

PRUDENTIA IURIS N° 85

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



Junio 2018

Buenos Aires, Argentina.

ISSN: 0326-2774 (impresa)

ISSN: 2524-9525 (en línea)

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

Rector

Dr. Miguel Ángel Schiavone

Vicerrector de Integración

Pbro. Gustavo Boquín

Vicerrectora de Investigación e Innovación Académica

Dra. María Clara Zamora de Najún

Secretario Académico

Dr. Gabriel Limodio

Administrador General

Dr. Horacio Rodríguez Penelas

FACULTAD DE DERECHO

Dr. Daniel Herrera

Decano

Dr. Néstor Raymundo

Secretario Académico

Dr. Fernando Ubiría

Prosecretario Académico

Dr. Nicolás Lafferriere

Director de Investigación Jurídica Aplicada

Dr. Gustavo Costa Aguilar

Director de Posgrado

Director de la Revista

Jorge Nicolás Lafferriere

(Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina,
Buenos Aires, Argentina)

Secretaría de Redacción

Débora Ranieri de Cechini
(Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina,
Buenos Aires, Argentina)

Asistente Editorial

Estefanía Rogora

Comité Editorial

Gabriel Limodio

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

Daniel Herrera

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

Francesco D'Agostino

(Universidad de Roma Tor Vergata, Roma, Italia)

Carlos I. Massini Correas

(Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina)

Raúl Madrid

(Pontificia Universidad Católica de Chile,
Santiago de Chile, Chile)

Joaquín García Huidobro

(Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia)

Rafael Santa María D'Angelo

(Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú)

Andrés Ollero

(Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España)

Consejo Académico

Eduardo Quintana

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

Rodolfo Vigo

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

Eduardo Ventura

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Fernando Toller
(Universidad Austral, Pilar, Argentina)

Alfonso Santiago
(Universidad Austral, Pilar, Argentina)

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

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

Juan Cianciardo
(Universidad Austral, Pilar, Buenos Aires)

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

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

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

Francesco Viola
(Universidad de Palermo, Palermo, Italia)

Mauro Ronco
(Universidad de Padova, Padua, Italia)

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

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

Ilva Myriam Hoyos
(Academia Colombiana de Jurisprudencia, Colombia)

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

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

PRUDENTIA IURIS

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

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

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

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

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

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

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

Prudentia Iuris is a biannual Journal of the Faculty of Law of the Pontifical Catholic University of Argentina “Santa Maria de los Buenos Aires” which aims at developing a legal thinking coherent with the fundamental principles of Justice and natural order, illuminated by Faith (*Prudentia Iuris*, no. 1, August 1980, p. 3).

The Journal covers the following issues: Philosophy of Law (Natural Law, Legal Theory, Principles and Juridical Institutions); Public Law (Constitutional, Administrative, Labor, Social Security), Private Law (Civil and Commercial Law); History of Law; Canon Law; Comparative Law.

Among its recipients are Professors, Researchers, Legislators, Judges, Lawyers and Students of Legal Science as well as Libraries of Universities, Research Centers and other Agencies. The publication maintains exchange with approximately 350 National and Foreign Publications.

In the last pages we include the Publication Standards for authors with the evaluation system used for the selection of the articles that are included for publishing. The authors of published articles also transfer their rights to the publisher, in non-exclusive basis, to incorporate the digital version of the same to the Institutional Repository of the Catholic University of Argentina as well as other databases that the University considers of academic relevance.

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

For subscriptions, swaps, paper submissions and correspondence:

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

ISSN: 0326-2774 (versión impresa)

ISSN: 2524-9525 (versión en línea)

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Buenos Aires, Argentina

PRUDENTIA IURIS

SUMARIO

JUNIO 2018 – N° 85

Presentación 13

PARTE I. Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana

RANIERI DE CECHINI, Débora
La interpretación judicial y el debilitamiento del orden social.
(*The judicial interpretation and the weakening of the social order*)..... 19

PARTE II. Artículos de investigación

FUSCO, Leandro Ezequiel
Los procedimientos especiales abreviados del Código Procesal Penal Italiano. (*Special procedures in the Italian Criminal Procedure Code*) 37

CARDOSO BARZOTTO, Luciane; DUVAL MARTINZ, Renata y SIMÔES CORREIA, Carolina
Cambios en la Ley de Inmigración Brasileña. (*Change in the Brazilian Immigration Law*) 67

DI MARCO, Rudi
Filosofía, scienza e verità: La verità come esigenza e come essenza del diritto. (*Philosophy, Science and Truth: The Truth as a Need and as the Essence of Law*) 87

OLAGUIBE, Luis H.
Constitucionalidad y convencionalidad de los Derechos Humanos del embrión. (*Constitutionality and Conventionality of the Human Rights of the embryo*)..... 109

PARTE III. Notas y comentarios

Afectación de la cosa juzgada local en las sentencias de la Corte IDH. A propósito del fallo “Fontevicchia”. (*Afection of local res judicata*)

SUMARIO

<i>in the judgments of the Inter-American Court. About the case “Fontevvecchia”</i>), por Eliana P. Oudin	123
El consentimiento informado en los exámenes genéticos directos al consumidor. (<i>Informed consent on Direct to Consumer Genetic tests</i>), por Leonardo L. Pucheta	137
A Moral Reading of Argentine Constitutional Case Law. (<i>Una lectura moral de la jurisprudencia constitucional argentina</i>), por María del Pilar Zambrano	151

PARTE IV. Documentos y crónicas

Discurso del Santo Padre Francisco a los miembros del cuerpo diplomático acreditado ante la Santa Sede con motivo de las felicitaciones de Año Nuevo, Sala Regia, lunes 8 de enero de 2018..	177
Proemio de la nueva Constitución Apostólica “Veritatis gaudium”, Roma, en la sede de la Congregación para la Educación Católica, 27 de diciembre de 2017.....	191
Declaración en defensa de la vida, Academia Nacional de Medicina, Buenos Aires, 22 de marzo de 2018.....	205

RECENSIONES

HERNÁNDEZ, Héctor H., <i>Inseguridad y Garantismo abolicionista: Bases para la reconstrucción de la Justicia Penal</i> , Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2017 (por Carlos Manuel Romero Berdullas)	209
FIOCCHI MALASPINA, Elisabetta, <i>L’eterno ritorno del Droit des gens di Emer de Vattel (secc. XVIII-XIX): L’impatto sulla cultura giuridica in prospettiva globale</i> , Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, 2017 (por Santiago Legarre)	214
FAZIO, Mariano, <i>El Siglo de Oro Español. De Garcilaso a Calderón</i> , Madrid, Rialp, 2017 (por Roberto Bosca).....	217
AA. VV., <i>The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence</i> , Eds. G. Duke & R.P. George, Cambridge, Cambridge University Press, 2017 (por Carlos I. Massini Correas)	220
Normas de publicación	227

PRESENTACIÓN

Presentamos el nro. 85 de la *Revista Prudentia Iuris* de nuestra Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Este número presenta en la Sección Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana, la *lectio* dictada al comienzo de la reunión del Claustro de Profesores de nuestra Facultad de Derecho, por la reciente Doctora en Ciencias Jurídicas y Secretaria de Redacción de la Revista, Débora Ranieri de Cechini, cuya tesis fuera calificada sobresaliente *cum laude* con recomendación de publicación. Conjuntamente con la defensa de su tesis durante el año 2017, la Dra. Ranieri se convirtió en uno de los referentes en la defensa de la libertad religiosa en la causa “Castillo c/ Provincia de Salta”, donde, a pesar de la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, gran cantidad de miembros de esta Universidad, incluyendo al entonces Rector Mons. Víctor M. Fernández, siendo fieles continuadores de nuestra tradición, han dado testimonio como *Amicus Curiae* ante la mencionada Corte.

En el presente número de *Prudentia Iuris* no podemos ser ajenos al debate sobre la despenalización del aborto que actualmente está dándose en el Congreso de la Nación y en la sociedad entera. En atención al presente debate y en consonancia con el impacto que tienen los tratados y organismos internacionales en nuestro ordenamiento jurídico, incluimos dos trabajos que estudian diferentes aspectos del tema. Por un lado, en la Sección de Artículos de investigación, el del Dr. Luis H. Olaguibe, quien defendiera su tesis doctoral sobre el estatuto jurídico del embrión humano a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño; analiza la posibilidad de armonizar el control de constitucionalidad con el de convencionalidad sin desconocer los Derechos Humanos del embrión en cuanto niño por nacer. Por otro lado, en la Sección de Notas y comentarios, María del Pilar Zambrano, desde España, aporta un estudio del estatus legal del embrión en la jurisprudencia Argentina y cómo se fue modificando desde el año 2001 en adelante, en parte por la influencia de los organismos internacionales y las interpretaciones por ellos hechas de los tratados internacionales firmados por Argentina.

Sumamos, también, en la Sección de Documentos y crónicas, la Declaración de la Academia Nacional de Medicina, que entre varios puntos afirma *que el niño por nacer, científica y biológicamente, es un ser humano cuya existencia comienza al momento de su concepción. Desde el punto de vista jurídico es un sujeto de derecho como lo reconocen la Constitución Nacional, los tratados internacionales anexos y los distintos Códigos nacionales y provinciales de nuestro país.* Conceptos a los cuales adherimos, reafirmando nuestra defensa de toda la vida humana desde la concepción hasta su muerte natural.

