptualmente útil para designar en el proceso penal al tipo de relación que se da entre el juez y las partes (pública y privada), con referencia a la vinculación de la acusación con la titularidad de la prueba.

Justamente a la pasividad del juez, y sobre todo a la adquisición de la prueba, se refiere el concepto anglo-americano de *adversary system*.

De la confrontación de los dos sistemas emergen con suficiente precisión dos modelos culturales caracterizados por el distinto modo de entender la relación entre el ciudadano y el Estado, tanto que resulta generalmente aceptada, aun en su evidente aproximación, la tesis según la cual el proceso acusatorio sería expresión de los regímenes democráticos, y el inquisitorio, de los regímenes autoritarios.

Junto a los modelos acusatorio e inquisitorio, que no por casualidad han sido definidos *hipotéticos* por la falta de realizaciones puntuales y completas, se suele también colocar el así llamado *sistema mixto*, cuyo arquetipo se encuentra en el *code d'instruction criminelle* francés de 1808 y en los ordenamientos procesales de la

Europa continental, que de él derivan, los que representarían una oportuna mediación entre los dos, a los fines de realizar un justo equilibrio entre las exigencias de defensas de la sociedad y las de tutela de los derechos individuales, puestas en peligro respectivamente por la adhesión total a uno u otro sistema.

Tal estructura procesal aparece destacada en dos fases: en una instructoria, conducida según los cánones del proceso inquisitorio, sigue un debate público, oral y contradictorio que tiene por objeto la verificación del fundamento de una acusación prefijada.

La solución, por cierto, presenta características originales y no es posible negarle una identidad propia. Por otra parte, un juicio sobre la fisonomía de un proceso así no puede prescindir del análisis de las relaciones entre las dos fases, en particular en lo que se refiere al valor probatorio de la instrucción a los fines de la decisión.

El código de procedimiento penal italiano de 1930, vigente, aun con numerosas y sustanciales modificaciones, hasta 1989, pertenece al grupo de los sistemas procesales mixtos de cuño napoleónico.

En la faz instructoria, Ministerio Público, Juez Instructor y Pretor actúan simultáneamente como órganos investigadores y jurisdiccionales, contando con facultades de decidir sobre las pruebas recogidas por ellos mismos, si el imputado debe o no ser sometido a debate.

Y el juez que debe pronunciarse sobre el mérito de la imputación en el debate no sólo puede conocer preventivamente y estudiar los actos contenidos en el expediente instructorio, sino que está legitimado para utilizarlo ampliamente en audiencia, mediante las lecturas, para además poner los elementos de prueba adquiridos en la fase instructoria como fundamento de su decisión. Si a ello se agrega que para un número de procesos siempre creciente en el tiempo y que no siempre tienen por objeto delitos de escasa relevancia social, el Pretor, órgano monocrático, acumula las funciones de acusador y de juez en cuanto ejercita la acción penal, cumple los actos de instrucción necesarios, eleva a juicio al imputado formulando la acusación sobre la cual luego sentencia como juez del debate, en presencia de un ministerio público honorario (y naturalmente de la defensa empeñada en refutar el resultado de la instrucción), se tendrá la percepción del carácter directamente inquisitivo del proceso italiano antes vigente, para una cantidad irrelevante de casos.

De todas maneras, refiriéndome al proceso ordinario ante el Tribunal no hay dudas de que el “cúmulo de roles por parte de los magistrados instructores y la compenetración de las fases ligadas por el cordón umbilical del expediente instructorio son las estructuras portantes del sistema de 1930” (AMODIO).

Es verdad también que reiteradas intervenciones abrogativas e interpretativas de la Corte Constitucional habían, sobre todo en la segunda mitad de los años '60 y hasta 1975, ensanchado notablemente los derechos procesales del imputado, sustancialmente anticipando la intervención de la defensa y consintiendo su participación en los actos instructorios, pero si tal línea evolutiva realizaba, por un lado, una tendencial paridad de las partes, por otro lado, otorgaba a la instrucción, en la que asoma la presencia de las garantías defensivas, un peso y una atendibilidad siempre mayor para el juez del debate, menospreciando sustancialmente la oralidad y la inmediatez de esta última fase.

Por otra parte, abrir el contradictorio a toda la instrucción (y siempre que la misma tenga aún razón de ser una vez eliminado el secreto) hubiera importado no sólo una duplicación de actividades procesales, ya inútilmente repetidas en las varias fases, además de una ulterior reducción de la función concreta del debate.

Es sobre la base de esta experiencia y de estas consideraciones que en la cultura jurídica italiana (acompañada por tentativas de evolución de otros sistemas tradicionales ligados a estructuras procesales de tipo inquisitivo o mixto, valga por todos el proyecto de reforma redactado en Francia en 1990 por la Comisión presidida por Madame Delmas-Marty) se ha radicado la convicción de que el no despreciable aumento de las garantías defensivas en el sentido de una tendencial paridad de poderes entre las partes fuese incompatible con el mantenimiento de una estructura del proceso caracterizada, en sentido inquisitivo. Y lo adquirido a fines garantistas de un sistema inquisitivo ha hecho que las siempre advertidas exigencias de reforma fuesen orientadas a un modelo procesal de tipo acusatorio, a partir de aquél que es considerado como el prototipo concretamente realizado de tal paradigma procesal: el *trial by jury* anglo-americano.

## II) EL MODELO AMERICANO

Como es sabido, *trial by jury* en su máximo exponente los elementos de una contestación pública con iguales armas delante de un jurado popular destinado a acreditar los hechos, con el juez en papel de árbitro. El material probatorio recogido por la acusación en la fase de las investigaciones preliminares, en ausencia del contradictorio, no puede ser directamente utilizado para la decisión, que tiene en cuenta sólo aquello que resulta de la audiencia. Las partes tienen el control completo de los medios de prueba y de los elementos a introducir, mientras el juez, si bien no privado del todo de poderes, es un espectador neutral (eso vale con mayor razón para el jurado, a quien ni siquiera se le concede el uso de la palabra).

El sistema está caracterizado además de un conjunto coherente y riguroso de reglas legales sobre la prueba, la *law of evidence*, dirigidas a garantizar al mismo tiempo la efectiva paridad de las posiciones procesales de las partes y la tutela de los derechos inviolables y constitucionalmente protegidos del imputado.

Es el caso, en primer término, de las normas sobre exclusión: los testigos, individualizados siempre como testigos de la acusación o de la defensa, son introducidos y examinados directamente por las partes, a *pregunta y respuesta*. A la *direct examination* sigue, dentro de límites bien precisos, la *cross-examination* de la contraparte, con el fin de controlar la atendibilidad de la deposición.

Se señalan además la prohibición de interrogar al imputado (salvo su facultad de ser oído como testigo) y de disponer careos entre testigos, así como las normas de exclusión, entre las cuales se pueden citar aquéllas concernientes a la *hearsay evidence* o testimonio indirecto, los antecedentes del imputado que no haya requerido testimoniar, las pruebas obtenidas ilegalmente.

La falta de un expediente procesal que documente las investigaciones cumplidas pone al juez y al jurado en condición de participar en el debate sin opiniones preconcebidas, aunque por otro lado crea el problema de reglar el conocimiento por parte de la defensa de las pruebas que la acusación se propone producir.

En el conjunto, las reglas probatorias están justificadas pragmáticamente con la presencia del jurado, no experto en el derecho, y que por ello emite un veredicto no motivado (e impugnabile como tal: eventual motivo de impugnación sería la violación de las reglas procesales).

Profundizando el análisis, se observa que es en realidad distinto el modo de entender la certeza respecto a los sistemas continentales de tipo inquisitivo.

Mientras, en efecto, en estos últimos el proceso finaliza con la verificación de la verdad histórica mediante una operación técnica de tipo burocrático (en tanto desarrollada por funcionarios estatales, aunque caracterizados en la mayor parte de los casos por un particular *status* de independencia) basada sobre la aplicación de un procedimiento lógico de cuño cartesiano que tiende a acreditarse como pura deducción de reglas generales, y quiere asegurar uniformidad y certeza de resultados (se ve, por ejemplo, en la amplitud con que es concedida la impugnación hasta llegar a la Corte Suprema), los sistemas de *common law* se fundan en la búsqueda de una verdad *probable*. Estos sistemas tienden a una verdad susceptible de verificación, según una metodología procesal dialéctica que permita hacer justicia en el caso particular mediante procedimientos valorativos que tornan superflua la referencia a normas sustanciales de *parte general* y relativa la distinción entre cuestiones de derecho y de hecho.

Es necesario además hacer notar que si del análisis del *trial by jury* se pasa a considerar el sistema penal íntegro de los países del *common law*, sucede que en realidad el modelo acusatorio encuentra aplicación en un número bastante limitado de casos, suficientes para poner en discusión su efectiva vigencia.

Las situaciones que causan la erosión del modelo son muchas.

La principal y más notable está ligada a uno de los aspectos típicos del proceso anglo-americano; la disponibilidad de la acusación, en el significado recíproco de ejercicio discrecional de la acción penal y de facultad del imputado de someterse voluntariamente a la sanción declarándose culpable.

Típico del sistema penal americano es el recurso al así llamado *plea bargaining* que se sustancia en una verdadera y propia contratación entre acusación y defensa, con la cual el imputado acepta declararse culpable a cambio de un consistente mejoramiento de su imputación o de otras ventajas, reales o presuntas.

La declaración de culpabilidad (*guilty plea*) excluye el *trial* y el juez se limita a determinar la pena con un ahorro de tiempo y de recursos notable.

El recurso al *plea bargaining* es muy frecuente, tanto que representa la regla y el *trial* la excepción; se estima alrededor del 90% del total el promedio de los casos que, en las varias jurisdicciones de los EE.UU. concluyen con la *guilty plea*. Por otra parte, el recurso a este particular rito resulta incentivado para reducir la enorme carga de trabajo que la adopción

generalizada del *trial* importaría, de manera de reservar ese instrumento, refinado pero también complejo y dispendioso, a aquellos casos que, por sus especiales connotaciones, lo requieran.

La definición de la mayor parte de los procesos en una fase previa al debate determina, en los hechos, la sustitución de un modelo burocrático-administrativo por uno teórico, jurisdiccional y acusatorio.

El control del juez sobre el acuerdo alcanzado por las partes se limita a la verificación de la voluntariedad y consentimiento del *plea*, lo que no impide que un buen número de imputados se declare culpable sólo para evitar costos y los riesgos del juicio, aunque, en efectos, sean inocentes.

Es evidente la distancia que separa la estructura real del proceso del modelo ideal acusatorio, como el mejor instrumento para la búsqueda de la verdad.

Potencialmente, el *trial* es una garantía para cualquier acusado. En la práctica, las condiciones económicas tienen una importancia decisiva, mucho mayor que en los ordenamientos continentales: la discriminación, en efecto, no se advierte sólo con respecto a la asistencia defensiva disponible, sino por la posibilidad misma de afrontar un juicio, en lugar de optar por un *guilty plea* más o menos ventajoso.

No está exento el sistema anglo-americano de defectos. El primero y más remarcado es la excesiva combatividad de los representantes de la acusación y la defensa, aun a costa de la sustancial justicia de la decisión; el uso de la *cross examination* al solo objeto de desacreditar un testimonio ante los ojos del jurado, hasta la posibilidad de evitar la introducción de pruebas, tal vez decisivas pero de resultado imprevisible, numerosos expedientes pueden ser utilizados para manipular la presentación de los hechos, gracias al preminente control de las partes sobre el proceso.

Otro motivo de insatisfacción está representado por el papel expectante, en las investigaciones preliminares del ministerio público y sobre todo de la policía y de los poderes de dirección consecuentemente delegados a esta última. Sería preferible una investigación conducida, o al menos controlada, por un magistrado imparcial (equivalente al juez de instrucción) que se supone orientado a buscar todas las pruebas, sean éstas de cargo o de descargo. Otras objeciones se refieren al peso determinante atribuido a los aspectos formales del proceso, a prescindir de la efectiva existencia de un interés que merite tutela. Piénsese por ejemplo que las reglas de la exclusión de la prueba conducen, frecuentemente, a concluir que el éxito del proceso está ligado más a la capacidad de las partes de aprovechar las posibilidades ofrecidas por el rito, que al real fundamento de sus posiciones, sobre el mérito de la acusación. Y esta enfatización de los aspectos *deportivos* del proceso no ha dejado de suscitar críticas y reservas no sólo en los países anglosajones, sino también en las realidades jurídicas de tradición continental.

La preferencia de un modelo de cuño acusatorio y el conocimiento de los modelos puestos en práctica han constituido las bases culturales de la nueva codificación procesal penal italiana.

### III. EL CONTEXTO

Pero además la adhesión a un modelo acusatorio aparecía de acuerdo a las disposiciones normativas y a las enunciaciones de principios afirmadas por la Carta Internacional de los Derechos, ratificada por Italia, y como tal, receptada y válida en el ordenamiento interno y por la Constitución Republicana.

Quede claro que ni los acuerdos internacionales ni la Constitución establecen un modelo orgánico de proceso que pueda inclinarse por el modelo acusatorio o por el inquisitivo.

Existen además, en esos textos, indicaciones precisas que inducen a considerar más coherente con sus enunciados una organización procesal acusatoria.

No es casualidad que, tanto la Declaración Universal de los Derechos del Hombre como la Convención Europea para la salvaguarda de los derechos del hombre, como el Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos, reafirmen los tradicionales derechos de la persona, de origen iluminista, enunciados de un modo orgánico en el *Bill of rights* (adviértase también la correspondencia histórica entre las primeras experiencias de la legislación revolucionaria francesa y el intento de transformar radicalmente el ordenamiento procesal precedente mediante la adopción de esquemas acusatorios.

En lo que concierne a los tratados internacionales y sin entrar en particulares, se puede recordar la importancia que ellos atribuyen a la intervención de un juez por sobre las partes (art. 5, n. 3 y 4; 6, n. 1 de la Convención Europea; art. 9, n. 3 y 4; 14, n. 1 del Pacto Internacional). Se deduce no sólo la exclusión de cualquier cúmulo de funciones de juez con las de acusador, pero también una exigencia de paridad entre acusación y defensa. Exigencia que resulta ulteriormente especificada en las disposiciones que tutelan el contradictorio.

Es de notar también la expresa mención del requisito de la imparcialidad del juez respecto al de su independencia: esta última es, indudablemente, una de las condiciones que permiten la imparcialidad, la que, no obstante, está asegurada, en concreto, en la posición del juez en el proceso, equidistante y al reparo de prejuicios en uno o en otro sentido.

En tal dirección está orientada la presunción de inocencia del imputado (art. 6, n. 2 Conv. Europea; art. 14, n.2 Pacto Internacional) que tiene como fin contrabalancear en el juez el peso de la hipótesis de acusación.

Pasando a la estructura del juicio (que salvo excepciones debe ser público), son relevantes los arts. 6, n. 3 de la Conv. Europea y 14, n. 3 del Pacto Internacional, que reconocen al imputado el derecho a la previa contestación de la acusación y, en general, a una efectiva participación, con adecuada asistencia técnica.

Entre los criterios más significativos, están las disposiciones que tutelan el principio del contradictorio en la asunción de las pruebas.

El cuadro de referencia, a primera vista, parece el del interrogatorio cruzado según el método *adversary* ("examinar o hacer examinar los testigos de cargo y obtener la citación

y el examen de los testigos de descargo en las mismas condiciones que los testigos de cargo”) y no hay duda de que una normativa así encuentre en el proceso acusatorio su ubicación natural.

Pero considerando las disposiciones de la Constitución italiana (se trata de un corpus normativo rígido) parece razonable concluir que un eje tendencialmente acusatorio sea el más idóneo para asegurar la actuación de las garantías fundamentales constitucionalmente protegidas. Y, en general, no es posible comprender el sentido del nuevo código sin reflexionar sobre las nuevas normas procesales en el contexto constitucional de referencia.

Ningún discurso de compatibilidad del sistema con las reglas enunciadas por los tratados internacionales puede, en efecto, prescindir del reclamo de igualdad consagrado por el art. 3 de la Constitución.

La afirmación según la cual “todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales delante de la ley, sin distinción de sexo, de raza, de lengua, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales” impone, entre otras cosas, que el proceso penal se estructure de modo de evitar la desigualdad de tratamiento en iguales situaciones.

En este cuadro, también otras disposiciones constitucionales asumen una función instrumental respecto de la realización del principio de igualdad.

Entre ellas, mencionamos al art. 1123, que establece el principio de la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público.

Y el artículo 109, según el cual “la autoridad judicial dispone directamente de la policía judicial”, torna efectivo el poder-deber del Ministerio Público de ejercicio de la acción penal, asegurándole los instrumentos necesarios para la eficacia de su función en un área sustraída a la posibilidad de interferencia de otros órganos del Estado.

Si a ello se agrega que en el ordenamiento del Estado los magistrado del M.P. gozan de las mismas garantías reconocidas a los jueces (ingreso por idéntico concurso, separación entre función y carrera, inamovilidad, independencia absoluta del P. Ejecutivo, gobierno autónomo de la magistratura a cargo de un Consejo Superior de la Magistratura, compuesto de manera tal de garantizar, al mismo tiempo, la independencia de la Magistratura y su inserción en el contexto institucional de los otros poderes del estado, arts. 104, 105, 106, 107 Const.) se advierte que la igualdad frente a la ley está asegurada en cuanto concierne la sumisión a proceso penal de la concesión del poder-deber de acción a un órgano con prerrogativas de independencia y munito de efectivos poderes de intervención, así como de la disponibilidad de la policía judicial.

El principio de igualdad importa necesariamente, además, que el juez sea independiente e imparcial.

Mientras en lo que se refiere a la garantía de independencia la posición del juez, como se ha visto, no es sustancialmente diversa a la del M.P., es naturalmente distinta la acepción del concepto de imparcialidad propia de ambos órganos.

Referida al M.P. imparcialidad significa objetividad y uniformidad de tratamiento en el ejercicio de la acción penal y en la gestión procesal de la función de

acusación; para el juez, en cambio, se fundamenta en su ajenidad con las razones de las partes.

Un corolario del art. 3 de la Const. parece ser la necesaria separación del papel de juez del que acusa y el que recoge pruebas. Resulta significativo, al efecto, el art. 24, ap. 3 de la Const., que establece que “están asegurados a los no habientes, los medios para actuar y defenderse frente a cada jurisdicción”.

El camino a seguir para remover la desigualdad de condiciones personales no es pues confiar al juez la defensa del imputado, en el ámbito de los poderes inquisitivos, sino proporcionar a los pobres los medios para defenderse adecuadamente, acentuando aún más el contradictorio.

Yendo al análisis de los efectos del principio de igualdad de la estructura subjetiva del proceso a las reglas que le son propias, podemos concluir que éstas deberán realizar un contradictorio caracterizado por la paridad de las armas concedidas a las partes (obsérvese al efecto el art. 24, inc. 2 de la Const. según el que “la defensa es un derecho inviolable en cada estado y grado del procedimiento”).

No ha sido subestimada una norma, el art. 101, inciso primero de la Const. que podría parecer puramente formal, según la cual “la justicia es administrada en nombre del pueblo”. Ello torna necesario que los procedimientos trasuntan el máximo de transparencia y el control de la colectividad sobre los métodos de verificación utilizados.

#### IV. PRINCIPIOS

Teniendo bien presentes los *modelos* y el *contexto* a los que, hasta aquí, me he referido, el legislador italiano ha efectuado una explícita elección afirmando en el art. 2 de la ley respectiva que el nuevo código “debe consagrar los caracteres del sistema acusatorio”.

Así ha abandonado la tradición continental, para realizar un proceso caracterizado por una estructura afín a la del sistema del *common law*.

No faltan, y se intentará en este trabajo poner en evidencia, institutos originales para un sistema acusatorio en el que aparece en cierto modo, receptada la herencia de la experiencia continental.

Se ha visto ya como el cúmulo de roles por parte de los magistrados instructores y la compenetración de las fases posibilitada por el tránsito en el debate del expediente instructorio fueron las características del código de 1930.

Pues bien, el nuevo rito repudia decididamente esta impostación, realizando en modo expreso los principios puestos, es decir la distinción de roles y la separación de las fases.

El proceso italiano se califica, además, como proceso de partes, no sólo por la sustancial adhesión al principio dispositivo, sino también por las reglas de repartición de la carga de la prueba y por la extensión de las facultades de las partes, extendidas en orden a la definición del juicio.

#### IV. 1. DISTINCIÓN DE LOS ROLES: LOS SUJETOS

Junto con la entrada en vigor del nuevo código, la reforma del sistema procesal de 1988 se manifiesta, además, en una intervención importante en el ordenamiento judicial.

De la combinación de estas medidas legales deriva la restitución de la pureza de los roles a los magistrados intervinientes en el proceso.

Es abolida la figura del juez instructor, el órgano más emblemático del procedimiento de cuño francés, que actúa en el anómalo papel de juez acusador.

Es también eliminado, al menos en lo que concierne al juicio frente al Tribunal, el ambivalente papel de acusador-juez, reconocido en el código de 1930 al M.P. en el ámbito de la instrucción sumaria, donde recogía la prueba y disponía la elevación a juicio ante el Colegio. En el nuevo rito, por el contrario, el M.P. en el caso en que los elementos de prueba obtenidos en el curso de las investigaciones preliminares sean idóneos, deberá pedir a un juez monocrático la elevación a juicio del imputado frente al Tribunal y su solicitud será examinada en el contradictorio por las partes, en el curso de una “audiencia preliminar” convocada al efecto.

La reestructuración de los órganos predisuestos para las investigación se completa con la creación de una inédita figura jurisdiccional: el juez para las investigaciones preliminares (art. 328 y 550). A él se le comisiona el control de lo actuado por el M.P. en el curso de las investigaciones, siempre que la actividad de este último sea susceptible de incidir sobre derechos fundamentales del indagado (intercepciones telefónicas, custodia cautelar, secuestro a los fines de impedir que el delito tenga ulteriores consecuencias), o bien cuando es necesario proveer en orden a los términos de las investigaciones (prórroga del termino ordinario de seis meses), o a su conclusión (solicitud de archivo o de elevación a juicio).

Al Juez de las I.P. se le ha encargado, también, el deber de asumir, a solicitud de partes, las pruebas no remisibles a debate debido al peligro de dispersión o alteración.

Con este instrumento, denominado *incidente probatorio*, el legislador permite, por vía de excepción, que la prueba pueda formarse antes del debate, pero en las formas y con las garantías de defensa propias de esta fase procesal.

La creación de la figura de un juez encargado del control de legalidad e integridad de las investigaciones preliminares constituye una novedad original del nuevo sistema procesal italiano. Constituye el intento de conciliar los mejores aspectos de las experiencias continentales con las del *common law*.

De las primeras, el J.I.P. recupera los caracteres de imparcialidad y de contrapeso respecto a los poderes del M.P. en la etapa de las investigaciones preliminares propias de la figura del juez instructor; de las segundas, toma el rechazo a la acumulación de roles de decisión y de obtención de pruebas en un único sujeto procesal.

En fin, la reforma incide sobre la figura del pretor, órgano monocrático de primer grado que, más que ningún otro, acumulaba las funciones de acusación y juicio para los delitos de menor importancia.

En su lugar se han previsto tres órganos distintos, que corresponden a los distintos roles antes enumerados, con referencia a proceso frente al Tribunal: Procurador de la República, adscrito a la Pretura; Juez de las Investigaciones Preliminares, de la misma pretura; Pretor del debate (art. 550).

La descomposición del pretor *Giano bifronte*, acusador-juez, en tres órganos con su respectiva competencia, es particularmente significativa de la profunda transformación del sistema.

#### IV. 2. SEPARACIÓN DE FASES: LA ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO

La otra gran innovación del nuevo código es aquella que consagra una neta distinción entre investigación preliminar y proceso.

En el nuevo sistema, en efecto, es abolida la instrucción como fase procesal enlazada al juicio, y las investigaciones preliminares demandadas al M.P. son orientadas a las decisiones de este último en orden al ejercicio de la acción penal (art. 326), y no ya a formar pruebas directamente utilizables en el debate, a fines decisorios.

Las investigaciones preliminares constituyen así una fase externa al proceso, y el pasaje de una a la otra está caracterizado por el ejercicio de la acción penal, de modo tal de impedir a los resultados de la actividad del M.P. penetrar en el debate a los fines de formar la base de la convicción del juez.

Se produce así un verdadero derrumbe de las relaciones entre instrucción y debate que caracterizaban al código de 1930, notoriamente desbalanceadas en favor de la primera. En el nuevo proceso, el centro de la verificación judicial se da en el debate, fase ésta dominada por el principio según el cual “el juez no puede utilizar, a los fines de la deliberación, pruebas distintas de aquéllas legítimamente adquiridas en el debate” (art. 526).

El principio de la separación de las fases está destacado también en el nuevo rito en tres momentos fundamentales: investigaciones preliminares, audiencia preliminar, debate. El M.P., como se ha visto, cumple la primera, en su papel de parte privada de facultades coercitivas y de formación de la prueba, que fundamente sus determinaciones en orden al ejercicio de la acción penal.

El *modus procedendi* del M.P. en esta fase pre-procesal no está señalado de una manera puntual, o directamente no está descripto, así como para las llamadas actividades “dirigidas a la individuación de la prueba” de la que habla el art. 357, inc. 1, C.P.C.

La libertad de las formas de los actos preprocesales está justificada en el hecho de que dichos actos no tienen un valor probatorio directo, al contrario de lo que ocurre con la actividad en el debate, en la que tiene fuerza vinculante. Las investigaciones preliminares deben ser cumplidas en el término de seis meses contados desde que el nombre de la persona imputada es inscripto en el registro respectivo (art. 405).

Los modos posibles de concluir las investigaciones preliminares implican además del M.P., en su papel de solicitante, al J.I.P., eventualmente en el contradictorio de las partes privadas constituido en la audiencia preliminar.

Para el M.P. las alternativas son, sintéticamente, las siguientes:

1) En el caso en el que la noticia del delito resulte infundada o no sea posible identificar al autor del hecho criminoso, el M.P. presente al J.I.P. una solicitud de archivo.

El J.I.P., que en esta sede cumple la función de garante del respeto del principio constitucional de obligatoriedad de la acción penal, puede acoger la solicitud del M.P. y emitir un decreto de archivo, o bien puede rechazarla, solicitando al M.P. que formule la imputación (arts. 409 y 554, inc. 2), y el consiguiente ejercicio de la acción penal, o el cumplimiento de ulteriores investigaciones consideradas necesarias (art. 409, inc. 4).

Se prevé también en esta fase, un mecanismo que permite una intervención de las partes privadas (arts. 409 y 410).

2) El M.P. sobre la base de las investigaciones realizadas, considera fundada la *notitia criminis* y ejercita la acción penal, formulando la acusación a cargo del indagado y solicitando al juez la elevación a juicio frente al Tribunal, la solicitud de elevación a juicio representa el acto típico de ejercicio de la acción penal, y todo aquéllo que la precede no pertenece al proceso.

El juez convoca, entonces, a las partes para la *audiencia preliminar*, en el curso de la cual el M.P., en el contradictorio entre el imputado y las eventuales partes privadas, expone los resultados de las investigaciones cumplidas y los elementos de prueba que fundamentan su imputación. La audiencia está destinada a considerar el fundamento de la imputación: el imputado tiene la facultad de producir elementos de prueba de descargo y el juez de la audiencia preliminar (J.A.P.) puede indicar a las partes temas nuevos o incompletos sobre los que resulta necesario adquirir ulteriores informaciones a los fines de la decisión (art. 422, inc. 1). Decisión que podrá sustanciarse en una sentencia de *no ha lugar a proceder* (art. 425), en la que por motivos de rito o de mérito se verifique la imposibilidad de penar al imputado, o bien en un decreto que dispone el juicio ante el Tribunal (art. 429).

3) Sigue luego el debate, del que más adelante se expondrán las reglas fundamentales, que recibe impulso del propio acto procesal conclusivo de la audiencia preliminar, en el que está indicada la fecha en la que el imputado debe comparecer ante el Tribunal (art. 429, letras e) y f)).

4) Si la secuencia tipo del nuevo sistema se articula en la tripartición: investigaciones preliminares - audiencia preliminar - debate, el legislador no ha dado, en absoluto, por descontado que las tres fases deben realizarse en todos los casos. Por el contrario, en el libro sexto del código, titulado de los *procedimientos especiales*, se encuentran normados cinco ritos que se distinguen del esquema ordinario por la supresión de algunas fases a fin de simplificar y tornar más ágil el desarrollo del proceso.

Mediante los llamados *procedimientos con definición anticipada* (juicio abreviado, art. 438 y ss.; *patteggiamento*, art. 444 y ss.; *decreto penal de condena*, art. 459 y ss.), se elimina el debate, haciendo posible un pronunciamiento sobre el mérito de la imputación sin la compleja actividad instructoria, que es natural a la fase de debate.

En los llamados *procedimientos abreviados* (juicio directísimo, art. 499; juicio inmediato, art. 453) son las fases anteriores al debate —investigaciones preliminares y audiencia preliminar las amputadas.

Todo ello hace evidente una de las características fundamentales del nuevo código, con la impronta de fungibilidad de los tipos procesales dictada por precisas reglas de economía; los mecanismos procesales deben variar en función de la especificidad de los hechos a verificar, del grado de la prueba y de la voluntad de las partes.

A diferencia de lo que sucede en los sistemas del *common law*, el legislador exalta el debate elevándolo a sede exclusiva de la verificación judicial, pero al mismo tiempo predispone los argumentos reservándolos para el debate.

Un recurso generalizado al debate, que al contrario de la mayor parte de los *ritos alternativos* empeña a tres magistrados en la aplicación de una refinada y compleja disciplina instructoria, terminaría impidiendo, por carencia de persona y de estructura, el funcionamiento de la justicia penal.