En la Sección de Artículos de investigación, el abogado Leandro Fusco escribe sobre los procedimientos especiales abreviados del Código Procesal Italiano, utilizando el estudio del Derecho Comparado. Desde Brasil, la Jueza del Trabajo, Luciane Cardoso Barzotto, analiza el fenómeno de la inmigración en el marco de la Constitución Brasileña. En el campo de la Filosofía del Derecho, el Dr. Rudi Di Marco presenta en italiano un artículo sobre la importancia de la verdad en el estudio de las ciencias en general y como fundamento y necesidad del Derecho en particular.

En la Sección de Notas y comentarios, la abogada Eliana Oudin, partiendo del fallo “Fontevicchia”, escribe sobre el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la afectación a la cosa juzgada. Por otra parte, Leonardo Pucheta analiza la relación de dos fenómenos sumamente actuales, la revolución genética y el Big Data frente al papel del tradicional consentimiento informado.

En la Sección de Documentos y crónicas compartimos el discurso del Santo Padre Francisco a los diplomáticos ante la Santa Sede, y el Proemio de “Veritatis gaudium”, el cual ofrece criterios para la vida de las Universidades Católicas.

Cierran el presente número de la Revista las Recensiones del Dr. Carlos Romero Berdullas sobre el libro de Héctor Hernández, *Inseguridad y garantismo abolicionista: Bases para la reconstrucción de la Justicia Penal*. El Dr. Santiago Legarre reseña el libro de Elisabetta Fiocchi Malaspina, *L'eterno ritorno del Droit des gens di Emer de Vattel (secc. XVIII-XIX): L'impatto sulla cultura giuridica in prospettiva globale*. El Dr. Roberto Bosca invita, con su reseña, a leer el libro de Mariano Fazio, *El Siglo de Oro Español. De Garcilaso a Calderón*. Finalmente, el Dr. Carlos Massini Correas nos acerca a la obra AA.VV., *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, la cual reúne dieciséis trabajos sobre el tema y fue coordinada por Robert P. George y George Duke.

En lo que concierne a los aspectos editoriales, este número es el primero que se publica dentro del nuevo sistema de gestión en línea de la revista conocido como Open Journal System (OJS) en el portal que ha creado la Pontificia Universidad Católica Argentina (<http://erevistas.uca.edu.ar/>)

index.php/PRUDENTIA). De esta manera, continuamos dando pasos consistentes para mejorar la difusión de los contenidos de nuestra Revista, al tiempo que mantenemos la impresión de la revista en papel que contribuye a la consolidación de acervos culturales en las bibliotecas. En tal sentido, un agradecimiento especial a la prof. Estefanía Rogora por su tarea en la asistencia editorial de la Revista, como así también al personal de la Biblioteca y de la Editorial de la Universidad.

JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE
Director

PARTE I

**CÁTEDRA INTERNACIONAL
LEY NATURAL
Y PERSONA HUMANA**

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y EL DEBILITAMIENTO DEL ORDEN SOCIAL

The judicial interpretation and the weakening of the social order

Débora Ranieri de Cechini¹

Recibido: 5 de abril de 2018
Aprobado: 2 de mayo de 2018

Resumen: La *Lectio brevis* realizada en el inicio del año académico en la Facultad de Derecho (UCA) analiza, a raíz de la sentencia “Castillo c/ Ministerio de Educación de Salta”, de la Corte Suprema del 12 de diciembre de 2017, dos fenómenos jurídico-políticos de las últimas décadas en el ámbito jurisprudencial de los tribunales superiores: por un lado, vía modelo del neoconstitucionalismo, los jueces se han tomado la tarea de redefinir el Derecho vigente, apartándose especialmente de la literalidad del texto legal, con paradigmas, principios e ideas un tanto ajenas a lo justo, a la realidad de lo jurídico. Por otro lado, esta modalidad ha servido, además, para secularizar la educación, aún en Constituciones que no desconocen lo religioso, aplicando el tópico de neutralidad. Sin embargo, cuando el Estado no deja libertad a los padres que quieren que sus hijos reciban educación religiosa en la escuela, se aparta precisamente de esa supuesta neutralidad proclamada.

Palabras claves: Educación religiosa - Neutralidad estatal - Interpretación jurisprudencial - Neoconstitucionalismo - Laicidad.

1 Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Prof. con dedicación especial e investigadora (UCA). Miembro de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Correo electrónico: dcechini@hotmail.com.

Abstract: The *Lectio brevis* made at the beginning of the Academic year in the Faculty of Law (UCA) analyzes, following the decision in “Castillo c/ Ministerio de Educación de Salta”, of the Supreme Court of December 12, 2017, two legal-political phenomena of the last decades in the precedent scope of the Superior Courts: on the one hand, via the model of neoconstitutionalism, the judges have taken the task of redefining the current law, departing especially from the literality of the legal text, under paradigms, principles and ideas somewhat alien to the just, to the reality of the legal. On the other hand, this modality has also served to secularize education, even under Constitutions that do not ignore the religious, applying the topic of neutrality. However, when the State does not allow the freedom of parents who want their children to receive religious education at school, it departs precisely from that supposedly proclaimed neutrality.

Keywords: Religious education - State neutrality - Case Law - Neoconstitutionalism - Secularity.

Para citar este texto:

Ranieri de Cechini, D. (2018). “La interpretación judicial y el debilitamiento del orden social”, *Prudentia Iuris*, N° 85, pp. 19-34.

Estimados Sr. Decano, Dr. Daniel Herrera; Vicerrector de Integración, Pbro. Gustavo Boquin; Miembros del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho; Director del Doctorado en Ciencias Jurídicas, Dr. Fernando Ubiría; Director de Posgrado, Dr. Gustavo Costa Aquilar; Director de Investigación, Dr. Nicolás Lafferrière; Profesores del Claustro docente y queridos Profesores Eméritos:

Me dirijo a ustedes en este día dentro de la gozosa Octava Pascual para ofrecerles esta breve *lectio* con motivo del inicio del presente año académico. El Sr. Decano, el Dr. Daniel Herrera, me ha honrado sobremanera al pedirme esta tarea, honor que se acrecienta al saber que estoy delante de juristas a los que les debo mucho a lo largo de estos años. Sea un gesto de agradecimiento hacia ustedes estas breves palabras.

Como muchos ya saben, durante el año pasado la Corte Suprema de Justicia resolvió la demanda “Castillo y otros c/ la Provincia de Salta”², en la

2 “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Provincia de Salta s/ amparo”, CSJN, 12 de diciembre de 2017.

que se cuestionó la constitucionalidad de una ley que establece la educación religiosa en las escuelas públicas, a elección de los padres de los alumnos³, conforme al art. 49 la Constitución de esa misma provincia⁴. Los jueces de la Corte advirtieron que la resolución de la causa no era menor, por lo que decidieron convocar a la presentación de *Amicus Curiae*⁵ en audiencias públicas. Lo notable de este acontecimiento es que la respuesta no sólo fue masiva –se presentaron casi medio centenar de “amigos del Tribunal”, de los cuales diecinueve son profesores de esta Facultad⁶–, sino que incluso salió a la luz una especie de muestra real del estado cultural, filosófico, jurídico y religioso de nuestra patria.

3 El art. 8º, inc. m de la Ley N° 7.546, enuncia como principio, fin y criterio de la educación en la provincia garantizar que “los padres y, en su caso, los tutores tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, y el art. 27, inc. ñ de la misma ley, establecía como objetivo de la educación primaria, en Salta: “Brindar enseñanza religiosa, la cual integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores, quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos. Los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa”.

4 El art. 49 de la Constitución salteña prescribe: “Los padres y, en su caso, los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

5 La CSJN estableció la figura de *Amicus Curiae* a través de la Acordada N° 24/2004. Sobre el fundamento de su creación, allí estableció: “[...] como un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia, el Tribunal considera apropiado que, en las causas en trámite ante sus estrados y en que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público, se autorice a tomar intervención como Amigos del Tribunal a terceros ajenos a las partes, que cuenten con una reconocida competencia sobre la cuestión debatida y que demuestren un interés inequívoco en la resolución final del caso, a fin de que ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión del asunto”.

6 Varias de estas presentaciones fueron publicadas en *El Derecho*. Cfr. Lafferrière, N., “En torno a la educación religiosa en las escuelas públicas en Salta”, *ED*, 16 de agosto de 2017, pp. 1-4; Punte, R. y Ranieri de Cechini, D., “La relación entre Estado y Religión en el orden constitucional argentino y la falacia de la neutralidad estatal a propósito de la enseñanza religiosa en las escuelas salteñas”, *ED*, 16 de agosto de 2017, pp. 4-7; Padilla, N., “Libertad religiosa y educación: una necesaria armonía”, *ED*, 24 de agosto de 2017, pp. 1-3 y Portela, J., “La cultura de Salta como un ‘fragmento’ de la Constitución y el derecho de los padres de elegir la educación de sus hijos”, *ED*, 24 de agosto de 2017, pp. 4-5.

Así, a lo largo de tres largas audiencias públicas⁷ desfilaron diferentes asociaciones⁸ –entre ellas, la Gran Masonería–, universidades⁹ y juristas¹⁰ que, a la manera de una obra de teatro y con diferentes monólogos, se fueron alternando entre las voces a favor y en contra de la educación religiosa, frente a las miradas de cuatro integrantes del máximo tribunal, dado que uno de ellos debió excusarse al haber sido quien había promovido la demanda a través de la Asociación por los Derechos Civiles en el año 2010¹¹ –escena decorada no sólo con la belleza señorial de ese salón de audiencia¹² sino también enmarcada, por encima de los sitiales de cada juez, con una talla del “Cristo de los Constituyentes”, crucifijo que es la réplica del que se

7 Cfr. sitio web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, <http://cij.gov.ar/nota-26959-La-Corte-Suprema-realizar-una-audiencia-p-blica-en-una-causa-en-la-que-se-debate-la-educaci-n-religiosa-en-las-escuelas-p-blicas-de-Salta.html>.

8 Las Asociaciones que se presentaron a favor de la educación religiosa fueron: Prodeci (J. I. de la Riva), FAERA (Federación de Asociaciones Educativas Religiosas de la Argentina), Fundación Centro Cultural Universitario (E. Quintana, S. Calderone), Asociación Civil Educación Popular (Pbro. E. Herrmann), Corporación de Abogados Católicos (E. Ramos Mejía), Asociación Juan Domingo Perón (Julio San Millán y P. Garat) y Fundación Latina de Cultura (I. Franck). En contra: APDH (Asamblea Permanente por los Derechos Humanos), Asociación Civil 100% Diversidad y Derechos, ACIJ (Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia), CELS y ACLU, Centro de Estudios en Derecho y Economía UBA (Juan Vicente Sola), CEDH (Centro de Estudios en Derechos Humanos), CLADEM (Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos), Federación Nacional de Docentes Universitarios (CONADU), Frente de Abogados Populares, Gran Logia de la Argentina de Libres y Aceptados Masones.

9 Las Universidades a favor de la ley salteña fueron: UCA (Rector Mons. Víctor Fernández y Vicerrector Gabriel Limodio, Decano D. Herrera), Universidad Austral (Rector: J. Albertsen, texto de Alfonso Santiago y Úrsula Basset). Las Universidades en contra: Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional de José Clemente Paz (UNPAZ).

10 Se presentaron a favor de la constitucionalidad de la educación religiosa en las escuelas públicas de Salta: Barra, R.; Bianchi, A.; Coviello, P.; Gentile, H.; Gómez Diez, R.; Lafferriere, N.; Maino, G.; Mayoral, N.; Navarro Floria, J.; Padilla, N.; Portela, J.; Punte, R. y Ranieri, D.; Sacristán, E.; Suriani, A. En contra: Alegre, M. y Gargarella, R.; Bodart, A. y Ripoll, V.; Bardelli, J.; Becerra, M.; Cerrano, G. (senadora P. Obrero); Gil Domínguez, A.; López, P. (P. Obrero); Lozada, F. (laicismo.org) y Puig, C.

11 El Ministro Carlos Rosenkrantz era tesorero de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) en el año 2010, cuando presentaron el amparo colectivo cuestionando la constitucionalidad de la educación religiosa en las escuelas de nivel primario de la provincia. Este tipo de acciones se encuadra en el denominado “litigio estructural”, que consiste en buscar un caso que genere un *leading case* en la Corte Suprema, para poder así cambiar políticas públicas sobre alguna cuestión controversial; cfr. Gómez Diez, R., “Educación religiosa, litigio estructural y sociedad plural”, *ED*, 14 de agosto de 2017, p. 3.

12 Este ambiente tiene forma rectangular, con las paredes revestidas de *boiserie* muy ornamentada. El cielorraso curvo en forma de bóveda define tres sectores: el del estrado, el del público y el de acceso. En el estrado se encuentran nueve sitiales de madera tallada donde se sientan los Ministros. El del centro corresponde al del Presidente de la Corte y su respaldo tiene la figura del Escudo Nacional.

encuentra en el Convento de San Francisco en Santa Fe, talla ante la cual se había jurado la Constitución de 1853.

Durante esos días –les confieso–, la memoria me trajo las reflexiones que Eduardo Mallea en su *Historia de una pasión argentina*¹³, movido por una profunda angustia sobre el destino de nuestro país, al ver que había equivocado su rumbo al no profundizar sus raíces espirituales y culturales, expresaba en el Prefacio de 1937: “Contra ese desaliento me alzo, toco la piel de mi tierra, su temperatura, estoy al acecho de los movimientos mínimos de su conciencia, examino sus gestos, sus reflejos, sus propensiones [...]”; mirada que lo llevó a concluir que en nuestro país había dos clases de hombres –a la manera paulina del hombre interior y del hombre exterior¹⁴– a los que ubicó según sus geografías: “[...] el pueblo de dentro, el pueblo de fondo, definido como silencioso, obstinado, conmovido y laborioso”, situado, sobre todo, en las estancias, las provincias, los pueblos, frente al “hombre exterior”, ubicado en las metrópolis, acorazado con la codicia del hombre industrial.

Señalaba Mallea, “las ambiciones, las ansias, las inquietudes son diferentes entre ambas clases de hombres”, advirtiendo con cierta esperanza que quizá “en la dimensión de esa diferencia podría residir la dimensión de nuestro posible crecimiento hacia la positiva integración de nuestro destino”.

De este modo, a la manera como describen los historiadores los acontecimientos, dos universos “cosmovisionales” se pusieron cara a cara: el mundo del interior del país más acostumbrado a una religiosidad que forma parte de su quehacer cotidiano y que no posee ningún trauma existencial cuando decide que sus hijos reciban junto a matemáticas, lengua y geografía las verdades elementales de su confesión religiosa, con un temple humilde, piadoso, conformando sociedades en las que la generosidad está más presente, entre ellas la familia y la amistad –esto me recuerda el cuento de un periodista que al visitar un pueblito en España y advertir el trato de los lugareños afirmaba que estaba seguro de que “allí no había llegado, todavía, ninguna de las ideas del iluminismo”–, frente a un universo urbano que hace tiempo perdió el hábito no sólo de preguntarse por el sentido de la existencia –que lo puede llevar cada tanto a arrodillarse frente al Santísimo– sino, lo que quizá es más evidente, se ha acorazado en una psicología

13 Eduardo Mallea escribió *Historia de una pasión argentina* en 1937 –publicado por editorial Sur– como un ensayo interpretativo de la realidad social y espiritual del país.

14 Cfr. el valioso análisis de la obra realizado en Roldán, A. F. (2004). “Eduardo Mallea y su visión del nuevo hombre argentino. Antropología de Historia de una pasión argentina”. Buenos Aires, disponible en https://www.ensayistas.org/filosofos/argentina/mallea/roldan.htm#_ftn1.

autosuficiente que postula no necesitar ser redimida y que incluso el prójimo es visto muchas veces como una amenaza para su existencia¹⁵.

El egoísmo y el instinto de supervivencia a toda costa se han hecho carne en este ciudadano. Así, para este modo de vida urbano, lo religioso se ha tornado algo arcaico, sin sentido, incluso un obstáculo para los ideales de un progresismo neomarxista que encuentra en el feminismo, en el ecologismo y en la educación sexual más atractivo que en ningún otro saber.

En este contexto, era difícil que ambas partes comprendieran sus perspectivas, como si hablasen lenguas diferentes y, los mismos jueces de la Corte, en sus preguntas a los maestros en la 4ª audiencia, demostraron cierta incompreensión sobre lo que implica esta materia para los padres de familia de esas sociedades. De este modo, un pedazo de la Argentina, Salta, llamada “la linda”, se convirtió en un territorio casi “extranjero” para la mirada porteña y desde allí no resultó tan sorprendente la sentencia dada el 12 de diciembre de 2017, en la que los argumentos de la mayoría (3 contra 1) oscilaron entre dos opuestos casi irreconciliables.

Por un lado, afirmaron la plena constitucionalidad de la educación religiosa en las escuelas públicas en el orden jurídico argentino, reconocimiento que se hizo imperioso ante la evidente existencia en la mayoría de los países de occidente de una costumbre semejante, no sólo en Europa sino incluso en varios países de Latinoamérica¹⁶. Quizá el mayor peso en esta decisión pudieron haberlo encontrado en la literalidad de los Convenios Internacio-

15 Ejemplo de ello es la discusión sobre el aborto en estos días como un supuesto derecho de la mujer. Agudamente, J. Pieper, en su clásica obra sobre las Virtudes fundamentales, al distinguir la justicia del amor y citando el art. 2º de la cuestión 58 de Tomás de Aquino, donde se pregunta si la justicia se refiere siempre a otro, señala que en la relación de padre e hijo “no hay sitio para la justicia estrictamente dicha, porque ninguno de los dos guarda respecto del otro absoluta separación individual, sino que más bien pertenece el hijo al padre, el cual se conduce con él tal y como lo hace consigo mismo”; Pieper, J. (2004). *Las Virtudes fundamentales*. Madrid. Rialp, 100. Signo de decadencia es entonces que debamos demostrar férreamente la alteridad del hijo por nacer respecto de la madre para que sea justa y lo deje vivir, dado que parece que ya no se puede hablar del amor de la madre hacia el hijo, porque se ha convertido en una especie de acreedor extraño a ella misma.

16 Un estudio sobre el tema ha señalado: “Apenas comenzado el nuevo siglo, y el nuevo milenio, en el año 2003 la UNESCO informaba que la enseñanza religiosa en las escuelas públicas se encontraba en aumento y servía de criterio de determinación de políticas de educación en numerosos países. La Oficina Internacional de Educación (OIE), con sede en Ginebra, recogía que, en 73 países, sobre 140 miembros, la Religión aparece en los horarios de las escuelas, en los primeros nueve años de la escolarización. Se trata de los países con un sistema educativo desarrollado, y, en su mayoría, del mundo occidental. La tendencia se mostraba en dirección inversa al siglo XIX y gran parte del siglo XX, en los grandes sectores donde antes se imponían el laicismo o regímenes políticos totalitarios”; Méndez, J. R., “Un derecho social y un deber estatal. Razones de la enseñanza religiosa escolar”, *ED*, 7 de julio de 2017, pp. 1-3.

nales, en los que se ha plasmado el derecho de los padres de educar a sus hijos conforme a su religión o convicciones¹⁷.