#### IV. 3. EL NUEVO RITO COMO PROCESO DE PARTES: PRINCIPIO DISPOSITIVO Y CARGA DE LA PRUEBA.

Se ha visto ya cómo la redefinición de las funciones propias de los sujetos públicos del proceso ha sido consagrada en una concreta paridad de posiciones y de oportunidades procesales entre acusación y defensa.

El instrumento principal para alcanzar ese objetivo radica en la atribución a las partes de facultades relevantes en materia de la iniciativa probatoria.

El nuevo sistema se caracteriza, en efecto, como un proceso de parte fundado en el principio dispositivo probatorio.

A propósito se señala, por su fundamental importancia, el art. 190, según el cual “las pruebas son admitidas a solicitud de parte” y “la ley establece los casos en los que las pruebas son admitidas de oficio”. Es evidente la relación regla-excepción fijada por el legislador: al principio general de la carga de la prueba corresponde el residual y excepcional poder del juez de integración del material probatorio utilizable para la decisión.

Plena confirmación de lo dicho resulta de la normativa del incidente probatorio, es decir del procedimiento mediante el cual es posible anticipar respecto al debate la asunción de las pruebas sujetas a peligro de alteración o dispersión (art. 392).

En efecto, los únicos sujetos legitimados a peticionar en este sentido al J.I.P. son el M.P. y el imputado. Al juez, en cambio, le cabe toda iniciativa destinada al resguardo, aun cuando el *periculum in mora* se manifieste en el curso de un incidente que tenga por objeto una prueba distinta de aquella que está en riesgo.

En el mismo sentido el art. 422, inc. 1 relativo a la audiencia preliminar: el J.A.P. no puede ir más allá de la indicación a las partes de “temas nuevos o incompletos sobre los cuales es necesario adquirir ulteriores informaciones a los fines de la decisión”, esperando aquellas iniciativas para la admisión del respectivo elemento de prueba.

Aún resultan más significativas las normas relativas a la fase del debate.

Apenas cumplidas las formalidades de apertura del debate, el M.P., según lo dispuesto por el art. 493, inc. 1, “expone concisamente los hechos objeto de la imputación e indica las pruebas cuya admisión solicita”.

En estrecha sucesión cronológica, son luego los defensores de las partes los encargados de exponer “los hechos que pretenden probar” y la solicitud de admisión de los respectivos medios probatorios.

Es luego el comportamiento de las partes el que determina el ingreso de la prueba en el juicio, al punto que si ellas no activan, desde la fase de los actos preliminares al debate, depositando en secretaría la lista de los testigos, peritos y asesores técnicos que pretenden citar, la admisión de la prueba en el debate puede ser dispuesta por el juez sólo cuando la parte demuestra que no pudo hacerlo en tiempo útil (arts. 468 y 493, inc. 3).

Pero no sólo es el momento de la admisión de la prueba en juicio el que está dominado por el principio dispositivo, sino toda la normativa de la prueba.

Las facultades de las partes aparecen con evidencia aun en la fase de asunción de la prueba en debate. La instrucción del debate resulta, en efecto, subdividida, conforme al art. 496, en instrucción *de cargo* (adquisición de las pruebas requeridas por el M.P.) e instrucción *de descargo* (asunción de la prueba a solicitud del imputado). Al imputado se le reconoce así el derecho de escuchar la prueba asumida a iniciativa de la acusación antes de introducir en el debate los testigos y los otros medios de prueba sobre los que funda su defensa. Corresponde sólo a las partes “concordar un distinto orden de asunción de la prueba” (art. 496, inc. 2), evidenciándose también en ello la residualidad del poder instructorio del juez.

Una novedad absoluta para la tradición continental es la regla que introduce el examen directo y cruzado de los testigos a cargo de las partes (art. 498).

El principio según el cual corresponde a las partes dirigir las preguntas a los testigos torna manifiesto el pasaje a un sistema en el que la prueba es sustraída en gran parte del dominio del juez, aun en el momento crucial en el que se trata de hacer emerger las circunstancias relevantes a los fines de la decisión. El juez puede siempre indicar a las partes nuevos temas de prueba y formular, a su vez, preguntas a los testigos, pero ello una vez agotado el examen conducido por las partes y salvo el derecho de estas últimas de concluir la *cross examination*.

Ello representa una verdadera revolución copernicana en la disciplina del derecho de defensa, con un radical derrumbe del mismo concepto de contradictorio.

Mientras en el viejo rito el derecho de defensa se ejercitaba asistiendo a los actos instructorios en una posición pasiva similar a aquella propia del abogado en el curso de la instrucción del debate, conducida por el presidente, en el nuevo proceso el defensor adquiere el rol de coprotagonista en la elaboración de la prueba, que es asumida frente a un juez predisposto a escuchar el examen conducido por las partes, y luego legitimado a formular preguntas.

Este nuevo rol del defensor encuentra confirmación en el art. 38 de las disposiciones de actuación del C.P.C. que legitima a la defensa a desarrollar directamente, o por medio de profesionales habilitados, actividad investigativa, con facultad de conferir con las personas que puedan proporcionar información.

Resulta así superada la regla deontológica que prohibía a los abogados contactarse con los testigos antes de que éstos fuesen escuchados por el juez.

El examen cruzado y contradictorio de los testigos no es solamente una técnica de asunción de la prueba, sino una verdadera condición para la utilización de la prueba misma a los fines decisorios. Significativas al respecto aparecen las normas de las que habla el art. 403 y el 422, inc. t.

La primera destaca la inutilizabilidad de los testimonios adquiridos en el incidente probatorio en la confrontación de los imputados cuyos defensores no han concurrido a dicha asunción.

La segunda se refiere en cambio a la posición asumida por el juez en el curso de la audiencia preliminar. En esta fase, al contrario de lo que sucede en el debate y en el incidente probatorio, la excusión del testigo es realizada directamente por el J.A.P. y no por las partes. El acta de las declaraciones rendidas en la audiencia no es utilizable en el debate, salvo para las contestaciones destinadas a tener eficacia exclusivamente para establecer la credibilidad del testigo.

En fin, también las reglas de decisión completan, introduciendo precisos parámetros de división de la carga de la prueba, la disciplina de un proceso de partes. El nuevo código deroga, la posibilidad de llegar a una fórmula absolutoria *por insuficiencia de pruebas*. Al contrario, impone al juez pronunciar sentencia de absolución con fórmula plena “aun cuando falta, es insuficiente o es contradictoria la prueba de que el hecho subsiste, que el imputado lo ha cometido, que el hecho constituye delito o que el delito ha sido cometido por persona imputable” (art. 530, inc. 2).

Idéntico régimen ha sido extendido también a la decisión de no proceder en caso de duda sobre la existencia de una condición de procedibilidad, perseguibilidad o bien de una causa extintiva del delito (arts. 529 y 531).

Todo ello hace evidente el criterio fundamental de reparto de la carga de la prueba: mientras el M.P., debe probar la responsabilidad del imputado más allá de toda duda razonable, al imputado, para obtener la absolución o el sobreseimiento, le basta aducir elementos idóneos para hacer surgir la duda sobre la existencia de los hechos constitutivos, impeditivos o extintivos de la punibilidad.

Se puede, entonces, concluir que la regla de la carga probatoria en el nuevo sistema asume una triple función: la introducción de la prueba, su asunción mediante el examen directo y cruzado y, finalmente, la utilización de la misma a los fines decisorios entran entre los poderes de las partes. La ausencia o el insuficiente cumplimiento de la carga correlativa produce efectos negativos sobre sus posiciones.

#### IV. 4. OBLIGATORIEDAD DE LA ACCIÓN PENAL Y FACULTADES DE LAS PARTES EN ORDEN A LA DEFINICIÓN DEL PROCESO

El nuevo proceso penal italiano aparece claramente informado por el principio dispositivo en el campo de la prueba. En cambio, y no podía ser de otro modo, atento a la taxativa disposición del art. 112 de la Constitución, no ha sido acogido el principio de la disponibilidad de la pretensión punitiva. Al contrario de lo que sucede en los países del *common law*, el M.P. no puede renunciar a la acción penal o revocarla luego de su ejercicio.

Por otra parte el nuevo sistema deja un amplio espacio a las partes en orden a la elección del rito y a la definición de procedimiento, al establecer que el principio de obligatoriedad de la acción penal sea redefinido en sus contenidos.

El principio constitucional es entendido no ya como necesaria instauración del proceso para todas las noticias de crimen, sino como exigencia de un transparente control jurisdiccional sobre la elección del M.P. entre solicitud de archivo y formulación de la acusación.

Dos son los motivos fundamentales que apoyan esta nueva acepción de la obligatoriedad: por una parte, la inadecuada estructura judicial respecto al incesante aumento de la carga de trabajo; por otra, la certeza de que, en muchos casos, por hechos aun típicos, resulta desproporcionada económicamente la puesta en movimiento de complejos y costosos mecanismos procesales destinados a desembocar en la sanción.

Las dimensiones de tales límites de la respuesta penal debían ser amplificadas con la entrada en vigencia de un código montado sobre una compleja trama de actividad de debate.

El legislador ha advertido este riesgo y ha normado una serie de filtros para impedir someter a debate todas las imputaciones formuladas por el M.P. Y estos filtros, que constituyen una sustancial reducción de la actividad procesal, necesarios para llegar a una decisión definitiva de mérito, son activados por las partes según un esquema que requiere de su consenso, seguido de la aprobación del juez. El M.P. y el imputado pueden, en efecto, pedir la aplicación, en la especie y en la medida indicada, de una sanción sustitutiva o de una pena, aun detentiva, no superior en concreto a dos años de reclusión (art. 444). El instituto similar al *bargaining* norteamericano se caracteriza por una impronta contractual que lo coloca en el ámbito de la discrecionalidad de la acción penal: de un lado, el imputado renuncia a la garantía del debate y autoriza al juez a valerse de elementos que no podrán ser utilizados en fase de debate (declaraciones de personas tomadas por la policía o por el M.P.); por otro, el M.P. pide la aplicación de una pena que, disminuida en no más de un tercio, teniendo en cuenta la conducta procesal del imputado.

El juez no está vinculado al acuerdo de partes, pudiendo rechazarlo cuando considere que el imputado deba ser sobreseído, que la pena sea inadecuada o cuando la calificación del hecho sea jurídicamente errada. Pero ciertamente su jurisdicción es, en este caso, limitada y anómala porque no puede aplicar una pena distinta de la indicada por las partes, y la sentencia que ratifica el *patteggiamento* tiene una naturaleza atípica (art. 445).

Es de considerar, también, que en el caso descrito resultan inaplicables las penas accesorias y las medidas de seguridad.

En una línea afín se coloca el juicio abreviado. M.P. e imputado pueden autorizar al J.I.P. a pronunciarse sobre el mérito de la imputación en la audiencia preliminar (art. 438).

También aquí el consenso de las partes implica una renuncia que para el imputado consiste en dejar de lado las garantías del debate, mientras que para el M.P., se resuelve en la pérdida de incisividad en la represión penal, estando prevista la disminución de un tercio de la pena a aplicar en caso de condena. Corresponde al juez, una vez verificado que las partes solicitan el juicio abreviado, hacer lugar a este procedimiento especial si considera que la sentencia puede ser pronunciada *en el estado de las actuaciones*, vale decir sobre la base de los resultados de las investigaciones preliminares y sin ulteriores adquisiciones probatorias (art. 440, inc. 1).

Una innovación aun más radical es la que emerge de la normativa sobre el archivo de la noticia del delito. En el nuevo sistema el archivo están anclado al presupuesto de la insuficiencia de las pruebas necesarias para sostener la acusación en juicio (art. 125). Se solicita al M.P.O., sobre la base del material recogido al finalizar las investigaciones, una prognosis de condena. Ya que corresponde al órgano de la acusación solicitar la aplicación de la ley penal en el debate, no es concebible que el proceso pueda continuar cuando quien tiene el deber de sostener la acusación se encuentra en la situación de no poder llevar adelante la carga de la prueba ante el juez. Nace así un concepto absolutamente inédito en el derecho procesal penal italiano, el de la acción penal concreta: el M.P. no pide al juez una verificación, sino una condena.

El J.I.P., a quien corresponde emitir el decreto de archivo, puede considerar que las investigaciones han sido incompletas, o que el M.P. haya omitido elevar una imputación claramente fundamentada en elementos de prueba, que permitan sostenerla con razonable probabilidad de éxito en el debate (art. 409). En estos casos, el juez ordena cumplir nuevas investigaciones o formular la acusación. El procedimiento incidental de control sobre lo realizado por el M.P., que puede ser iniciado aun a continuación de la oposición del ofendido por el delito, a quien le ha sido notificado el decreto de archivo, reafirma el principio de obligatoriedad de la acción penal en un sector de la nueva normativa, caracterizada como opuesta a la regla de la discrecionalidad. Este aparente conflicto de ideologías procesales no debe asombrar: es el signo de la convivencia entre la tradición continental y los principios del rito acusatorio, con la impronta de la libertad de elección del acusador, en orden a la acción penal.

Este es el modelo de una discrecionalidad de la acción penal controlada por el juez hacia el que está orientada la evolución del proceso penal. *Patteggiamento, juicio abreviado y archivo por insuficiencia de pruebas* son etapas intermedias de un itinerario no siempre claramente perceptible en su trazado, que debería conducir al sistema a tornar verdaderamente flexible la demanda de justicia penal, aun atravesando el filtro de un control jurisdiccional.

#### IV. 5. EL PRINCIPIO DEL DOBLE EXPEDIENTE Y EL DERECHO DE LAS PRUEBAS PENALES

Se ha observado ya más arriba cómo la neta separación entre investigación preliminar y el debate constituye una de las más notables características del nuevo sistema acusatorio. Sobre el plano práctico-operativo el nuevo régimen de la separación entre las fases se

manifiesta, entre otras, en la disciplina del doble expediente. En el complejo de los actos cumplidos en las investigaciones preliminares la ley impone realizar una selección: en el expediente remitido al juez del debate se insertan los actos relativos a la procedibilidad (querrela) y a la acción civil, las actas de las operaciones irrepetibles cumplidas por la policía judicial y por el M.P., las actas de los actos cumplidos en el incidente probatorio, el certificado penal y las cosas pertinentes al delito (art. 431). Todos los demás actos se conservan en el expediente del M.P., que permanece a disposición de las partes legitimadas para su compulsión y para la extracción de copias (art. 433).

El *universo cognoscitivo* del juez del debate resulta en consecuencia circunscripto, No puede dicho magistrado reconstruir los hechos objeto del proceso o los resultados de las investigaciones del M.P., sino a través de fragmentos que consten en las actas de requisas, secuestros o interceptaciones telefónicas, o en el decreto que dispone el juicio, el cual contiene la indicación sumaria de las pruebas y de los hechos a que el mismo se refiere (art. 429, inc. 1, letra f). Al juez del debate no le está, pues, permitido conocer, antes de la audiencia, las actas del interrogatorio de los imputados y de los testigos, fuera de los casos en que éstos hayan sido oídos en sede del incidente probatorio. El legislador, deliberadamente, ha precluido a quien es llamado a pronunciarse sobre el mérito de la acusación, formarse una convicción previa sobre la posición del imputado, utilizando los resultados probatorios y las valoraciones de los órganos de las investigaciones preliminares.