Pero por otro lado, y casi como si borrasen con el codo lo que escribieron con la mano, declararon la inconstitucionalidad del artículo de la ley de educación, que establecía el dictado de la materia dentro del horario escolar, haciendo caso al tópico de “categoría sospechosa”¹⁸ de discriminación el que haya padres que quieran que sus hijos aprendan religión en la escuela¹⁹.

Si bien no es este el lugar adecuado para realizar un estudio pormenorizado de estos argumentos, de modo breve considero que esta Sentencia nos puede hacer reflexionar sobre dos problemáticas jurídico políticas que hacen a la comprensión del paradigma jurídico vigente.

En primer lugar, una fenomenología repetida en el quehacer jurisprudencial en las últimas décadas, que se refiere estrictamente al modo de interpretar las leyes y la Constitución.

En segundo lugar, las consecuencias que se siguen de esta decisión como un hito más en el cambio cultural que –a la manera gramsciana– se viene logrando en nuestro país.

1. La ley frente a la interpretación del juez

Se nos hace obligado un breve análisis de un problema que nos atañe directamente a los que indagamos, investigamos y enseñamos el Derecho a diario. De allí el título colocado a esta *lectio*: “La interpretación judicial y el debilitamiento del orden social”, la cual obedece al intento de contemplar un fenómeno jurídico-político que se ha iniciado hace más de cuarenta años y que se encuentra en pleno desarrollo sin que sepamos hacia dónde derivará.

Tal fenómeno consiste –desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho y de la teoría política– en el rol protagónico asignado a la tarea de los jueces, especialmente de las instancias más altas, no en la tradicional interpretación de las leyes o Constituciones vigentes, sino en lo atinente a la redefinición del Derecho, sus fuentes, su razón de ser e incluso su vigencia.

17 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13, inc. 3°); la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 12, inc. 4°) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 18, inc. 4°).

18 Este argumento de categoría sospechosa había sido desarrollado por el juez Domínguez en la primera sentencia sobre esta causa.

19 Un análisis crítico y fundamentado sobre por qué no puede encontrarse discriminación en el dictado de esta materia puede encontrarse en Massini Correas, C. I., “Sobre discriminación y religión. La enseñanza de la religión en las escuelas, ¿es discriminatoria?”, *ED*, 4 de agosto de 2017, pp. 1-3.

En palabras más sencillas, desde hace tiempo la jurisprudencia –a través de la pluma de los jueces– se ha tomado la tarea de redefinir el Derecho vigente, apartándose especialmente de la literalidad del texto legal, bajo paradigmas, principios e ideas un tanto ajenas a lo justo, a la realidad de lo jurídico. Este fenómeno a veces ha servido como excusa o como etapa estratégica previa para lograr después el cambio legislativo. Pensemos que el divorcio vincular fue precedido por el caso “Sejean”, el matrimonio llamado igualitario tuvo varios antecedentes jurisprudenciales en los que los jueces autorizaban, aún contra el Código Civil, el casamiento entre personas del mismo sexo, o el caso “FAL”, en el que la Corte Suprema reinterpretó el modo cómo debe protegerse la vida del por nacer, ponderando el querer de la madre con fundamento en recomendaciones de Comités Internacionales que ni son vinculantes ni pueden contradecir nuestro orden jurídico vigente. El denominado *soft law* ha sido una de las herramientas preferidas en estos últimos tiempos para cambiar la ley justa vigente.

Ahora bien, algunos han denominado a este fenómeno neoconstitucionalismo²⁰, otros –como magistralmente lo ha realizado el jurista italiano, Alessandro Pizzorusso– lo explican desde una especie de extrapolación del sistema del *common law* al sistema continental latino²¹. Más allá del rótulo o título que nos permita caracterizar a este fenómeno, es real y palmario, a nivel global, pero de modo muy especial en la jurisprudencia de nuestro país que, aún cuando advirtamos de manera evidente que el orden legal protege en alguna medida lo justo, las argumentaciones jurisprudenciales se encargan de diseñar un orden jurídico diferente.

En realidad, la cuestión iusfilosófica sobre las fuentes del Derecho –y específicamente la comparación entre la ley y la jurisprudencia– es un tema que ha atravesado la historia del pensamiento sobre el *ius* y sus causas. Basta recordar el análisis que el mismo Aristóteles realizaba al final del Libro V de la *Ética a Nicómaco*, cuando ante la posibilidad de la existencia de una ley justa que, en razón de un caso excepcional deviniese injusta en su aplicación, el recurso a la equidad era la vía más apropiada. Ahora bien, ese apartamiento de la ley por parte del juez, de ningún modo significaba sentenciar con un argumento contrario a la misma ley, sino que –a la manera como lo hubiese realizado el legislador– el juez debía legislar para el caso concreto. Se apartaba de la justicia legal pero en aras de la justicia general y no en contra. Recordemos,

20 Un valioso análisis sobre el Neoconstitucionalismo y la interpretación judicial puede verse en Mocoroas J. M., “¿Una Constitución escrita en chino? Sobre el neoconstitucionalismo y el rol del Poder Judicial en la interpretación constitucional”, *El Dial*, 21 de noviembre de 2011, DC1759.

21 Pizzorusso, A. (2004). “Problemi metodologici in tema di studio delle fonti del diritto”. En *Scritti in memoria di Livio Paladin*. Napoli. Jovene.

además, que Aristóteles analogaba *ius* –la misma cosa justa– con lo legal²², por lo que apartarse del *ius* legal debía ser un recurso muy excepcional.

En un sentido análogo, en el *Tratado de la Justicia*, Tomás de Aquino, cuando se detiene a analizar en la cuestión 60 el juicio²³, explica que “como acto del juez no es otra cosa que cierta definición o determinación de lo que es justo”, pero a continuación recuerda que lo justo puede ser de dos modos: por naturaleza o por convención (lo natural y positivo), para luego agregar: “Las leyes, no obstante, se escriben para la declaración de ambos Derechos, aunque de diferente manera. Pues la ley escrita contiene el Derecho Natural, mas no lo instituye, ya que éste no toma fuerza de la ley, sino de la naturaleza; pero la escritura de la ley contiene e instituye el Derecho Positivo, dándole la fuerza de autoridad. Por eso *es necesario que el juicio se haga según la ley escrita, pues de otro modo el juicio se apartaría ya de lo justo natural, ya de lo justo positivo*”.

Vale la pena notar que esta defensa de la ley aristotélico-tomista está en las antípodas tanto del legalismo positivista kelseniano (cuyo fundamento de la ley sólo sería la voluntad del legislador) como del neoconstitucionalismo reinante, en el que la ley se deja de lado permanentemente en salvaguarda de ideas extra-jurídicas que se asemejan más a una declaración de deseos que a un Código jurídico. Lo que acontece entonces es que, en lugar de cambiar la ley o de reformar la Constitución convocando una convención constituyente, se reforma por vía jurisprudencial cómo debe leerse el texto legal.

Esto es precisamente lo que ha ocurrido en la sentencia de la Corte Suprema en el caso salteño. Lejos de respetar el Derecho Constitucional vigente –cuya justicia es evidente–, ha reinterpretado la Constitución para resolver el caso concreto. ¿Qué es lo que el voto mayoritario del máximo Tribunal redefinió del texto vigente en la Constitución Nacional?

En primer lugar, que la Constitución argentina no valoraría el aspecto religioso de nuestra cultura e historia haciendo una lectura del art. 2º –omitiendo toda referencia al Preámbulo–, bajo el molde de otras Constituciones, especialmente la norteamericana y la francesa. Aún cuando el máximo Tribunal no haya citado esos modelos²⁴, el argumento de la neutralidad reli-

22 “Entendamos, pues, de cuántas maneras se dice uno injusto. Parece, pues, que así el que traspasa las leyes, como el que codicia demasiado, y también el que no guarda igualdad, se dice injusto, y así también claramente aquél se dirá ser justo, que vive conforme a ley y guarda igualdad en el trato de las cosas, y lo justo será lo que es conforme a ley y a igualdad, y lo injusto lo que es contra ley y desigual”. Aristóteles. *Ética a Nicómaco*, Libro V.

23 Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, Q. 60, artículo 5: “¿Se debe juzgar siempre según las leyes escritas?”.

24 Cfr. “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Provincia de Salta s/ amparo”, CSJN, 12 de diciembre de 2017, considerando 10.

giosa del Estado²⁵ no coincide con nuestro texto, ni el de 1853 ni el de 1994. No existe en el orden constitucional argentino ni un “muro de separación”²⁶ entre Estado y Religión, ni mucho menos una declaración de Estado laico²⁷. La Constitución argentina nunca se ha mostrado indiferente a lo religioso y mucho menos hostil.

Por otro lado, y esto podrá ser objeto de un análisis de argumentación jurídico-lógica en el sentido de distinguir falacias que muchas veces se intercalan en la argumentación jurisprudencial, la decisión de la Corte Suprema justamente se coloca en las antípodas de lo que puede ser un Estado neutral. La neutralidad en su esencia, definida por la doctrina²⁸ como aquella postura que toma equidistancia respecto a dos posturas opuestas, implica no tomar partido por ninguna, ni a favor ni en contra, dejando entonces que sean las partes implicadas las que elijan²⁹. Justamente el Estado salteño lo que hacía en su política educativa era dejar a decisión de los padres la posibilidad de esta enseñanza para sus hijos³⁰. El Estado acompañaba desde la escuela la elección de los padres. Justamente esta fue la clave en la decisión de un caso similar en Brasil, en el que –contemporáneo al caso salteño– el Superior Tribunal Federal consideró que hacía a la naturaleza de la enseñanza religiosa que fuese a elección de los padres y de acuerdo a cada credo³¹.

25 Para comprender la tesis de la neutralidad religiosa del Estado como vía de implementación del laicismo, ver Palomino, R. (2014). *Neutralidad del Estado y espacio público*. Navarra. Aranzadi, especialmente el capítulo 6: “Un Estado poco neutral: el laicismo como religión política”, 203-229.

26 Como ha señalado el Dr. A. Bianchi, “si los constituyentes de 1994 hubieran deseado que el Estado argentino fuera obligatoriamente laico como lo es en los Estados Unidos y estuviera impedido, por tal motivo, de llevar a cabo cualquier manifestación religiosa, habrían incorporado para ello una cláusula expresa al efecto, a semejanza de la *Establishment Clause*. Pero no lo hicieron”. Bianchi, A., *Amicus Curie* en “Castillo c/ Salta”.

27 Cfr. Chelini-Pont, B. (2005). “Laïcité française et américaine en miroir”. *CRDF*, nro. 4, 107-118.

28 Cfr. Wojtyczek, K. (2007). “La neutralité religieuse de l’État et le droit constitutionnel”. En *VIIth World Congress of The International Association of Constitutional Law*. Atenas, 11-15 junio 2007.

29 El voto mayoritario señala, en tal sentido: “[...] la noción de neutralidad comprende no solo la no preferencia respecto de ninguna posición religiosa en particular –incluso la de los no creyentes–, sino también una faz de tolerancia hacia todos aquellos que quieran profesar su culto en el ámbito escolar”; “Castillo c/ Salta”, CSJN, considerando 14, último párrafo. Lo notable es que este argumento se contradice con los considerandos siguientes al colocar la materia fuera del horario escolar.

30 Para una real comprensión del sistema educativo salteño, como se implementaba hasta diciembre de 2017, ver Durand Mendioroz, J., “Lineamientos jurídicos de la enseñanza religiosa escolar en Salta”, *ED*, 7 de julio de 2017, pp. 5-7.

31 Entre los varios argumentos esbozados en la sentencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil, el ministro Alexandre de Moraes afirmó: “No se puede censurar el aprendizaje de creencias religiosas en la enseñanza para aquel que realmente quiere conocer la religión. Resaltó que

La Corte Suprema, en cambio, abandonó la neutralidad estatal al quitar la educación religiosa del horario escolar e incluso dedicó algunos considerandos para delinear cómo debería ser el contenido de la materia, cuestionando a la autoridad competente para la formación de los docentes³². Esta falta de neutralidad también se advierte en el argumento de la CS, al considerar que colocar la materia fuera del horario escolar iba a generar incomodidades para los padres y los alumnos, pero no obstante ello, decidía ordenarla de esa manera³³. Aquí puede verse la aplicación de la denominada discriminación inversa, esbozada por Roberto Saba y sus discípulos³⁴. El Tribunal, de este modo, se inmiscuyó en un área que no es de su competencia.

En segundo lugar, quedó jaqueado el federalismo, uno de los principios perennes del orden constitucional de nuestro país y que justamente en lo atinente al diseño de la educación primaria se establece el respeto a las particularidades de cada provincia (arts. 5° y 75, inc. 19 de la CN³⁵), se fomenta la participación de la familia en la escuela y considera que es una competencia no delegada (art. 121, CN³⁶). El argumento del federalismo

los ‘dogmas de fe’ son el núcleo del concepto de enseñanza religiosa. De esta forma, el Estado no respetaría la libertad religiosa al sustituir los dogmas de fe, que son diversos en relación a cada una de las confesiones religiosas, por algo neutro. La neutralidad en la enseñanza religiosa no existe. Lo que debe existir es el respeto a las diferencias en la enseñanza religiosa y la elección de cada familia. El carácter optativo de la materia justamente se fundamenta en que su contenido es confesional”, STF, ADI 4439, 28 de septiembre de 2017 (trad. propia). Cfr. <http://portal.stf.jus.br/>.

32 Expresó textualmente la Corte Suprema: “[...] el estudio de las religiones como fenómeno socio-cultural constituye un contenido válido de los planes educativos siempre que ‘se impartan de forma imparcial y objetiva, que respeten la libertad de opinión, de conciencia y de expresión’” (Observación General N° 13, numeral 28, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Esto es, dictar clases donde se brinden conocimientos sobre las principales religiones y de una forma no sesgada. “Castillo *c/* Salta”, CSJN, considerando 35.

33 “Es posible dentro de los distintos mecanismos que pueden ser diseñados por los Estados enseñar educación religiosa a quienes lo deseen, fuera del horario de clase, lo que representa un esfuerzo menor frente al sacrificio de derechos fundamentales como son los referidos a la igualdad y no discriminación”, “Castillo *c/* Salta”, CSJN, considerando 36.

34 Cfr. Saba, R. (2007). “(Des)igualdad estructural”. En Alegre, M. y Gargarella, R. (Coords.). *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires. Lexis Nexis.

35 Según el art. 5° de la Constitución Nacional, cada Provincia dictará para sí una Constitución que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria. El art. 75, inciso 19, expresa que corresponde al Congreso: “[...] sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales: que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad [...]”.

36 Según el art. 121 de la Constitución Nacional: “[...] las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

fue magistralmente argumentado en varias presentaciones de los *Amicus Curiae*, tales como los Dres. R. Barra³⁷ y E. Quintana³⁸. La Corte Suprema sencillamente aplicó el diseño de la Ley N° 1.420, ley que además ha sido derogada en el Digesto³⁹. El centralismo en la política educativa de este modo colisiona con los preceptos constitucionales.

2. El cambio cultural y la afectación a la paz social

Advertimos entonces que la decisión del voto mayoritario del caso “Castillo” se puede ubicar –como ha señalado G. Puppink al analizar esta problemática en Europa– en la tendencia de secularización de la enseñanza⁴⁰ que con el surgimiento de las escuelas de orientación atea y racionalista, la educación y la religión se presentan como incompatibles dado que la pretensión del racionalismo para explicar todo negaba la legitimidad epistemológica de las religiones. La Europa contemporánea heredó este conflicto, que se intensificó con la lucha de la escuela secular contra la enseñanza religiosa, como lo demuestran los dramas de la primera mitad del siglo XX, marcados por la prohibición y expulsión de las congregaciones religiosas por la República Francesa en 1901 y la prohibición de las instituciones religiosas por parte de los regímenes soviético y nazi. De este modo, en Europa, la primera mitad del siglo XX estuvo marcada por

37 El Dr. Barra ha señalado que “el contenido de la política educativa provincial no es una materia *reglada* por la CN con relación a las Constituciones provinciales, siempre a salvo el art. 5° (cuestión que analizaré más abajo). Es, como la gran mayoría de las decisiones políticas, *discrecional* para el constituyente provincial, quien puede así decidir por distintas opciones válidas”; Barra, R., *Amicus Curiae* en causa “Castillo c/ Salta”.

38 Cfr. Quintana, E. M., “Planteo de inconstitucionalidad contra la enseñanza religiosa en la escuela pública en Salta: ¿un cuestionamiento al federalismo y a los poderes no delegados por las provincias?”, *ED*, 5 de septiembre de 2017, pp. 1-4.

39 Señala la CS que “la posibilidad de dar clases de religión fuera del horario lectivo fue la adecuación que el legislador nacional encontró en 1883 para ‘no extirpar el sentimiento religioso’ de la escuela pública, tal la fórmula utilizada por el Diputado Gallo para justificar el texto del artículo reseñado (Debate de la Ley N° 1.420 en la Cámara de Diputados de la Nación, segunda sesión extraordinaria del 12 de julio de 1883, p. 538)”, “Castillo c/ Salta”, CSJN, considerando 36.

40 “Sería un error histórico, y una injusticia, pretender que existe una oposición radical entre educación y religión. En la tradición europea, hay una diferencia entre enseñanza y religión; pero no una incompatibilidad, para el conocimiento sobre el mundo, sobre la creación, ya que pertenece al conocimiento del creador, al tiempo que distingue los métodos del conocimiento. El conocimiento religioso no es de la misma naturaleza que el conocimiento secular, pero se reconoce como complementario”, Puppink, G. (2017). “The Rights of Parents Against the State in the Filed of Religion and Education”. En *High level seminar on Freedom of religion in Europe: achievements and perspectives*. Estrasburgo, 28 abril de 2017.

la voluntad del Estado de dominar a los jóvenes a través de las escuelas para imponer su ideología.

Pero justamente al final de la Segunda Guerra Mundial, los Estados europeos lograron escapar de este conflicto interno, al aceptar garantizar la libertad de conciencia y religión y respetar los derechos de los padres sobre la enseñanza religiosa de sus hijos⁴¹. Frente a un sistema estatista y totalitario que se imponía desde el gobierno al pueblo, “de arriba hacia abajo”, los redactores de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Convención Europea y de su 1^{er} Protocolo han buscado el punto de equilibrio en las relaciones entre los niños, familia, comunidades, sociedad y Estado⁴². Esto se realizó en un contexto cultural, marcado, por un lado, por una visión positiva de la familia, de los cuerpos intermedios⁴³ y de las religiones, y por otro, en una visión negativa del Estado, el estatismo y las ideologías (ateas). La solución de 1948 y 1950 se basó, entonces, en la comprensión orgánica y natural de la sociedad de acuerdo con el modo de subsidiariedad. El objetivo era reconstruir la sociedad desde la base, “de abajo hacia arriba”, basándose en las personas y las familias. Entonces, se reconoció a la familia como la unidad fundamental y natural de la sociedad, por lo que la Declaración Universal estableció que “los padres tienen un derecho previo a elegir el tipo de educación que se les dará a sus hijos”⁴⁴.