En el nuevo proceso penal se establece de tal modo el privilegio de las partes respecto del juez, en lo que se refiere al conocimiento de los hechos objeto del debate. El juez no se encuentra más, como en el código de 1930, en el mismo plano que el M.P. y los defensores, porque éstos conocen fuentes probatorias que él ignora. En la verificación del hecho, quien juzga se encuentra de ese modo a disposición de las partes en el conocimiento de episodios y circunstancias que, en el viejo sistema, estaba en condiciones de reconstruir antes de la audiencia, mediante la lectura del expediente.

Teoría y práctica del conocimiento judicial sufren, pues, un sustancial cambio. Mientras en el sistema inquisitorio el juez inicia el proceso con el conocimiento más amplio de los hechos y de las pruebas, al punto que frecuentemente el aporte de las partes es considerado superfluo si no es verificado o confirmado por otras pruebas preconstituidas, en el nuevo rito el juez tiene necesidad de aprender de las partes y de las pruebas que ellas presentan, todo aquello que no ha podido comprender de la síntesis que contiene el expediente que se le ha remitido.

En esta nueva estructura de la comunicación procesal, asumen un relieve fundamental las reglas probatorias legales. En un sistema como el que regía desde 1930, montado sobre un juez que posee la casi totalidad de la información antes de la audiencia, poco importa establecer cómo se forma la convicción en el debate. Al contrario, en un proceso que requiere la adquisición de la prueba del contradictorio, y en la oralidad del debate, resulta esencial regular el modo de formación de la convicción, sobre todo para evitar que los elementos recogidos fuera del proceso penetren ilegítimamente en su interior, sofocando la oralidad, y en segundo lugar, para asegurar a las partes el respeto de un *modus procedendi* que garantice la atendibilidad del resultado probatorio y la tutela de las respectivas posiciones.

En el nuevo código nace, pues, el derecho de las pruebas penales, primer ejemplo de un sistema de reglas probatorias insertado en un sistema de *civil law*. Y en su interior, junto a la norma que veda el testimonio indirecto (art. 195), se encuentran las disposiciones más significativas que establecen, por un lado, en general, la no utilización de las pruebas adquiridas ilegítimamente (art., 1919), y por otro, la prohibición de hacer uso, a los fines de la deliberación en el debate, de pruebas distintas de aquéllas adquiridas en el juicio (art. 526).

El límite señalado para el ejercicio de la acción penal finaliza indudablemente cristalizando un distinto valor probatorio para los actos de las investigaciones, respecto a aquéllos del debate. Salvo los casos de incidente probatorio y de acto irrepetible, cuyas actas entran en el expediente remitido al juez del debate y son por tanto utilizables en la decisión mediante la lectura, los resultados de las investigaciones del M.P. y de la policía judicial no constituyen prueba para la decisión sobre el mérito. Ello no significa, obviamente, que se trate de elementos con los cuales el J.I.P. no puede contar para sus decisiones (decreto de custodia cautelar, decreto de interceptación telefónica, llamado a audiencia preliminar). Cuando el legislador se esfuerza por no usar el término *prueba* en la fase de investigaciones, prefiriendo emplear una terminología más difusa, como *elementos de prueba* o *fuentes de prueba*, quiere, simplemente, dar a entender que los resultados de las investigaciones no pueden, en general, ser conocidos o utilizados por el juez del debate.

## V. LAS MODIFICACIONES

Lo hasta aquí descripto constituye el sistema original del código de 1988.

La absoluta novedad de su impostación y de su contenido para la tradición cultural, para los hábitos de los operadores y para la realidad del país hacían prever la necesidad de un período de *rodaje* en el curso del cual someter a examen el funcionamiento concreto del proceso, para adaptar en consecuencia aquellos institutos que demostrasen la necesidad de su corrección.

Por este motivo se introdujo en el cuerpo de la ley que lo promulga una norma de fundamental importancia, el art. 7, según el cual dentro de tres años de la entrada en vigor del nuevo código de procedimiento penal, el Gobierno de la República puede dictar disposiciones integrativas y correctivas respecto de los principios y criterios directivos fijados en dicha ley.

El propio legislador entendía el código como un *quid* perfectible y no como un monumento intangible.

Las primeras experiencias de aplicación, caracterizada por el negativo impacto que una compleja normativa ha ejercido en términos de aumento de la carga de trabajo sobre una estructura judicial ya en crisis por la carencia de hombres y medios, han hecho, rápidamente, evidente la necesidad de hacer más ágil y más coherente la normativa positiva de algunos institutos.

La *metodología de los retoques* ha vivido así una primera estación en la que las

modificaciones han sido sobre todo dirigidas a simplificar el complejo de las instituciones, generalmente de carácter meramente formal, que la primera redacción del código ponía a cargo de la Procura de la República.

Fue así, por ejemplo, como el decreto legislativo del 14/1/91, n. 182, ha establecido un cauto, pero no por ello menos evidente, *revirement* en materia de facultades de urgencia del P.M., ampliadas en detrimento de las prerrogativas del J.I.P. en caso de secuestro a fines probatorios o de otras medidas cautelares. Disposiciones éstas, ciertamente, opuestas a la configuración del M.P.-en parte, pero contenidas en ámbitos y dimensiones tales que no se contradicen en la sustancia con los principios inspiradores del código.

También la jurisprudencia ordinaria y constitucional ha intervenido repetidamente sobre puntos fundamentales de la normativa del código, modificándoles, aun de manera bastante relevante.

Son tantos los pronunciamientos de la Suprema Corte y de la Corte Constitucional que los límites de este trabajo impiden hacer una relación que los agote.

Alguno de estos pronunciamientos, además, se señalan por su impacto sobre principios fundamentales del nuevo rito y constituyen potenciales puntos de fractura respecto a la adhesión coherente a un sistema acusatorio.

A mero título ejemplificativo, me parece oportuno hacer un breve análisis de los más significativos.

Se ha visto cómo, en obsequio al principio dispositivo que constituye uno de los puntos cardinales del proceso acusatorio, la iniciativa de admisión y la modalidad de la asunción de la prueba son promovidas por la actividad de las partes, quedando el juez del debate en una posición excepcionalmente supletoria. Este, en efecto, conforme al art. 507, puede disponer *ex officio* la asunción de nuevas pruebas sólo si ha finalizado la adquisición de las ofrecidas por las partes y el suplemento instructorio resulta *absolutamente necesario*.

Las interpretaciones judiciales de la norma fueron, desde el principio, divergentes, sobre todo en el caso en el que una o todas las partes no hubiesen ejercido sus facultades de iniciativa probatoria, o estuviesen incursas en la caducidad que el art. 468 prevé en la hipótesis de falta de *discovery* en tiempo.

Por una parte, algunos jueces de mérito sostenían que el juez no podía sustituir a las partes en caso de sus carencias o de actividad viciada, mientras otro sector consideraba que el poder del juez del debate era pleno y autónomo.

Sobre esta cuestión ha intervenido por vía de revisión de sentencias de la segunda y tercera sección penal, la Sección unida de la Corte de Casación, que mediante sentencia del 6/11/92 ha reconocido expresamente al juez del debate *un poder probatorio ... que, en casos límites, pueda hasta obviar la negligencia o la deliberada inercia del M.P.*

Ello “porque *res iudicanda* y poder instructorio son correlativos, siendo uno indisponible y el otro compete en alguna medida al juez; de lo contrario la situación controvertida dependería indirectamente de las partes”.

Que el contenido de este pronunciamiento pueda conciliarse con el proceso de partes que hasta aquí se ha tratado de definir dependerá en gran medida de la amplitud con la que el juez de mérito individualice los *casos límites* a los que la Suprema Corte se ha referido expresamente.

Es verdad que la sustancia de la sentencia parece demasiado lejana de la matriz acusatoria del proceso.

En un panorama así controvertido, la insuficiencia de una respuesta integral del estado a los fenómenos criminales actuales y al inaudito nivel alcanzado por la agresión mafiosa a la convivencia civilizada y al corazón mismo de las instituciones, ha determinado nuevas y significativas intervenciones sobre el tejido originario del nuevo código. Tales intervenciones fueron realizadas sobre todo mediante la ley del 7/8/92, n. 356.

Permítaseme sólo señalar como uno de los efectos de la reforma, que el ensanchar considerablemente la posibilidad de adquirir y utilizar a los fines decisorios, elementos de prueba no formados en debate, en el pleno contradictorio de las partes, entre en objetiva contradicción con la estructura acusatoria del proceso.

La recurrencia sistemática a esas normas, y tanto más a las tendencias interpretativas, aparece como ciertamente revolucionaria respecto de la originaria *ideología* del nuevo rito.

Para el resto, el tormento de las elecciones legislativas en situaciones de emergencia conlleva necesariamente un déficit de coherencia sistemática, ciertamente aceptable en cuanto sea fruto de una real y duradera voluntad política de combatir, con las armas apropiadas, a la criminalidad mafiosa.

El intérprete no puede, por otra parte, eximirse de señalar cómo la armónica construcción de un sistema procesal no es un valor de carácter estético, sino uno de los presupuestos para la realización de los principios de certeza del derecho, de eficacia del proceso y de garantía de los derechos del ciudadano.

# LA EPIEIKEIA ARISTOTELICA Y LA EQUIDAD ROMANA

POR LUIS ANÍBAL MAGGIO\*

1. En el Libro V de la *Ética Nicomaquea*, Aristóteles ha diferenciado la Justicia (dikayosine) como virtud individual (exon autén) consistente en hallar el *término medio* (mesotes) y la que, por ejercerse con relación a los demás (*pros éteron*) es la virtud total y perfecta <sup>1</sup>.

Luego de aclarar que la justicia y la injusticia no son términos unívocos, distingue dos sentidos de lo injusto y de lo justo. Son tenidos por *injustos*: 1) el transgresor de la ley (paránomos) y 2) el *inicuo* o desigual (*án-isos*) y, en consecuencia, por *justo*: (*dikaíos*) el observante: a) de la ley (*o nóminos*) y b) de la igualdad (*o isos*). Lo justo es entonces: a) lo legal, b) lo igual; injusto: a) lo ilegal y b) lo desigual (1129 b).

## 1.2. a) Lo legal:

Para designar lo justo legal utiliza la expresión *to nómimon*. *Nomos* significa primordialmente la regla o norma establecida, en sentido amplio, la ley; sus derivados arrastran siempre la significación de norma positiva. *Nomo-setes* es el legislador; *nomosésia*, la acción de dar leyes, el código de las leyes; *nomo-didaktes*, el que enseña el Derecho, etc. “El sentido de *nomos*, dice E. Benveniste <sup>2</sup>, se relaciona con la *atribución legal*, al igual que el vocablo *nemo* se define en griego como *repartir legalmente*.

La *Justicia Legal* consiste pues en la observancia de la ley y “todas las cosas legales son de algún modo justas. Los actos definidos por el legislador son legales y de cada uno de ellos decimos que es justo” (1129 b).

Es necesario acotar este pasaje pues una lectura de superficie podría llevar a identificar la legalidad aristotélica con un crudo e indiscriminado legalismo, lo que ya ha ocurrido, pero no es así; tampoco que las leyes sean absolutamente justas. Aristóteles no dice que todas las cosas legales (todas las leyes) sean justas lisa y llamamente *dikaía*, sino *pos dikaía*, es decir *de alguna manera, en cierto modo, poco más o menos* justas. Que sólo es justa la ley rectamente establecida, lo que no implica que en ocasiones la ley no pueda distanciarse de lo justo, resulta claramente de la explicación que sigue: “... en un sentido llamamos justo a lo que produce y protege la felicidad y sus elementos en la comunidad política. Porque

---

\* Prof. Tit. Regular Fac. Der. y C. Sociales Universidad de Morón

<sup>1</sup> *Ética Nicomaquea*: V - 1129b. Todas las citas siguientes sólo con indicación de números corresponden a esta obra.

<sup>2</sup> E. BENVENISTE. *Vocabulario de las Instituciones Indoeuropeas*. Taurus, pág. 56.

la ley prescribe justamente hacer los actos del valiente, tales como no abandonar las filas, ni huir, ni arrojar las armas; y los del temperante, como no cometer adulterio ni incurrir en excesos; y los del varón manso, como no herir ni hablar mal de nadie y lo mismo en las otras virtudes y fechorías, ordenando unas cosas, prohibiendo otras, *rectamente la ley establecida, menos bien la improvisada a la ligera* (1130 a). Al comentarlo, Santo Tomás <sup>3</sup> ilustra: “Pero dice de *alguna manera* porque toda ley se da en orden a alguna comunidad política, pero no en toda comunidad política se da lo absolutamente justo, sino que en algunas se da lo justo sólo en un aspecto, como se ve claramente en la Política... dice que son legales las cosas que se estatuyen y determinan por medio de la ley positiva, que compete a los legisladores. Y cada una de las cosas así determinadas se dice de alguna manera lo justo... Si la ley se estatuye rectamente en relación a esas cosas, se dice que es una ley recta. De las demás, en cambio, se dice que son leyes sin previsión, sin ciencia y menos averiguación o examen, es decir, leyes establecidas sin el examen de la ciencia. O sin reflexión o *skedion*, que se dice al dictamen producto de la improvisación... De donde puede llamarse ley sin previsión, o sea, que carece de la debida providencia”.

En el plexo de ideas aristotélicas, la ley tiene una enorme importancia política, ética e instrumental. El *fin* de la polis es el de asegurar las condiciones que permitan a los ciudadanos *vivir bien* (eu zen) <sup>4</sup>. Cualquiera de las *formas* de gobierno —monarquía-aristocracia-república—, en cuanto organización que permita a cualquier ciudadano prosperar más y llevar una vida feliz <sup>5</sup>, se compadece con la verdadera justicia a condición de resguardar los intereses comunes <sup>6</sup>. Pero el *instrumento* que posee la idoneidad técnica para asegurar la consecución del bien común *es la ley* <sup>7</sup>.

La ley es la norma racional que proviene de una sabiduría y un intelecto y *tiene fuerza para mandar* (1280 a). Es racionalidad práctica abastecida de fuerza. Inteligencia sin pasiones <sup>8</sup>. Lo imparcial <sup>9</sup>.

La ley, como expresión de la racionalidad política y efectivización de la ética, es pues algo mucho más sólido que la mera *norma puesta* por la voluntad del legislador. Si se tiene en cuenta que el mejor legislador es el hombre sabio, que el sabio se distingue por el recto uso de la razón y que la ley es precisamente la concreción de esa racionalidad funcional, resulta que los actos definidos por el legislador mediante la ley han de reputarse justos, podríamos decir que gozan de una *presunción*, aunque no absoluta, de legitimidad y de allí que, en principio, se los debe reputar justos.