Así, esta prioridad fue la expresión de la precedencia y superioridad de los derechos de los padres sobre los de la sociedad y, por ello, se ejerce contra el Estado y todos los demás grupos sociales. El papel del Estado es subsidiario; no debe absorber ni sustituir a las familias, sino al contrario, reconocerlas y ayudarlas a cumplir sus propias responsabilidades, y complementar las fallas de los padres cuando los niños se ven privados de la enseñanza adecuada.

Lamentablemente esto ha ido cambiando en los últimos tiempos y, hoy en día, la sociedad occidental tiene una visión en gran parte negativa sobre la religión y una experiencia en gran medida desestructurada de las familias. De este modo, como ha señalado G. Puppinc, la desagregación de la “sociedad subsidiaria” de hecho fortalece al Estado que luego aparece como

41 De hecho, este conflicto se calmó durante la segunda mitad del siglo XX en torno a un consenso demócrata-cristiano, uno de cuyos frutos más notables fue el Consejo de Europa.

42 Dentro de una sociedad subsidiaria, el punto de equilibrio en las relaciones entre el niño, la familia, las comunidades, la sociedad y el Estado es un punto de armonía. Cuanto más consciente es esta armonía vital, menos se necesita el poder del Estado.

43 De ahí el gusto por los Derechos Sociales.

44 Art. 26.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

el factor fundamental de cohesión⁴⁵. Al mismo tiempo, las comunidades tradicionales, al convertirse en una minoría, están más aisladas, pero también más visibles, enfrentándose a una creciente hostilidad⁴⁶.

Ahora bien, cuál ha sido el efecto de esta ausencia de conocimiento religioso en las escuelas, lo muestra la experiencia italiana que, a través de un estudio en el año 2017 que realizó el “Observatorio sobre la hora de religión”⁴⁷ (a diferencia de los franceses que poseen el Observatorio sobre la laicidad), advirtieron una honda preocupación respecto a tres respuestas que dieron los alumnos: en primer lugar, la mayoría considera que Cristo fundó la Iglesia sobre el apóstol Juan y no sobre Pedro; en segundo lugar, casi ningún alumno sabe qué quiere decir católico, analogándolo a cristiano y, por último, ante la pregunta sobre cuál es la verdad central de la fe, la mayoría respondió que era la Fraternidad en lugar de “la Resurrección de Cristo”.

45 Cfr. Puppink, G. “The Rights of Parents Against the State in the Field of Religion and Education”. Ob. cit.

46 Cuando la cohesión social se debilita, la escuela vuelve a ser un problema político importante. Lo que está en juego para el Estado no es solo apoyar la cohesión de la sociedad sino más que eso, luchar contra su desagregación. Una vez más, se trata de un proceso social de “arriba hacia abajo”, que consiste en imponer la integración, especialmente a través de la modernización forzosa, que implica secularización. En algunos de sus juicios, la jurisprudencia del Tribunal Europeo tomó ese camino al aprobar el refuerzo del poder del Estado contra las expresiones religiosas dentro de las instituciones de enseñanza. Por lo tanto, la Corte admite que el papel del Estado ya no se limita a garantizar la calidad de la enseñanza y el respeto a la salud de los niños, sino que puede llegar a las expresiones de convicciones religiosas e incluso a los contenidos de las convicciones morales de alumnos y estudiantes. Así, por ejemplo, en el caso “Osmanoglu y Kocabas v. Suiza”, del 10 de enero de 2017, el TEDH expresó que “el interés de los niños en una educación completa que permita un éxito social, la integración de acuerdo con las costumbres locales, tiene prioridad sobre el deseo de los padres de ver a sus hijas exentas de las clases de natación mixtas”, de acuerdo con sus convicciones religiosas. Del mismo modo, la sentencia del caso “Konrad v. Alemania” (Nº 35504/03, 11 September 2006), en el que el TEDH validó la prohibición de la educación en el hogar en nombre de la “integración de las minorías en la sociedad” y del “interés general de la sociedad” para evitar el surgimiento de sociedades paralelas. En cuanto a la enseñanza moral, el fenómeno es el mismo, ya que se han pronunciado a favor del Estado en todos los casos presentados por los padres quejándose del contenido de la educación sexual (“Jiménez Alonso y Jiménez Merino v. España”, Nº 51188/99, 25 de mayo de 2000; “Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen v. Dinamarca”, Nº 5095/71, 5920/72, 5926/72, 7 de diciembre de 1976; “Dojan y otros v. Alemania”, Nº 319/08, 13 de septiembre de 2011) y las clases morales no confesionales (“Sluijs v. Bélgica”, Nº 17568/90, 9 de septiembre de 1992; “Appel-Irrgang v. Alemania”, Nº 30814/06, 6 de octubre de 2009).

47 Cfr. Lenzi, E. “L’indagine. Ecco che cosa sanno di religione gli studenti italiani”, disponible en <https://www.avvenire.it/chiesa/pagine/ecco-cosa-sanno-di-religione-gli-studenti-italiani>. Sobre esta preocupación permanente en Italia ver Castegnaro, A. (200). “Alfabetizzazione religiosa dei giovani e insegnamento della religione cattolica”. En *Ricerche di Pedagogia e Didattica*, 4, 2 y Cassuto Morselli, M. “L’analfabetismo religioso in Italia”, 10 junio 2014, en https://www.rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS_ITEM:2611.

Esta consecuencia no es casual, dado que Italia ha tenido una profunda experiencia secularista cuando, por ejemplo, en el siglo XVIII, Francesco de Sanctis, crítico literario de la obra de Dante, había señalado que de las tres partes de la Divina Comedia, los cantos del Paraíso debían omitirse por ser incomprensibles para un lector iluminista, concentrándose sobre todo en la lectura del Infierno y Purgatorio⁴⁸. Gracias a Dios, hace veinte años, la crítica literaria italiana redescubrió el Paraíso y hoy es uno de los libros más leídos y analizados.

Por último, y para ser coherentes con el título de esta *Lectio*, consideramos que la ausencia de la cultura cristiana y su relegamiento a la privacidad ha producido un perjuicio para la paz social. Cuando Tomás de Aquino⁴⁹ se preguntó si la concordia es lo mismo que la paz, señaló: “[...] la paz implica concordia y añade algo más. De ahí que, donde hay paz, hay concordia, pero no al revés, si entendemos en su verdadera acepción la palabra paz. La concordia propiamente dicha implica, es verdad, una relación a otro en el sentido de que las voluntades de varias personas se unen en un mismo consenso. Pero ocurre igualmente que el corazón de la misma persona tiende a cosas diferentes [...] Ahora bien, la paz implica, por esencia, la unión de esos impulsos, ya que el corazón del hombre, aun teniendo satisfechos algunos de sus deseos, no tiene paz en tanto desee otra cosa que no puede tener a la vez. Esa unión, empero, no es de la esencia de la concordia. De ahí que la concordia entraña la unión de tendencias afectivas de diferentes personas, mientras que la paz, además de esta unión, implica la *unión de apetitos en un mismo apetente*”.

A este maravilloso texto, un comentario de Luis Lago Alba, en la edición de la BAC, agrega: “La paz no se reduce a la concordia, que consiste en la unión de los diversos apetitos, intereses o deseos de diferentes personas, sino que requiere, como condición previa, la armonía interior de las diversas apetencias de cada persona, cuyo conflicto es la raíz más profunda de la discordia y de la falta de paz; pues bien, sólo el amor a un *bien sumo y común* puede lograr esa armonía interior y concordia exterior en las que consiste la paz”⁵⁰.

Ahora sí, concluimos con un pedacito del *Paradiso Dantesco*, el cual he comenzado a leer diariamente como modo de reparación del daño realizado a mis antepasados de la península itálica, trozo en el que Dante elogia el efecto que genera la contemplación del amor de Dios en el alma humana diciendo:

48 Máximo exponente de la crítica dantesca romántica es la obra de De Sanctis, F. *Lezioni e saggi su Dante*, 1842-73. Esta línea fue seguida por la crítica positivista, cuyo máximo exponente fue Croce, B. (1921). *La poesia di Dante*.

49 Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, II-II, Tratado de la caridad, Q. 29, a. 1.

50 Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, II-II, Q. 29, a. 1, Madrid, BAC, p. 276, nota al pie a.

“Saber debes que todos más se gozan
cuanto su vista más hondo se engolfa
en verdad que sosiega al intelecto.
Se puede ver por eso cuál se asienta
la beatitud en el quehacer visivo,
no en el de amar, que luego lo secunda;
y del ver la medida la da el mérito
que gracia y bien querer generan juntos:
así de grado en grado se procede”⁵¹.

Paradiso, Canto XXVIII, 106-114.

Feliz Pascua de Resurrección.

51 Traducción de Ángel J. Battistessa. El texto original quizá pueda vislumbrar la real belleza del arte dantesto: “E dei saper che tutti hanno diletto/ quanto la sua veduta si profonda/ nel vero in che si queta ogni intelletto./ Quinci si può veder come si fonda/ l’esser beato nell’atto che vede./ non in quel ch’ama, che poscia seconda; / e del vedere è misura mercede, / che grazia partorisce e buona voglia: / cosí di grado in grado si procede”.

PARTE II

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

**LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES ABREVIADOS
DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL ITALIANO**
Special procedures in the Italian Criminal Procedure Code

Leandro Ezequiel Fusco¹

Recibido: 19 de mayo de 2017

Aprobado: 5 de mayo de 2018

Resumen: En el presente se aborda una cuestión que no ha sido muy estudiada por los procesalistas del Derecho Comparado, me refiero a los procedimientos especiales dentro de Códigos que no poseen la tradición anglosajona –en este caso, Italia. Considero que son un interesante lugar donde explorar soluciones a la sobrecarga de los tribunales y fundamentalmente en orden a acortar plazos para la resolución de conflictos.

De ese modo, se exponen aquí, luego de una introducción de tinte histórico y caracterizante del cuadro de situación en el que se desenvuelve, aquellos institutos procesales especiales previstos en el “Codice di Procedura Penale”.

Vale destacar que, a pesar de la creencia colectiva sobre esta clase de procedimientos, no todos implican una negociación de la pena, sino que, antes bien, acortan plazos para que dentro de la garantía del contradictorio se desarrolle el juicio.

Para finalizar, y ya evaluadas las objeciones constitucionales que se presentan, se formula un análisis crítico de los institutos y se elaboran conclusiones.

¹ Argentino, Abogado –diploma de honor– y Traductor Público en idioma italiano (UBA). Máster en Derecho Penal (Universidad de Palermo). Especialista en Ministerio Público Fiscal (UBA). Profesor Titular Interino de la Materia Lengua y Derecho I en idioma italiano en la carrera de traductorado público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Prosecretario de Cámara de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal. Correo electrónico: leandrofusco@hotmail.com.

Palabras claves: Derecho Procesal Comparado - Principio acusatorio - Código Procesal Penal Italiano - Procedimientos especiales - Negociación de la pena - Juicio abreviado.

Abstract: The objective of this article is to analyze some criminal procedures that has not been studied by the comparative law authors. I mean special procedures within codes that do not have the Anglo-Saxon tradition –for instance, Italy. That is why Italian legislation could be an interesting place to explore solutions to overloaded courts and primarily in order to shorten deadlines for conflict resolution.

Thus, these “Codice di Procedura Penale” procedures are exposed here, after an introduction of historical and characterizing the context in which it operates.

It is important to notice that not every special procedure means to plead the procedure, on the contrary, many of these special procedures are simply ways to get a faster resolution of the criminal conflict.

Finally, and after an evaluation of the constitutional objections against the plea bargaining, a critical analysis of the institutes is formulated and conclusions are drawn.

Keywords: Procedural Comparative Law - Accusatory principle - Italian Criminal Procedure Code - Special procedures - Plea bargaining and its constitutionality.

Para citar este texto:

Fusco, L. (2018). “Los procedimientos especiales abreviados del Código Procesal Penal Italiano”, *Prudentia Iuris*, N° 85, pp. 37-66.

I. Introducción. Caracterización del proceso penal italiano

A. Contexto histórico

Corría 1989 y mientras en Buenos Aires se debatía la elaboración de un nuevo Código Procesal denominado mixto, en Italia, más precisamente el 24 de octubre, se lanza el “Codice di Procedura Penale”, caracterizado por el abandono de la inquisición² como método de averiguación de la verdad para

2 Al respecto, es interesante citar a Roberto Falcone, quien tiene dicho respecto de la figura del juez de instrucción que “la atribución de la tarea investigativa lesiona la garantía de imparcialidad”. El juez instructor en puridad apareció como un funcionario de policía que, como sabiamente ha dicho Maier, “no era un buen guardián de sus propios actos”. “Nadie puede

dar paso a un régimen, en palabras de Espitia, puramente acusatorio, y en palabras de Morosi, Rafecas y Posse, básicamente acusatorio³.

Hasta ese momento, regía en Italia el Código Rocco de 1930 que, contrariamente a lo que se cree, no era por el apellido del Ministro de Gracia y Justicia del gobierno fascista, Alfredo Rocco (quien lo firmó), sino por su hermano Arturo, un jurista de nota en aquellos tiempos.

Si bien hablar de este período ya trae consigo una carga emotiva negativa, lo cierto es que el Código sufrió diversas modificaciones en la posguerra, fundamentalmente para acondicionar sus disposiciones a la Constitución republicana de 1948, en la cual se abandonaban los ideales fascistas pero que se hicieron realmente visibles a mediados de la década del sesenta.

Concomitantemente, se comenzaba a discutir, en la península, la necesidad de adoptar un nuevo régimen procesal de tinte acusatorio. A raíz de ello, en 1978 se presentó como primer conato serio de nuevo Código, un proyecto preliminar constituido de 656 artículos y 132 disposiciones preliminares que no llegó a concretarse.

Fue en 1987, cuando el parlamento dictó la Ley N° 81, en la cual se exhortaba al gobierno la necesidad de modificar el Código Procesal para adecuarlo no ya a la Constitución, sino también a los diversos Tratados Internacionales que prolíficamente comenzaban a suscribirse en Europa.

De tal suerte y como corolario a este proceso de cambio, el día 22 de septiembre de 1988 el Presidente de la República firma el Decreto N° 447, que sanciona el Código que finalmente se comienza a aplicar un año después.

B. El proceso penal italiano

Como primera característica saliente, vale decir que el “Codice di Procedura Penale” impone que la acción penal sea ejercida por el Ministerio Público, que cuenta a su vez con la ayuda de la policía judicial para la producción de prueba e instrucción de las investigaciones (o indagaciones) preliminares.

controlarse a sí mismo. El juez instructor fue un 90 % policía y un 10 % juez. No llegó a ser un gran investigador porque éste mata al buen juez, pero tampoco protegió adecuadamente las garantías [...]”. En (2008). *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Buenos Aires. Lexis Nexis, fascículo 6, 1.

3 Hendler, E. (Director) (1999). *Sistemas penales procesales comparados*. Buenos Aires. Ad-Hoc. Espitia Garzón, F. (1991). *Código de Procedimiento Penal italiano*. Bogotá, Colombia. Editorial Temis.

Como se verá en profundidad más adelante, el Ministerio Público impulsa la acción de diversos modos, ya sea mediante la solicitud de envío o remisión a juicio, que consiste fundamentalmente en un proveído en el que se formula imputación; la solicitud de juicio inmediato; la solicitud de emisión penal de la condena en los casos de penas pecuniarias y la solicitud de aplicar la pena en común acuerdo con el imputado.

Asimismo, se ejerce la acción a través del decreto de citación a juicio que emite en los procesos ante el juez y en los casos de juicio directísimo por flagrancia o confesión.

La actividad del Ministerio Público se gesta en un marco en el que se eliminó la instrucción, reemplazándose por las denominadas indagaciones preliminares, desarrolladas por el órgano acusador en colaboración con la policía judicial. El juez adquiere un rol de árbitro, dirigiendo el debate y controlando la actividad del impulsor de la acción.

El cambio esencial, por tanto, radica en que la prueba viene producida por las partes y no por el magistrado, lo cual pone a los distintos actores del proceso en un plano de igualdad al momento de gestar pruebas.

Luego de esta etapa, se pasa a una audiencia preliminar en la que el juez decide si se envía o no la causa al juicio que es oral y público y constituye el cierre del normal trámite del proceso.

Vale resaltar, a esta altura, que el Ministerio Público forma parte del Poder Judicial, esquema tal vez similar al imperante en la Ciudad de Buenos Aires, conforme el art. 124 de la Constitución porteña.

En efecto, la norma fundamental italiana establece la unificación de la Magistratura, imponiendo que quienes la componen sólo se distinguen entre sí por la función que desempeñan, por lo que el órgano acusador y el decisor, si bien encarnan distintos roles y se hallan representados por diversos sujetos, pertenecen al mismo poder.

Cabe hacer una mención al rol de la policía judicial. Esta trabaja en colaboración con el Ministerio Público en la producción de prueba, el Magistrado la dirige, la guía y le ordena las investigaciones, estableciendo un trabajo en equipo con el órgano acusador.

C. El accionar del Ministerio Público y los jueces en el proceso italiano

Actualmente, el Derecho Procesal Penal se explica desde la actuación del órgano acusador. En efecto, es este el que lleva adelante las investigaciones, establece las hipótesis de investigación y ordena los hechos procesales más trascendentes.

De hecho, la expresión Poder Judicial, en italiano, es una fórmula con varios significados. Por un lado, en un sentido subjetivo nominal, quiere indicar el grupo de órganos de la autoridad judicial, es decir, la Magistratura, que, a su vez, comprende a los jueces y los fiscales. Es importante llegar a este punto para hacer una breve distinción para lo que seguirá en el presente trabajo. La palabra “Fiscal” podría ajustarse debidamente a la identidad del rol de acusador que tiene el Ministerio Público italiano, dado que es un órgano que se halla incluido dentro del mismo Poder Judicial.

Por otro lado, la voz “Poder Judicial”, también, subraya la autoridad que emana del desarrollo de la función judicial, que nace de la norma legislativa.

Al respecto, va de suyo que hoy en día se toma con mayor consideración la ley, la Constitución y todo el marco de tratados europeos, antes que fundar la cuestión en una mera apelación a la autoridad que reviste al juez.