### 1.3. Insuficiencia de lo justo legal. La *epieikeia*

Ahora bien, la ley, pese a su excelencia, no puede ser omnicomprensiva de la infinita

---

<sup>3</sup> SANTO TOMÁS. *Comentario a la Etica Nic* - Ciafic Ediciones. Libro V. Lección II - Nros. 901 y 905 - TIAM, *La Justicia*, Cursos de Cultura Católica, págs. 39 y ss.

<sup>4</sup> ARISTÓTELES. *Política*: 1252b - 1278b - 1280a.

<sup>5</sup> Op. cit.: VII - 1243a.

<sup>6</sup> Op. cit.: 1279a.

<sup>7</sup> FASSÓ, GUIDO. *Historia de la Filosofía del Derecho*. Ed. Pirámide. T.I, págs. 67/68.

<sup>8</sup> *Política*: III - 1287a.

<sup>9</sup> Op. cit.: 1287b.

complejidad de las acciones y relaciones humanas. Ya Platón había advertido (El Político) la imposibilidad de que las leyes prevean la variedad, diversidad y originalidad de los hechos y situaciones de la vida, pero Aristóteles, en vez de insinuar como su maestro cierto escepticismo ante esa evidencia, propicia una certera metodología que permita conciliar la necesaria generalidad de la ley con la versatilidad de los hechos concretos (*prattómēna*). La ley es una regla abstracta que toma siempre en cuenta lo que regularmente sucede (*kazolú pas*) (1137 b), y es indeterminada por ser indeterminada la materia de las acciones capaces de ser realizadas por los hombres <sup>10</sup>. *La materia de las cosas prácticas (ton prakton ulé) es el hecho concreto (pragma)*.

La necesaria generalidad y abstracción de la ley y la condición proteica de los casos singulares hace que la primera aparezca a veces como insuficiente, muestre ciertas fallas, omisiones o *lagunas*. Ante esta situación, Aristóteles enseña que *la causa* de esta dificultad reside en que toda ley es general, pero que *la falla* <sup>11</sup> o el *error* (según otros) no está en la ley, que razonablemente fue dada y debe ser indeterminada por ser indeterminada la materia de las acciones humanas <sup>12</sup>, sino en la *naturaleza del hecho concreto* (*fisei tou prágmatos*) <sup>13</sup>, en la *naturaleza de las cosas* <sup>14</sup>, o *naturaleza del caso singular* <sup>15</sup>. En otras palabras, la ley no es errónea, ni injusta porque no alcance a comprender algunos casos particulares, sino que los casos particulares por su singularidad resultan imposibles de ser abarcados en las previsiones de la ley. Este aserto debe subrayarse. Una ley *injusta* es casi impensable para Aristóteles (supra 1.2.), pero *lo concretum* del caso puede hacer que la aplicación de la ley, como norma genérica, a acciones humanas que no se dan universalmente del mismo modo, produzca un resultado injusto, tal como lo ejemplifica con el caso del depósito: devolver un depósito es justo y en la generalidad de los casos es un bien; sin embargo, en algún caso puede ser un mal, como devolver la espada a un loco furioso <sup>16</sup>.

Para salir de la encrucijada, Aristóteles prescribe: a) un *acto mental* y b) un *instrumento de resolución*.

a) Leamos, en cuanto al acto mental, sus propias palabras: “En consecuencia, cuando la ley hablare en general y sucediere algo en una circunstancia fuera de lo general, se procederá rectamente “corrigiendo” la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo estuviera ahí presente, así lo habría declarado y, de haberlo sabido, así lo habría legislado”. Se entrecomilla *corrigiendo* y *erró* por ser traducción de uso (en este caso de G. Robledo).

Este remedio (*epanóρθoma*) traducido habitualmente como *correctivo* <sup>17</sup>, recibe un

---

<sup>10</sup> STO. TOMÁS, op. cit., N° 1087.

<sup>11</sup> STO. TOMÁS, op. cit., N° 1085.

<sup>12</sup> STO. TOMÁS, op. cit., Nos. 1085-1087.

<sup>13</sup> *Ética Nicomaquea*. Trad. Antonio Gómez Robledo. UNAM, pág. 130.

<sup>14</sup> STO. TOMÁS, op. cit., N° 1085.

<sup>15</sup> EDUARDO GARCÍA MAYNEZ. *Doctrina aristotélica de la Justicia*, UNAM, 1973, pág. 142.

<sup>16</sup> STO. TOMÁS, op. cit., N° 1085.

<sup>17</sup> FASSÓ, GUIDO, op. cit., pág. 64.

nombre que ha adquirido larga notoriedad, es la tan mentada *epieikeia* también habitualmente traducida como *equidad*, lo que, en nuestra opinión, no sería correcto. Si, como hemos visto, la ley en sí no es injusta, no es susceptible de *corrección*. Y si de lo que se trata mediante el *epanóρθoma* no es de modificar o rectificar ley, sino de aplicarla funcionalmente al caso concreto, parece mucho más adecuado hablar de *integración* o *complemento* de la ley<sup>18</sup> o *enderezamiento* de lo justo legal<sup>19</sup>. No se trata pues de *corregir*, en el sentido de enmendar un error, ni de moderar ejemplarmente la ley para hacerla más benigna. El supuesto error es una *falla* o defecto de la ley y el correctivo es una regulación o suplencia de la falta.

Santo Tomás<sup>20</sup> utiliza el sustantivo latino *aequitas* para traducir el griego *epieikeia*, pero seguidamente se interna en la etimología de la palabra y aclara que<sup>21</sup> “en griego se dice *epiiches*, como lo que es conveniente o adecuado, de *epi* (sobre) e *icos* (obediente) porque mediante la *epiichia* (equidad) se obedece de modo más excelente, en cuanto se guarda la intención del legislador donde las palabras de la ley no concuerdan” (1078), puesto que “la naturaleza de lo equitativo es ser *regulador o supletor de la ley donde ésta falla debido a algún caso particular* (1087). Tampoco sería desacertada la derivación de *epi* y *eikon* (imagen, parecido, semejanza), de donde *epi-eikés* equivaldría a *lo conveniente por semejanza*; es decir, la conveniente resolución del caso a semejanza de lo que hubiere resuelto el legislador, cubriéndose de esa forma la insuficiencia de la ley.

Ese *quedarse corta* de la ley es una *amártema*, palabra que significa tanto error como falta, no obtención de algo, insuficiencia. El desarrollo de la idea que contiene el capítulo de la E. N. referente al tema (cap. X) pone en evidencia que la palabra es utilizada con este segundo significado.

El *correctivo* propuesto por Aristóteles (*epanóρθoma*) proviene de *epi-avortzoo*: restaurar, reconstruir, restablecer. Una omisión (*amártema*) en realidad no se corrige, no se rectifica; se la suple, se reconstruye, se restaura la faltante legalidad del acto imprevisto que el legislador le había dado, si lo hubiera tenido presente. Nos encontramos hace un momento con *epi-eikos* y ahora con *epi-anorzoo*. *Epi* tiene muchos significados, pero primordialmente el de *sobre, encima* (epidermis, epígrafe). Del significado local se pasa al temporal de *luego, después* de (epígono, epílogo) y de allí al de *añadidura, agregado* a (epíteto) y *repetición*. En todos estos significados está ínsito el de llenar, complementar, suplementar, hacer más pleno, continuar hasta agotar algo.

El medio o instrumento por el que se suple la insuficiencia de la ley es el *psefisma*, que algunos traducen por *decreto*<sup>22</sup> y otros por *decisión para el caso singular*<sup>23</sup>. Mediante esta norma individual se realiza la *justicia del caso concreto* en que se suele hacer consistir el remedio de la *equidad*, con clara impropiedad. Aunque las normas sean abstractas y generales, las decisiones de los magistrados versan siempre sobre casos concretos (no hay

---

<sup>18</sup> GARCÍA MAYNEZ, op. cit. pág. 143.

<sup>19</sup> GÓMEZ ROBLEDO, op. cit. pág. 130

<sup>20</sup> STO. TOMÁS, op. cit., N° 1087.

<sup>21</sup> STO. TOMÁS, op. cit., lección XVI.

<sup>22</sup> G. ROBLEDO, op. cit. pág. 131 y STO. TOMÁS, op. cit., N° 1087.

<sup>23</sup> G. MAYNEZ, op. cit., Pág. 144.

cuestiones abstractas judiciales), que son resueltos generalmente mediante la aplicación de la norma, en algunas de sus posibles interpretaciones y, a veces, supliendo sus *lagunas*. El decreto, decisión o norma singular tiene en el operar del magistrado la plasticidad funcional de “la regla de plomo usada en la arquitectura de Lesbos, que se acomoda a la forma de la piedra y no permanece la misma. Pues así también el decreto se acomoda a los hechos” (1138 a).

Al decir Aristóteles que “la naturaleza de lo *epieikús* es ser una restauración, reconstrucción o suplencia de la ley en la parte en que ésta es deficiente por su carácter general” (1137 b), no deja duda de que la *epieikeia* se ubica en el ámbito de la *justicia como legalidad* y queda claro que el sentido de la *epieikeia* no sería el de modificar o rectificar la ley, sino el de hacerla extensiva a situaciones no contempladas en razón de su esencial abstracción, lo que implica necesariamente la concurrencia de un caso (siempre singular) (no comprendido en la previsión legislativa; en otras palabras, no sería la *justicia del caso particular*, que es tan obvio como fatal en derecho, sino la *justicia del caso particular no previsto por la generalidad de la ley*).

Para nosotros queda bastante perfilado que la *epieikeia* no es la *corrección* de algún error de la ley, ni la atenuación de sus rigores, sino la justa y funcional cobertura jurídica de la especificidad del hecho concreto. Y, si a falta de otra palabra, hemos de traducir *epieikeia* por *equidad*, no es tampoco de la *aequitas* romana de lo que estamos hablando. Cómo llegó a entenderse *epieikeia* por equidad y equidad por benignidad sería un tema por demás interesante, pero excede por ahora los márgenes de este trabajo.

#### 1.4. b) Lo proporcional

El término utilizado por el Estagirita para distinguir esta otra forma de lo justo es *ison* generalmente traducido por *lo igual*, acepción que debe ser cuidadosamente acotada para no confundirla con *lo mismo* o la mitad matemática. Aristóteles se cuida en aclarar que *ison* es un *término medio (meson)*: “puesto que el injusto es desigual y lo injusto es lo desigual, claro está que hay un término medio de lo desigual, que es lo igual. Porque en toda acción en que hay lo más y lo menos hay también lo igual” (1131a).

El vocablo *isos*, de la raíz *ei* es ante todo lo igual en sentido de equivalente o semejante. *Isó-gaios* es lo que está a nivel de tierra. *Iso-daimon* es lo semejante a un dios, *Isó-pedos*: el que está en el mismo plano o nivel. *Isó-ropos*: en equilibrio, igual en peso, equivalente. *Iso-nomía*: repartición por igual, igualdad de derechos, etc.

No es entonces la igualdad exacta, aritmética, un *idem per idem*; es lo parejo, lo equilibrado, nivelado, proporcional, toda vez que “nada es igual a sí mismo sino a otro (*nihil enim es sibi aequale, sed alteri*)”<sup>24</sup>.

Es necesario tener en cuenta que la justicia supone siempre *alteridad (pros éteron - virtus ad alterum)* y en esa relación con otro, la *naturaleza de la justicia*, es decir, la *razón*

---

<sup>24</sup> STO. TOMÁS. *Summa Theol.* II-II-58.a.2.

*de ser* de la justicia, es el establecimiento de una proporción entre los términos de la relación. En el comienzo mismo del Libro V, Aristóteles declara su propósito de indagar *qué clase de posición intermedia (mesotes)* y entre qué extremos es la justicia el término medio (*to díkaion tívon meson*), llegando a la conclusión de que efectivamente es una cierta posición intermedia (*e de dikaisyne mesotes tis estín* - 1133b), sea entre dos extremos desproporcionados, sea entre cierta pérdida y cierto provecho (1131b - 1132b). Si la *naturaleza* es la razón de ser de una cosa <sup>25</sup>, lo que hace que sea lo que es y no otra, se sigue que la *igualdad* es la naturaleza de la justicia, lo *justo (díkaion fisei)* por naturaleza es lo proporcional, lo parejo, nivelado, equilibrado, etc.

Lo justo (*to díkaion*) tiene entonces *juricidad* por dos vías: por la de la ley y por la de la naturaleza (relación de equilibrio). La primera, “en un principio, es indiferente que sea de éste o del otro modo, pero una vez constituidas las leyes deja de ser indiferente”; la segunda “en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de nuestra aprobación o desaprobación” (1134b).

Y esto se aprecia con más claridad al recorrer las dos especies de lo justo como *igualdad* que examina Aristóteles, a saber: la justicia correctiva, retributiva o conmutativa y la justicia distributiva.

A. En la Justicia distributiva —ámbito de la distribución de los honores o de las riquezas para Aristóteles— “la proporción es una igualdad de razones y se da en cuatro términos por lo menos” (1131a), que “los matemáticos llaman *proporción geométrica*” (*e analogía geometriké*) porque “en efecto, el total es al total como cada uno de los términos con relación al otro” (1131b). Ross la representa algebraicamente en la siguiente forma: Si A (primera persona) : B (segunda persona) : : C (primera porción) : D (segunda porción), el resultado será: alternando: A : C : : B : D y componiendo AC : BD : : A : B.

Lo justo es aquí “*un medio entre extremos desproporcionados*, porque lo proporcional es un medio y lo justo es lo proporcional” (*to gar análogon meson, to de díkaion análogom* - 1131b).

Se trata pues de distribuir parejamente en proporción una igualdad de razones. Lo que está fuera de la proporción (*pará ton análogon*), sea en más o en menos, es lo injusto (1132a).

B. La justicia llamada retributiva conmutativa o correctiva (*to diorzotilón*) se da en el terreno de las transacciones privadas (*en tois sin-allágmasi*) voluntarias (contratos) e involuntaria (delitos-cuasidelitos). Aquí, “por más que consista en *cierta* igualdad, así como lo injusto en *cierta* desigualdad, no es según aquella proporción (geométrica) (sino según la proporción aritmética” (*katá ten aritzmetikén analogían*) y “lo justo correctivo” (*epanorzotilón díkaion*) serán, por tanto, el medio (*meson*) entre la pérdida y el provecho (1132a)

Aristóteles muestra el sentido de proporción con el ejemplo de las tres líneas iguales entre sí. Si a una línea se quita un segmento y se agrega a la tercera, excederá por dos respectivos segmentos a la primera y segunda.

<sup>25</sup> ARISTÓTELES, *Metafísica*, V-1015a.

La injusticia resulta de la desigualdad, mejor dicho, está constituida por la desigualdad, pero “el juez restaura la igualdad (*epan-isoî*) y la igualdad es el medio entre lo mayor y lo menor según la proporción aritmética (1132a).

Y como enfatizando el sentido de proporción, dedica el capítulo V a cuestionar la ley del talión y a describir el papel de la moneda. El talión “no está en consonancia ni con la justicia distributiva ni con la correctiva porque aun aquí la reciprocidad debe ser según la proporción y no según la igualdad” (*kat’ analogían kai me kat’ isóteta*) (1132b). El intercambio sólo es posible “entre los que son diferentes y no iguales, pero a quienes es preciso igualar. Por tanto, todas las cosas entre las cuales hay cambio deben de alguna manera poder compararse entre sí, pues para esto se ha introducido la moneda que viene a ser cierto medio, un intermediario (*pos meson* - 1133a).

No se trata pues de un cambio de dos cosas matemáticamente iguales, un *idem per idem* sino de una reciprocidad proporcional, producida por una conjunción en diagonal, que bien podríamos vertir a nuestro lenguaje jurídico como la equivalencia de las prestaciones; de allí la convención (*nomisma*) de la moneda como medida de equiparación (1132b). Captado lo cual, se podrá entender que “entre dos médicos no puede haber intercambio, pero sí entre un médico y un agricultor” (1133a).

El sentido de nivelación, no de *lo mismo*, de igualación, no de igualdad, de proporción y equilibrio es diáfano.

En suma: lo justo es *ison*, pero *ison* no es la igualdad exacta, lo idéntico, sino siempre una *meson*, un término medio (1131a) que en todos los casos se especifica en analogías o proporciones, geométrica (*geometrikén*) en la distribución, aritmética (*arimetiken*) en la conmutación, dos formas de establecer la nivelación, el equilibrio, la equivalencia, lo parejo.

Pareciera, a veces, como si el griego de Aristóteles hubiera tenido una dificultad similar a la de nuestro castellano para significar que la igualdad de que habla no es exactamente la igualdad de que se habla, sino una nivelación. Tal significado aparece claro en la justicia distributiva, pero se oscurece en la conmutativa, por lo que se encuentra como obligado a aclarar que la reciprocidad no debe entenderse según la igualdad (*kat’ iso-teta*) sino según la proporción (*kat’ analogían* -1132b), que el intercambio sólo es posible entre diferentes (*olos éteron*) no entre iguales (*ouk ison* - 1133a) y que lo justo consiste aquí en cierta igualdad (*dikaion estí men isos tí*) no en una igualdad absoluta (1132 a).

## 2.1. *Epieikeia* griega y *aequitas* romana

Papiniano <sup>26</sup> ha definido al Derecho Honorario o Pretoriano como *quod praetores introduxerunt adjuvandi, vel suplendi, vel corrigendi ius civilis gratia, propter utilitatem publica*.

En esta ímproba labor de los Pretores se vieron reflejadas y actuadas con inigualada

---

<sup>26</sup> Dig. I.1.7.

eficacia las ideas aristotélicas sobre la justicia, aunque con variadas y disímiles interpretaciones de los autores. Pareciera que en el pasaje del griego al latín, no sólo cambian las palabras; los conceptos e ideas pueden recibir otras connotaciones en el pensamiento y lenguaje de hombres que fueron ante todo versados y diestros en derecho, aunque buscaran con preocupación la verdadera y no aparente filosofía <sup>27</sup>. Lo que se comentará aquí sobre la labor del pretor vale *mutatis mutandi* para los juristas romanos.

La distinción entre *acciones civiles* y *acciones honorarias* nos será de utilidad. Las acciones civiles tenían todas una *intentio* de derecho civil, o eran aquéllas en la condena al demandado se subordinaba a la condición de que el accionante tuviera un derecho o pretensión *ex iure civile* <sup>28</sup>. Las acciones honorarias era *pretoriae* y *aediliae*, o ficticias e *in factum* según fueren o no concebidas *in ius*. Hay quien subdivide las acciones honorarias en relativas (*in ius*) y absolutas (*in factum*) y subdivide las primeras en virtual o realmente *fictas* <sup>29</sup>.

Cuando el pretor hubo de crear acciones honorarias *in ius*, virtuales o relativamente ficticias, esa *mentira técnica consagrada por la necesidad* (Von Ihering) o *genuina expresión de la verdad legal* (Scialoja), de lo que se trataba era de ampliar el alcance del *ius civile* para poder albergar en él una situación concreta no contemplada expresamente. Mediante esas ficciones amparó los contratos hechos por el esclavo encargado de un negocio (*insistoria*), al comprador como si fuera heredero del vendedor muerto (*Serviana de emptore bonorum*), al peregrino como si fuera ciudadano romano (*Legis actio de peregrino*), al adquirente de buena fe como si hubiera usucapido (*Publiciana*), etc. La generalidad de la norma civil había concebido relaciones jurídicas de acuerdo con lo que generalmente sucede (*eum quod plerumque fit*), pero ciertas características de la realidad quedaban como al margen al no ser susceptibles de inclusión en el ámbito de la previsión legal por su natural singularidad. En otras palabras, la relación civil se construía con ciertos elementos, pero a veces se daban en lo concreto tales elementos más algún otro no previsto o eventualmente faltaba alguno de ellos, por lo que la norma civil —justa en sí— aparecía insuficiente y hubiera resultado injusto dejar esa singularidad sin amparo. El pretor *completaba* la acción civil <sup>30</sup> y “ordena al juez que condene en el caso de que, agregando a los elementos realmente existentes otros elementos ficticios, o detrayendo por ficción alguno de los elementos existentes que por derecho civil impedirían la condena, se tuviera, según el derecho, una relación que indujera la necesidad de la condena” <sup>31</sup>.

Era necesario entonces que el derecho civil fuera *ayudado* o *suplido*, que se produjera cierto corrimiento de límites, para que el servicio de la justicia pudiera cumplirse cabalmente. No obstante disponer del *imperium*, el Pretor no gozaba de un arbitrio ilimitado. Al existir una acción civil, ésta era el obligado punto de partida al que debía reconducir el caso, procediendo por comparación o analogía y extrayendo de ese cotejo la solución más adecuada. “El pretor ordena al juez que trate aquella determinada relación, de la que el

<sup>27</sup> Dig. I.1.1.1. - LEVI, A. *Hist. de la Filosofía Romana*, Eudeba, pág. 52.

<sup>28</sup> SCHULZ, F. *Derecho Romano Clásico*, Ed. Bosch, N° 47.

<sup>29</sup> C. Z. MEHESZ. *El Pretor y la Jurisprudencia Romana*, Ed. Univ. Córdoba., págs. 82/85.

<sup>30</sup> C. Z. MEHESZ, op. et loc. cit.

<sup>31</sup> SCIALOJA, VITTORIO. *Procedimiento Civil Romano*, Ejea, pág. 462.

derecho no sacaría la consecuencia de la condena, *de manera similar a cómo habría que tratar otra relación de derecho civil y que induciría a la misma condena*<sup>32</sup>. Vemos aquí al Pretor procediendo a cubrir la insuficiencia de la acción *in ius* “*como si el legislador mismo, de haber estado ahí presente, lo habría declarado o, de haberlo sabido, así lo habría legislado*” (1137b), es decir, haciendo un plástico y concreto ejercicio, *more romano*, de la *epieikeia* aristóteles. Apoyado en la recta razón, en su acopio de conocimientos y experiencia, asistido por su *Concilium*, el Pretor realizó una juiciosa determinación del derecho, ayudando y supliendo al derecho civil como legislador del caso particular.

## 2.2. Aequitas

a) El tema de la *aequitas* ha sido objeto de numerosísimos y variados estudios. Seguiremos aquí los lineamientos del valioso trabajo de Angel Lapieza Alli, publicado en Anuario de Filosofía Jurídica y Social (Nº 2, 1982, págs. 111/118).

El autor, repasando distintas interpretaciones, distingue dos concepciones de la *aequitas*: a) como “esencia y sustancia que da sentido o justifica al *ius*” y b) como “al margen y antítesis aplicable cuando una norma resulta desacorde con las pautas éticas vigentes o, en general, inadecuada al caso particular o excesivamente rigurosa”. Luego de opinar que la *epieikeia*, como justicia del caso particular, si bien se explica en un sistema normativo generalizante y rígido, no resulta afín al *ius romano* que, “de un fondo consuetudinario se desarrolla por la interpretación casuística de fluida adherencia a los hechos de la realidad y a las cambiantes valoraciones de la comunidad”, realiza un estudio etimológico de la palabra. La raíz indoeuropea *aequ* --dice-- denota igualdad, parejura. El sustantivo *aequor* significa lo parejo del mar, de la llanura. *Aequum* y *aequalis*, lo de igual nivel. *Agua aequa*: agua pareja. *Aequa libra*: balanza equilibrada. En el mundo psíquico, *aequo animo*: ánimo equilibrado. En la axiología, *inique aequae*: injusta y parejamente. A estas recensiones del ilustre romanista desaparecido, podría agregarse aquella *Pallida mors* de la Oda Horaciana que *aequo pulsat pede*.

b) Los autores están contestes en que en las acciones *in factum conceptae* la condena dependía de la existencia de ciertos hechos<sup>33</sup> pues no se trataba de decidir sobre la existencia de un derecho, sino sobre la existencia de un hecho<sup>34</sup> faltando la mención de una relación jurídica entre la existencia del hecho y la condena<sup>35</sup>. Era “aquéllas en las cuales no se concibe ninguna pretensión, sino que, nombrando al principio de la fórmula lo hecho, se agregan las palabras por las que se da al juez la potestad de condenar o absolver”<sup>36</sup>.

Sea la venta que refiérenos Cicerón<sup>37</sup>. La forma legal ha sido observada, se ha hecho la escritura y ha quedado perfeccionada la venta. Pero ha ocurrido un hecho grave: el engaño. “Dar a entender una cosa y hacer otra”, dijo entonces A. Galo, es *dolo malo* y ante ese hecho crea la *actio de dolo*.

<sup>32</sup> SCIALOJA, V., op. et loc. cit., pág. 487.

<sup>33</sup> SCHULZ, F., op. cit. 997

<sup>34</sup> SCIALOJA, V. op et. loc. cit. pág. 463

<sup>35</sup> SCIALOJA, V., op. et loc. cit., pág. 463.

<sup>36</sup> GAIUS. *Instituta* - IV, 46.

<sup>37</sup> CICERÓN, *de Officiis*, 3.14.60.

Si el derecho supone la concurrencia de voluntades libres, al ocurrir el engaño, el miedo, la violencia, el fraude, etc. una de ellas se encuentra viciada y, en consecuencia, se ha producido una ruptura del equilibrio, aparece una *manifiesta desproporción*.

La Ley de las XII Tablas penalizaba el *furtus nec manifestus* con el duplo del valor de la cosa robada, pero, como a ojos del juez primitivo el hurto resultaba plenamente probado sólo si el ladrón era sorprendido, se justificaba una penalidad mucho más severa (additio - muerte) para el *furtus manifestus*<sup>38</sup>. Cuando para el sentido humanitario de la República, esta *manifiesta desproporción* se evidencia intolerable, el pretor crea la *actio furti manifesti*, sustituyendo la pena máxima por el cuádruplo del valor de la cosa.

Tanto en uno como en otro caso, estamos ante unas situaciones en las que se ha quebrado el sentido de la igualdad como equilibrio, nivelación, parejura, se ha *desnaturalizado* la justicia. ¿Y qué quiere decir *desnaturalizar* la justicia? Pues que, sea por hechos irrumpientes, sea que por la aplicación lisa y llana de la ley, se llega a situaciones objetivamente desmesuradas y se conspiran contra la *ratio*, la razón de ser de la misma, que no es otra más que la de una adecuada armonización en las relaciones humanas. Se ha desarticulado el *ison*, la *natura iuris*, se ha caído fuera de la proporción, esto es en la injusticia (1132a).

c) Cuando el *ison* está desequilibrado, Aristóteles nos dice que “el juez restaura la igualdad y, como si hubiese una línea dividida en partes desiguales, aquéllo en que el segmento más grande excede a la mitad lo separa el juez y lo añade al segmento más pequeño. Y cuando el todo ha sido dividido en dos mitades, se dice que cada uno tiene lo suyo...” (1132a).

Ahora bien, luego de distinguir los dos sentidos de lo justo, Aristóteles aclara que “lo desigual y lo ilegal no son lo mismo, sino diferentes, como la parte respecto del todo (*porque todo lo desigual es ilegal, pero no todo lo ilegal es desigual*” 1130b).

Lo injusto ilegal consiste, recordemos, en la inobservancia de la ley; un acto puede ser injusto por el hecho de no ajustarse a la ley, no necesariamente por ser desigual (vg. el soldado que abandona el combate). Pero todo aquéllo que es desigual es intrínseca y necesariamente ilegal y, si esto es así, se sigue que el *ison*, la nivelación, es la *condición esencial* de la justicia entendida en uno u otro sentido; no hay justicia si no hay equilibrio, armonía, equivalencia de las relaciones jurídicas.

En el derecho romano, el pretor y/o el juez era el restaurador de esa igualdad desnivelada; al *corregir* el derecho civil, restablecía la necesaria *aequitas*, al adecuar los desniveles a una justa proporción.

La *aequitas* aparece, al igual que el *ison* aristotélico, como una exigencia *ex natura* de la justicia. Probablemente un análisis de las raíces *ei* del *ison* y *aeq* de la *aequitas* arrojaría un origen común.

En la primera hipótesis —ayuda o suplencia—, el pretor se encontraba con las

---

<sup>38</sup> SCHULTZ, F., op. cit. 997.

deficiencias de la ley y debía cubrir las lagunas como si fuese legislador o, si se quiere, actuando como legislador del caso concreto (*epiéikeia*). Si, como tal, hubo de *definir* actos legales (1130a) y la legalidad supone necesariamente la *isonomía*, va de suyo que esa exigencia sólo pudo ser satisfecha mediante un adecuado recurso a la *aequitas*. El legislador mediante la ley *positiviza* la aequitas (*aequitas constituta* - Cicerón). El pretor, ante la falencia de la ley, la establece en el caso particular. La *aequitas* oficia aquí como sostén en la cobertura del derecho, al que ayuda o suple para que cumpla acabadamente su función. Esta es la única relación que, por traslación de sentido, encontramos entre la *epiéikeia* y la *aequitas*.

En una segunda *corrección del derecho civil*, el pretor se ha encontrado con hechos desequilibradores de las justas proporciones establecidas por la ley o normas existentes que en su aplicación concreta aparejan una desigualdad atentatoria de la justicia. Para reconstruirla debe reponerse la proporcionalidad, restablecerse el equilibrio, labor que se encuentra magistralmente concretada en las *acciones in factum*. La *aequitas* oficia aquí como *correctivo* de la ley para rectificar resultados perversos. Es evidente que en este caso, al *corregir* la norma, el pretor ha evitado una consecuencia demasiado rigurosa, pero ello no obedecía prioritariamente al *rigor* de la ley, sino a la manifiesta desproporción que aparejaba su aplicación literal.

c) Si tratáramos de comparar estas significaciones con los términos aristotélicos, no parece arriesgado afirmar que el *aequum* romano tiene gran similitud con el *ison* del Estagirita, pues en ambos casos de lo que se trata es de nivelar, equilibrar, hacer parejas las relaciones personales y sociales. Quizás quien con más precisa y elegante frase lo haya expresado es Cicerón al decir que la equidad es aquello que en circunstancias iguales reclama igual tratamiento jurídico (*paria iura*).

De todo ello resulta que la *epiéikeia* aristotélica no es la *aequitas* romana, sino que se asemeja a la ayuda o suplencia del derecho civil por el derecho honorario, concretadas, por ejemplo, en las acciones *in ius conceptae* o ficticias. Pero sí la *aequitas* romana guarda similitud con el *ison* aristotélico como exigencia natural de la justicia, cuyo nombre, *importa igualdad*<sup>39</sup> y fue sabiamente practicada, por ejemplo, en las acciones *in factum conceptae*.

La aequitas, es decir, la naturaleza equilibrante del *ius*, se efectiviza como *corrección* de la ley en la praxis del magistrado con aquella plástica adecuación de la regla de Lesbos, cada vez que la armonía ha sido decompuesta, cada vez que se ha incurrido en una desigualdad, que es sinónimo de injusticia, restableciendo la equivalencia de los derechos y la proporcional distribución de las cargas. “Actuará —dice Lapieza Elli<sup>40</sup>— como fuerza intrínseca al *ius* plegándolo, en la labor de los juristas y en la praxis del pretor, a las particularidades del caso, con proporcionalidad y retribuidad acordes con la contemporánea —y por tanto variante— valoración de lo justo para los individuos y de lo útil para la comunidad”.

Generalmente se ha considerado a la *epiéikeia* como *correctivo* en el sentido de

---

<sup>39</sup> SANTO TOMÁS. *Summa Theol.* II-II,58.a.2.

atenuación, morigeración del derecho con sus secuelas significantes de dulcificación, benignidad, humanidad, etc. Y, al asimilarse la *epiēikeia* como *equidad* con la *aequitas* romana, se la ha entendido también a ésta como apaciguamiento de los rigores de la ley. Pero hemos visto que ni la *epiēikeia* es un correctivo ni la *aequitas* apunta necesariamente a *corregir* los rigores de la ley, sino a hacer efectivo el equilibrio en las relaciones jurídicas como condición intrínseca del *ius* cuando aparecían desigualdades, sea por exceso, sea por defecto. El significado del verbo *corregere* precisamente el de reparar, remediar, encausar; al *corregir* el *ius civile*, el magistrado restableció la parejura, niveló otra vez la *aequor* y saneó la *summa iniuria* del *summum ius*.

Desde este enfoque, el *ison* aristotélico se hermana con la *aequitas* romana en cuanto necesaria parejura de las relaciones jurídicas y, en cuanto tal, no queda como al margen o antítesis del *ius*; es la sustancia que lo *ius-tifica*, que lo hace justo en su concreta y funcional aplicación. La *epiēikeia* asimilada a la *aequitas*, es decir, como *equidad*, contiene una traslación del sentido del *ison* como nivelación o equilibrio y, de esa forma entendido, la derivación podría explicarse. Ante el caso no previsto, el pretor parte de la norma insuficiente, pero el fin (telos) de esa función supletoria o de auxilio consiste en darle cobertura jurídica, incluirlo en el ámbito del *ius*, para lo cual deberá observar la regla de oro de la debida equivalencia (*ison-aequitas*), resolviéndolo con la misma proporción niveladora con que pudiera haberlo previsto y resuelto el legislador. *Lato sensu*, tanto en la ayuda y suplencia como en el de la *corrección* de *ius civile*, se trata de las clásicas soluciones no de la ley sino de la equidad, pero, en realidad, son dos conceptos e institutos jurídicos distintos.

Gral. Roca, 8/11 de octubre de 1993.

# JURIDICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD (Reflexiones elementales)

POR HÉCTOR H. HERNÁNDEZ\*

## I. INTRODUCCIÓN

Hay pocos temas dentro del conocimiento jurídico tan importantes como la noción misma de *jurídico* y *juridicidad*, y sus opuestos *antijurídico* y *antijuridicidad*. En los autores de la Dogmática Jurídica es más usual ocuparse de la antijuridicidad; los de Derecho Penal se ocupan de ella mirándola sobre todo en orden a la aplicación de las penas, mientras los civilistas la miran especialmente en orden a la reparación de los daños. En los iusfilósofos es más usual ocuparse de *derecho* que de *jurídico*, y de éste más que de antijurídico. Pareciera que hay una propensión a estudiar lo que sería *lo patológico* más que de lo normal en el derecho. Un tratamiento esencial de los problemas que nos ocupan no puede rehuir ninguno de los aspectos que hemos dejado apuntados, ni darle una acentuación unilateral a algunos de ellos. Como una vía de acceso a los mismos haremos una sumaria alusión a algunas nociones que nos trae el Código Civil Argentino.

## II.

### *I. Nociones del Código Civil Argentino*

En el Código Civil Argentino tenemos, por de pronto, los *hechos jurídicos* - “acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones” (art. 896). Se trata allí de una noción amplia de *hechos jurídicos*, como surge de la nota de Vélez Sársfield al título respectivo, pues abarca tanto los *meros hechos* como los *hechos humanos*. Estos últimos, a su vez, pueden ser *voluntarios* o *involuntarios*; los voluntarios son los “ejecutados con discernimiento, intención y libertad” (art. 897). Sólo los voluntarios son susceptibles de la división del art. 898 en *lícitos* o *ilícitos*. Los lícitos son “las acciones voluntarias *no prohibidas por la ley*, de que puede resultar alguna adquisición, modificación o extinción de derechos”.

---

\*Titular cátedra Filosofía del Derecho Natural y Director de Instituto. Facultad de Derecho y CC. SS. del Rosario, P.U.C.A. Instituto de Filosofía Práctica (Bs. As.)

La relación a *la ley*, pues, resulta dirimente de licitud o ilicitud. Y eso debe ser especialmente retenido. Debemos retener también, y lo veremos in *infra*, que fuera de los hechos voluntarios carece de sentido hablar propiamente de *ilicitud*.

## 2. Los términos

Los *diccionarios* nos traen aquella conexión ya advertida entre lícito y ley: Lícito : “Que es de la ley o calidad que se manda” (*Dicc. Real Academia*). También, “justo, permitido, según justicia y razón” (*Dicc. Enc. Espasa*). A su vez “jurídico”, adj. “que atañe al derecho, o se ajusta a él” (*Dicc. Espasa cit.*).

Ambas palabras nos remiten a los sentidos latinos: *licitus* es participio de *licet* : “se puede, se debe, es lícito, permitido” (*Macchi*, quien poco aporta en la voz *juridicus jurídico*).

*Jurídico* se enlaza con *jus* o *ius*, esto es con la palabra utilizada por los latinos para nuestro término *derecho*. Y bien, el origen sánscrito de esa palabra, conforme a enseñanzas recogidas por *Graneris*, estaría o bien en *y* u, que indica ligamen, o en *y* o *h*, con significado de algo santo, sagrado, que procede de la Divinidad, “De ahí el nombre latino de la divinidad” anota *Urdániz* (*Iovis Pater* o *Iu-piter*; Yahavé, Júpiter). Desde luego que ambas etimologías nos estarían indicando aspectos importantísimos del derecho: el vínculo, la obligación, o bien su carácter sagrado y su origen o fundamento sagrado.

## 3. Acepciones de jurídico

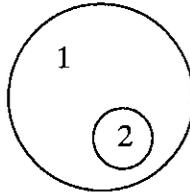
Una incursión en nuestra experiencia prefilosófica del derecho nos indica que designamos como *jurídicas* a una serie de cosas, por así decir, que encontramos en un vasto *campo* que llamamos precisamente *jurídico*, y no *artístico*, *técnico*, *anatómico*, *astronómico*, etc.

Estas *cosas dentro del campo jurídico* son, entre otras, conductas jurídicas, poderes jurídicos, títulos jurídicos, signos jurídicos, situaciones jurídicas y normas jurídicas.

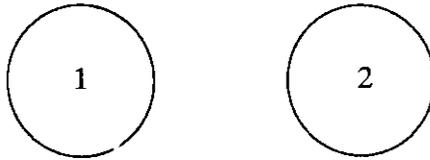
Ahora bien, dentro de ese vasto *campo*, nos encontramos sin duda con los delitos; los juristas, jueces, abogados, profesores de las facultades de derecho se ocupan también, y en lugar importante, en efecto, de los delitos. O sea de las conductas que llamamos ilícitas o antijurídicas. Y también, desde luego, nos encontramos con las conductas conformes a las normas jurídicas.

Jurídico como opuesto a *a-jurídico*, pues, indica un vasto campo que llamamos el campo jurídico y los objetos que hay en él. Pero también decimos, por ejemplo, *el delito es antijurídico*, o sea que el delito, en esta acepción, quedaría fuera de lo jurídico.

Si decimos *el delito es jurídico* y con 1 designamos a lo jurídico y con 2 al delito, tenemos:



Si decimos, en cambio, *el delito es antijurídico*, tenemos:



En la primera acepción indica el campo que tiene relación con las normas y valores jurídicos, y se contrapone a *ajurídico*: *Sentido 1*. En la segunda acepción, más restringida, indica aquello que está conforme con las normas y valores jurídicos: *Sentido 2* de *jurídico*.

Hay, pues, dos acepciones de *jurídico*. Y, en todo caso, *jurídico* resulta ser un término *análogo*.

En cuanto a *juridicidad* y *antijuridicidad*, son los modos abstractos correspondientes a aquellos términos, que indican la formalidad de los mismos.

#### 4. Las conductas jurídicas y antijurídicas

Cabe preguntarse, ante la afirmación de la analogía del término, dónde se da principalmente la juridicidad o lo jurídico. Parece insoslayable que lo jurídico se da ante todo en la llamada *vida jurídica*; y que la *vida jurídica* se da primariamente en la actividad jurídica, en las *conductas jurídicas*. Y (parece) que las demás *cosas jurídicas* u objetos del campo jurídico son jurídicos por relación a las conductas jurídicas. Lo mismo sucede, análogamente, con *derecho*.

No carece de interés, por lo que se verá, plantearse dónde *se da propiamente la antijuridicidad*. Parece que ella se da, de nuevo, en las *conductas antijurídicas*. Y aquí esto debe ser enfatizado más especialmente que en el caso de la juridicidad. Porque no es dable hablar por ejemplo de *normas* (verdaderas normas) *antijurídicas*, ni de derechos subjetivos antijurídicos, como sí se puede hablar de normas y derechos (subjetivos) jurídicos. (En este último caso, con evidente redundancia.)

Las conductas jurídicas o antijurídicas son conductas de los hombres. Con más precisión, siguiendo una terminología tradicional de *Santo Tomás*, serían actos *humanos* y no actos *del hombre*. Ahora bien, no hay verdadero acto humano si no hay una raíz interior, si el acto no es asumido de alguna manera por lo que en el hombre hay de interior y a la vez de superior y que precisamente lo hace humano, por sobre el nivel animal. Es sin duda por

esta razón por la que según el Código Civil Argentino sólo los actos *voluntarios* pueden ser *ilícitos* (art. 898); y es la razón antropológica fundamental por la cual se define el delito como “acción típicamente antijurídica, *culpable* y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta” (*Soler*). El subrayado es nuestro e indica el elemento subjetivo insoslayable para hablar de una conducta, o de un acto, *plenamente antijurídico*. Es que, por más que los penalistas nos hayan acostumbrado, quizá por una necesidad analítica que resulta útil, a separar imputación, antijuridicidad y culpabilidad, no hay acto plenamente antijurídico, completamente antijurídico, o antijurídico a secas, si falta el elemento subjetivo. De otro modo, el *acto objetivamente antijurídico* sería reducido como a una realidad *física*, distinta de la realidad propia de lo jurídico. (Esto no quita que no haya *tipos* de actos que de suyo sean justos o injustos.)

Como se advierte aquí, el acento principal de nuestra explicación del Derecho se coloca en las conductas, en una posición que puede denominarse *realista*. Tal posición se contrapone, por ejemplo, a una de tipo *normativista* o racionalista.

### 5. Juridicidad, antijuridicidad y norma jurídica

Pero, ¿a qué se opone la conducta antijurídica? Lo que acabamos de decir sobre la acentuación realista, sobre el centro en la conducta, ¿no desdice la afirmación sustentada *supra* de que es *la norma* la que dirime, por así decir, la antijuridicidad?

De ninguna manera. Que una *cosa* sea causa de algo no significa que esta última deje de ser lo que es. Explico: la conducta antijurídica, tanto como la conducta jurídica, son precisamente conductas. En las conductas se da la juridicidad o la antijuridicidad. Lo que no quita que éstas estén determinadas por las normas.

La conducta antijurídica se opone a la conducta jurídica; pero, como lo afirma cierta convicción doctrinaria común de la que se hace eco, por ejemplo, el código de *Vélez Sársfield*, son ciertas normas o reglas, que *no consisten en conductas ni son conductas*, las que regulan precisamente a éstas y las *hacen ser*, por así decir, jurídicas o antijurídicas. Las conductas jurídicas son las conformes con las normas jurídicas; las conductas antijurídicas son las disconformes con ellas.

Pero lo expuesto nos lleva a otra cuestión: si decimos que las conductas jurídicas o antijurídicas se determinan como tales por la conformidad o disconformidad con las normas jurídicas, ¿cómo es que puede hablarse de concordancia o discordancia entre cosas tan diferentes como *actos* y *normas*?

La concordancia o discordancia es la que va de *lo reglado*, que es una conducta humana (algo que hace parte del mundo físico pero no totalmente, por la dimensión espiritual del hombre que implica como una primera *trascendencia* de dicho mundo) a *la regla*. Y la regla es cierto *producto* de la razón del normador. Es lo que queda de un cierto acto de la razón.

¿Por qué decimos *normador* y *norma* sin reducirnos a *legislador* y *ley*? Pues porque *hay variedad de reglas jurídicas* que no se reducen a la ley y variedad de normadores con respecto al hombre que no se reducen al legislador: un contratante es, de alguna manera, normador –junto con su co-contratante– de sus propios actos.

La norma es *lo que queda* de un acto de la razón normadora. Ese ordenamiento de la razón es como la presencia o prefiguración *mental* (*ámbito espiritual* de la razón), de ciertos actos reales (*ámbito real* de las conductas). Pero no es sólo tal presencia o prefiguración.

Esa capacidad *prefigurativa*, esa intencionalidad de la razón y su espiritualidad, pues, es lo que establece la posibilidad de cierta *homogeneidad comparativa*.

Pero no se trata de prefiguración de actos reales que *son*, o que necesariamente con necesidad física *serán*, sino de actos *libres*, esto es contingentes o que pueden *de hecho* ser o no ser. El acto de la razón normadora no se corresponde con la realidad de las conductas como sí sucede en el conocimiento especulativo. Cuando la norma jurídica *manda* algo, es como una representación intencional de actos (principalmente en cuanto futuros), pero que contiene además otra cosa, pues *imperá* la realización de dichos actos.

No estamos en el ámbito de la razón especulativa sino de la razón *práctica*: se indica lo que se *debe* hacer o bien lo que se *puede* hacer, o *no se puede* hacer, o *cómo* se debe hacer, pues no toda norma aisladamente considerada es imperativa.

## 6. Antijuridicidad y carencia del acto debido

La antijuridicidad implica, dijimos de pasada, disconformidad entre la conducta y las normas. Las conductas antijurídicas son las que no se han conformado a las normas jurídicas. La *forma* de las conductas no es en ese caso la que *debían tener*.

En el acto antijurídico, pues, hay en sentido amplio el *incumplimiento de una obligación*. Este incumplimiento puede ser de acción o de omisión, cuando la conducta debida era, respectivamente, de omisión y de acción. Por ejemplo, dada la prohibición de matar, la obligación consiste ante todo, principal y habitualmente, en una abstención: abstenerse de matar, omitir el acto homicida. Y el acto antijurídico consiste en una acción: matar. Pero el ordenamiento jurídico establece además, en forma implícita, obligaciones positivas de acción y no de omisión: por ejemplo, el art. 108 del Código Penal Argentino determina de tal forma la obligación de prestar auxilios necesarios a las personas menores perdidas o desamparadas o a los heridos, inválidos o amenazados de peligro. La obligación es *positiva*, de actuar; el acto *antijurídico* consiste en la *omisión* de tal acto. También, y para no reducirnos al plano legal, en el plano *contractual*, si contrato el arrendamiento de un inmueble, estoy obligado a pagar el arrendamiento, y el acto antijurídico consistirá en la omisión del pago debido.

## 7. Antijuridicidad, normas y valores

En supra, Nº 2, hemos definido a la juridicidad, siguiendo a *Soaje Ramos*, como la conformidad con las normas y valores jurídicos. Es del caso, pues, caracterizar a la antijuridicidad como la *disconformidad* u *oposición* a las normas y valores jurídicos. Si se admite que en cierto tipo de antijuridicidad, la antijuridicidad que llamaremos *positiva* por oposición a *natural*, es necesaria la determinación concreta, en las normas, de cuál es la

conducta prohibida para que su sujeto pueda ser punido (al modo como los penalistas hablan del *tipo penal*), habrá que admitir en tales casos que bajo un aspecto debe haber una *conformidad* de la conducta antijurídica con las prefiguraciones de la norma. Pero sigue siendo válido que la conducta antijurídica es la que se opone a *lo mandado* por ellas: las normas jurídicas no mandan la realización de conductas que precisamente ordenan que sean punidas.

Ahora bien, ¿por qué decimos *normas* y *valores*? ¿No hay aquí cierta superposición de conceptos? En parte la hay, toda vez que la norma no es la sola proposición mental, como hemos señalado, sino que ella, implícita o explícitamente, impera conductas... pero la verdadera norma jurídica impera no cualquier conducta sino conductas valiosas. La norma supone *valores que hay que realizar*.

Al insistir en la mención de *valores* queremos descartar toda consideración *formalista*, y formalista en mala parte, de las normas. La conducta verdaderamente antijurídica es una conducta disvaliosa, una conducta socialmente negativa. Una conducta que va contra los fines sociales, o sea contra los rectos fines de la comunidad política.

## 8. Unidad del ordenamiento y antijuridicidad

La antijuridicidad se caracteriza por la oposición a las normas jurídicas. Pero las normas jurídicas son muchas, y se dan en unidad, por lo que hablamos de unidad del ordenamiento normativo jurídico. La oposición de la conducta, para ser antijurídica, será, pues, el ordenamiento en su conjunto, considerando jerárquicamente las normas que lo componen. Y puede ser antijurídico un acto aun por infracción de un mandato *implícito* y no sólo expreso, de las normas. Esto ha sido bien visto por los juristas en general, aun por los penalistas. En Derecho Civil se ha llegado a decir que la obligación jurídica de obrar es “no sólo la que la ley consagra, sino también la impuesta por la razón, por el estado de las costumbres y por la práctica de los hombres probos” (Suprema Corte de Bs. As. citando al civilista *Acuña Anzorena: Jurisprudencia Argentina*, 3.IX.1980, N° 5166).

No puede haber, en consecuencia, una antijuridicidad *civil* y una antijuridicidad *penal* que no reúnan el requisito esencial de la antijuridicidad, ya recordado, de la oposición al ordenamiento normativo jurídico.

Hacia el final del número anterior (7), al insistir en un cierto contenido axiológico (y axiológico positivo, por así decir) de las normas jurídicas, y consecuentemente en un sentido y contenido axiológicamente negativo de las conductas antijurídicas, quedamos ante las puertas de ciertas preguntas insoslayables: 1) ¿Qué sucede cuando el normador establece como obligatorias conductas que son en sí mismas disvaliosas, o que apuntan a fines disvaliosos? 2) ¿Es verdadera norma jurídica todo y cualquier mandato? Aunque la respuesta adecuada no es aquí posible, no se pueden dejar de subrayar algunas cosas: por ejemplo que entre los presupuestos manejados en este trabajo, para nuestra respuesta a la primera de esas preguntas está la afirmación de que *hay normas jurídicas naturales*.

No es de ningún modo extraño en los estudios jurídicos encontrar la afirmación de que hay un *derecho natural*. Los iusnaturalismos tienen amplia difusión. Pero no es

tampoco extraño que a veces no se registre en sus expresiones la debida coherencia, sobre todo al descender a la Dogmática Jurídica o a la Jurisprudencia. Un iuspositivismo implícito suele teñir algunas construcciones de autores iusnaturalistas. O se comprueba que el *derecho natural* que admiten no es considerado, en rigor, como *derecho*, sino como perteneciente a un orden moral no estrictamente vinculante de lo jurídico; o se lo concibe, al modo de los iusnaturalistas racionalistas, como *otro* ordenamiento completo y separado del positivo.

Sin poder desarrollar este punto, sentamos, junto a la afirmación de que hay una ley jurídica natural, la de que hay una *unidad del ordenamiento normativo jurídico*. El *derecho* (entendido aquí no como conducta sino como norma) es uno, parte natural y parte positivo. Esta concepción se remonta, por lo menos, a *Aristóteles*. Queda así precisado el sentido de la afirmación de la unidad del ordenamiento expuesta al comienzo de este número: la unidad del mismo, que muchos afirman reducida a la parte positiva, es extendida por nosotros a todo el derecho: natural-positivo. A la luz de esto ha de entenderse y precisarse la afirmación anterior de la *unidad de la antijuridicidad*.

Las normas jurídicas positivas gravemente injustas, en la medida de su injusticia, no establecen verdadera obligación; en consecuencia, en la medida de aquella injusticia, si no hay obligación, el no cumplimiento de ese pretendido deber no es un acto antijurídico. El mandato del Sanhedrín a los apóstoles de no predicar el Evangelio no creaba verdadera obligación; por lo tanto, el incumplimiento de aquel mandato no era antijurídico. Las medidas tomadas por un gobierno tiránico en cualquiera de sus sentidos, sea por opresión de las legítimas libertades, sea por la grave masificación y degradación del hombre por los medios de comunicación o por la educación oficial, por ejemplo, en la medida en que convergen a lograr dichos objetivos disvaliosos, no crean obligación verdadera y su incumplimiento no es constitutivo de antijuridicidad.

## 9. Jurídico, tolerado, prohibido

Entre las conductas que el ordenamiento jurídico normativo prohíbe y las conductas jurídicamente valiosas, ¿hay o no alguna categoría intermedia?

En una posición muy equilibrada, de una honda comprensión del derecho humano, *Tomás de Aquino* defendía que no incumbe a la ley humana reprimir todos los vicios (*Suma Teológica*, I.II. 96, 2). En consecuencia, hay actos prohibidos por la ley jurídica natural que no son prohibidos por la ley jurídica positiva (*Ibidem*, ad 3um.). Entonces, ¿en qué queda la mentada por nosotros *unidad de la antijuridicidad* que extraemos de la *unidad del ordenamiento jurídico normativo*? Repetimos, entre lo jurídicamente valioso, esto es jurídico como conforme a normas y valores jurídicos, y lo prohibido, ¿hay algo *intermedio*?

Una pista para la dilucidación del asunto nos la da una afirmación breve, pero a la vez muy valiosa contenida en un fallo de la *Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires* (*Diario de Jurisprudencia*, 30.7.80, p. 173). En el caso se trataba de que la Administración había autorizado la construcción de un edificio destinado a *hotel alojamiento por horas*, pero después denegó la habilitación para su funcionamiento como tal. Los propietarios, en virtud de la autorización para edificar, se consideraban con un *derecho*

*adquirido*, en términos constitucionales, a la autorización para funcionar. El citado tribunal entendió: a) En cuanto a la *calificación de esa actividad* de “facilitar, por precio, el encuentro erótico, generalmente clandestino” con ciertos recaudos: que “no se trata de una actividad comercial lícita y honesta sino meramente *tolerada*...” b) Le otorgó a dicha calificación esta *consecuencia jurídica*: que por ello la autorización queda “sujeta a renovadas exigencias y restricciones y aun a prohibición según lo disponga el poder administrador interpretando razonablemente los requerimientos del interés público, aun después de haber autorizado su funcionamiento, sin que el empresario afectado pueda invocar derechos adquiridos al mantenimiento de situaciones anteriores determinadas por una circunstancial liberalidad (sic) de aquél” (loc. cit., p. 175, 3ª y 4ª col. ).

Adviértese que el Tribunal se vio como impelido a admitir esta distinción: a) lo *lícito*; b) lo *ilícito* que es *tolerado*; c) lo *ilícito prohibido*; admitió tal distinción *otorgándole consecuencias jurídicas*; y desde luego, al introducirse en este problema no aludió para nada al *derecho natural*.

Nos parece correcta la distinción conceptual que los jueces hicieron (sin aludir aquí a la corrección o no del fallo en concreto). Lo jurídico, pues, como opuesto a antijurídico, es lo realmente conforme a las normas y valores jurídicos, a todo el ordenamiento normativo jurídico; y lo realmente antijurídico es tanto lo efectivamente reprimido por el ordenamiento jurídico positivo como también lo *tolerado* por tal ordenamiento. Hay cosas, pues, para decirlo de nuevo con *Santo Tomás, que son tenidas como lícitas*, no porque la ley humana las apruebe, sino porque no las castiga (II-II, 77, 1, ad 1um.).

No todo lo no prohibido, pues, es jurídico en sentido “2”. (Quedan abiertos, desde luego, otros problemas que no podemos abordar aquí.)

### III.

Corresponde ahora que realicemos una ojeada por demás sucinta a algunas posiciones que divergen de la que se sostiene en este trabajo.

Va de suyo que una vía de discrepancia en torno al tema de la juridicidad o de la antijuridicidad la puede constituir la negación explícita o implícita en sus aplicaciones, de un ordenamiento normativo jurídico *natural*.

Si hemos señalado que la antijuridicidad se constituye por la violación, en sentido amplísimo, de una obligación jurídica, va de suyo que la discrepancia en torno al tema de la obligación producirá discrepancias en el tema de la antijuridicidad. Así, para *Golschmidt*, por ejemplo, hay tres clases de *deber ser jurídico*: real, lógico e ideal: “La ordenanza que el faraón dirige a las parteras... de que maten a los niños varones” de los judíos, *engendra un deber ser real pese a su injusticia evidente*. De modo que para este autor, el hecho de matar a los inocentes sería de algún modo jurídico en sentido 2 y la actitud contraria antijurídica. La posición que hemos defendido, aquí y en otros lugares, inserta el valor en el ámbito real, en el ser, en una concepción realista y objetivista del mismo, y no reduce las normas a un elemento lógico o descriptivo; admite la dimensión

práctica de la razón y, con las precisiones que son indispensables, acepta la doctrina agustiniana de que la ley injusta no es ley. La ley obliga en tanto y en cuanto y en la medida de su justicia; y en la medida de su injusticia no produce verdadera obligación. El mandato que no respeta la dignidad de la naturaleza humana y el derecho natural no produce obligación alguna ni es verdadera norma jurídica, y su violación no tiene verdadera antijuridicidad.

Las *consecuencias desfavorables* que el acto antijurídico acarree a su autor son, para nosotros, *consecuencias* de él que se suelen seguir, aunque no siempre. De ahí que tales consecuencias desfavorables no sean un constitutivo de la antijuridicidad, tal como lo concibe, por el contrario, *Legaz y Lacambra*.

Hay que cuidarse de hacer ilegítimas transposiciones de ciertos campos de la Dogmática Jurídica, por ejemplo del Derecho Civil o del Derecho Penal, a una doctrina esencial de la juridicidad o de la antijuridicidad. Así, si en sede *civil* interesa *el delito en cuanto a la indemnización del daño*, o en sede *penal* *el delito en cuanto a la pena que es su consecuencia*, sería una *deformación* reductivista limitar a esos aspectos la antijuridicidad. Aun desde una Teoría General del Derecho no iusnaturalista cabe insistir en la unidad del derecho y repeler la tendencia perniciosa a los compartimentos estancos.

Desde luego que la antijuridicidad no puede reducirse, afirmada la ley jurídica *natural*, a la oposición a esta última. Ni puede hacerse consistir tampoco en la oposición a los *sentimientos medios* de una comunidad, en una actitud sentimentalista o sociologista. Ni reducirse a un problema lógico; así aparecería en Cossio, para quien “la polaridad lícito-ilícito es *lógica*, solamente, y no axiológica.

Nos parece que la vía que seguimos en estas breves reflexiones coloca la explicación del tema en una conexión inescindible con el hombre real, con sus apetencias reales de justicia y con los valores y principios prácticos de cuya concreción y aplicación depende que alcance su verdadera y superior dignidad.



Buenos Aires, 22 de setiembre de 1994

Sr. Director de la Revista *Prudentia Iuris*  
Dr. Alfredo Di Pietro  
PRESENTE

De mi mayor consideración:

Me dirijo a Ud. con motivo del artículo titulado “El abogado interno de empresa en la Argentina”, aparecido con mi firma en el número 34 – junio 1994 de vuestra revista (págs. 5 y sigs.), entre cuyas fuentes de información, todas de gran utilidad, cito tres artículos del Dr. N. Guillermo Molinelli, que constituyeron un valioso soporte para la redacción de dicho trabajo. Tales artículos, publicados oportunamente en *La Ley* son: “Los departamentos legales de empresa en la Argentina” (1989-C, pp. 1346/1355); “El abogado interno de empresa” (1990-C, pp. 1152/1156) y “La ética profesional y el abogado interno de empresa” (1990-C, pp. 1161/1164).

Con respecto a los trabajos de su autoría, el Dr. Molinelli ha considerado que he excedido el derecho de cita permitido por el art. 10 de la ley 11.723, no habiendo podido ponernos de acuerdo al respecto.

A fin de concluir esta cuestión de una manera conciliatoria, y a pedido del Dr. Molinelli, he accedido solicitar por este medio a los lectores de vuestra Revista que se abstengan de citar los conceptos incluidos en las páginas 7 a 22, 24 a 28 y 33 a 36 del trabajo a efectos de evitar conflictos respecto de los alcances permitidos por la ley 11.723 de Propiedad Intelectual.

En consecuencia, solicito al Sr. Director la publicación de la presente en el próximo número de dicha Revista.

Saludo a Ud. con mi consideración más distinguida.

Rodolfo Blaquier