Ahora bien, según el art. 104 de la Constitución de Italia, el Poder Judicial constituye un órgano independiente y autónomo de los demás poderes del Estado, siendo que la justicia debe ser administrada en nombre del pueblo, sin perjuicio de que los jueces sólo deben estar sujetos a la ley –art. 101.

Al igual que en la Constitución argentina, se prohíbe expresamente la constitución de jueces extraordinarios o comisiones especiales. Sin embargo, sí se permite que se constituyan órganos ordinarios judiciales especializados para determinadas materias, aún con la participación de ciudadanos idóneos ajenos a la magistratura, habilitando que mediante ley se regulen las formas y los casos en que la población pueda acceder a la jurisdicción.

Finalmente, el art. 102 manda que la función jurisdiccional sea ejercida por los Magistrados ordinarios debidamente designados de conformidad con la reglamentación especialmente realizada al respecto.

Es de advertir que la Constitución italiana garantiza a los jueces la inamovilidad, vedando el despido o suspensión en su servicio o que sean destinados a otras sedes o funciones sin que esto sea decidido de manera fundada por el Consejo Superior de la Magistratura. Vale destacar que este cuerpo adopta la decisión respetando las garantías de defensa en juicio establecidas por el ordenamiento judicial, o bien, contando con el consenso del juez.

Pues bien, el rol acusatorio del Ministerio Público en el proceso penal es fundamental para asegurar el principio contradictorio en la formación de la prueba, conforme el art. 111 de la Constitución italiana⁴.

4 La ley debe regular los casos en que la formación de la prueba no tiene lugar según el principio contradictorio, ya sea por consentimiento del imputado, o bien, por una imposibilidad objetiva o por haber sido obtenida por una probada conducta ilícita, art. 111 c. 5.

El Ministerio Público goza de las mismas garantías que se les otorgaran a los jueces, ya que tampoco está separado del Poder Judicial. Éste está obligado a ejercitar la acción penal por mandato constitucional. Vale reiterar que, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, aunque el Ministerio Público trabaja de manera diversa al Poder Judicial, pertenece a éste.

Tal como lo manda la Constitución, su función principal es ejercitar la acción penal, siempre que no corresponda solicitar el archivo de la causa⁵. La acción penal, además, se ejercita de oficio, salvo en los supuestos en que se requiera expresamente querrela o el impulso del damnificado. Por otro lado, la acción penal no puede suspenderse o interrumpirse si la ley no lo prevé expresamente.

Los magistrados del Ministerio Público tienen la facultad de excusarse de intervenir en un proceso cuando existan graves razones para ello, pudiendo ser reemplazados por otro integrante del cuerpo. En las audiencias, el magistrado del Ministerio Público puede ser sustituido por otro colega, pero con aviso previo.

Dicho esto, debemos aclarar que si bien no es un sistema acusatorio puro, asimilado al modelo anglosajón, “[...] no cabe hesitación alguna en bautizar la textura del proceso penal italiano como respondiendo a un modelo garantista típicamente acusatorio, con la particular aclaración de que en dicho país impera la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, expresamente receptada en el art. 112 de la Constitución”⁶.

Debe tenerse en cuenta que el proceso penal italiano abandonó, luego de la reforma, su tinte inquisitivo para darle paso a un régimen acusatorio. La más importante modificación, en ese sentido, resulta ser la derogación de la figura del antiguo y clásicamente continental “juez de instrucción” para evolucionar hacia el “juez de investigaciones preliminares”.

Este magistrado controla la actividad investigativa que lleva adelante el Ministerio Público y la policía judicial, pero no se involucra en la recolección de prueba, ya que no resulta una actividad netamente jurisdiccional.

Sin embargo, el Código le asigna la tutela de los derechos fundamentales del imputado, entre los que se destaca la libertad, el control de la fase investigativa, de los tiempos del proceso, la acción penal y la formación anticipada de la prueba.

He ahí la base del sistema acusatorio, en tanto queda bien diferenciado el rol del investigador con aquel que cumple la función de decidir, entablando un plano de igualdad entre el imputado y el órgano acusador, quienes llevan el caso al magistrado según su competencia.

5 Conforme art. 50 del CPPI.

6 Kent, J. “Sucinta miscelánea del procedimiento penal italiano”. *La Ley* 2000-B, 1269.

Otro dato característico es la poca importancia que se le da a la instrucción en sí, dándole la relevancia principal al debate oral por sobre aquella. Existen, además, una serie de rasgos característicos del sistema acusatorio que se verifican en el Código Procesal italiano. Respecto de la acción penal debemos decir que se advierte claramente la expropiación que el Estado ha hecho de la misma a través de Ministerio Público.

La acción corresponde a la sociedad, mediante la acusación que es libre y cuyo ejercicio se confiere no sólo al ofendido y a los parientes, sino a cada ciudadano.

El pueblo, por su parte, puede juzgar en determinados delitos a través de la Corte d'Assise y las sentencias se pronuncian en nombre del pueblo italiano (art. 125, inciso 2º, del CPPI). En efecto, en Italia se permite la existencia del juicio por jurados en cabeza de esta corte, pero para casos limitados, tales como el juzgamiento de los delitos de asociación mafiosa, casi la totalidad de los delitos contra la Administración pública, los delitos de usura, quiebra fraudulenta, lavado de dinero, la asociación para el tráfico de estupefacientes y los relativos a las asociaciones ilícitas secretas en general.

Las sentencias, sin embargo, son fundadas so pena de nulidad, a diferencia del sistema acusatorio típico en el que el juez se limita a pronunciar la condena o la absolución a través de la libre convicción (arts. 125, inciso 3º y 127, del CPPI).

Sí se desprende la igualdad de partes al permitir tanto al acusador como al acusado producir prueba. Del mismo modo, en el proceso se juzga el valor formal de la prueba, que incumbe a las partes y el juez sólo evalúa la procedibilidad de la misma (art. 190 del CPPI) y en ello se basa para expedir su resolución.

Siguiendo a Guzmán, podemos decir que el corte acusatorio del modelo italiano se desprende del abandono de la instrucción propiamente dicha y el procedimiento formal escrito para dar preeminencia al juicio, consagrándolo como el lugar por excelencia donde se produce la prueba⁷.

Advierte el mismo autor, sin embargo, que aún se acepta en la península la posibilidad de incorporar actos por lectura, circunstancia que ha generado fuertes polémicas y ha cuestionado incluso la raigambre acusatoria del sistema.

No obstante los roles investigativos y de titularidad de la acción se encuentran bien diferenciados, se advierte en el Código de Procedimientos italiano la clara existencia de lo que Langer llama el “modelo de la investi-

7 Guzmán, N. M. (2002). “Algunos aspectos del modelo procesal penal italiano: en particular, la novedosa estructuración de la fase de la investigación preliminar”. *Revista Nueva Doctrina Penal*, Volumen: 2002/B, 619 a 643.

gación oficial”, en tanto investigación realizada por uno o más oficiales del Estado con el objeto de determinar la verdad de lo ocurrido y el imperio del principio de legalidad por sobre el dispositivo⁸.

El proceso se inicia cuando el Ministerio Público o la policía judicial reciben la “notitia criminis”; luego de efectuadas las medidas pertinentes para la indagación preliminar se arriba al punto de la audiencia preliminar, en lo que el Ministerio Público tiene tres opciones en ese caso, la requisitoria de juicio oral, el archivo de las actuaciones, o bien, la solicitud de aplicar alguno de los procedimientos especiales.

Sobre la solicitud de archivo tiene también participación el ofendido, a quien se le confiere participación en caso de que el órgano acusador no impulse el juicio. Extrañamente, el mismo juez puede remitir las actuaciones a su superior para que analice la conducta del Ministerio Público, lo que, a mi entender, viola, en cierto sentido, el principio acusatorio.

En la audiencia preliminar, en la que se cuenta con la participación de todas las partes legitimadas, no se realiza ninguna diligencia de prueba, sino que, antes bien, se evalúa el resultado alcanzado durante la investigación preliminar para decidir ya sea la procedencia del archivo o la realización de nuevas medidas para completar el espectro probatorio alcanzado en la instancia superada o se decida la apertura del juicio oral.

El juez de la audiencia no evalúa la conveniencia o no de la procedencia del juicio sobre criterios de oportunidad, pues su decisión sólo se cimienta sobre el plexo probatorio reunido.

A su vez, la mentada “solicitud de archivo” también puede obedecer a la circunstancia de que, tratándose de investigaciones de supuestos delitos enrostrados a personas desconocidas, luego de seis meses de tomarse conocimiento del suceso, el Ministerio Público auspicia la aplicación de dicho temperamento, requerimiento que también puede solventarse en la ausencia de ciertas condiciones de procedibilidad.

Es de advertir que, conforme las disposiciones del art. 34 del digesto, en el juicio no interviene el mismo juez ni fiscal de la investigación, ni de la audiencia preliminar y el tribunal que conoce en el debate tampoco recibe el expediente con las medidas de prueba realizadas, por lo que toda la prueba se produce en el mismo juicio, caracterizado por la contradicción, la inmediación y la concentración. El juicio termina con la lectura de la sentencia.

8 Langer, M. (1999). “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento especial”. En Hendlar, E. (Director). *Sistemas penales procesales comparados*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 239-267.

D. La reforma de la “ley Orlando”

El día 3 de agosto de 2017 entraron en vigor las disposiciones de la llamada “ley Orlando”, en referencia a Andrea Orlando, Ministro de Justicia e impulsor de la Ley N° 103 del 23 de junio de ese año.

Mediante esta norma, se instauraron fuertes modificaciones a la totalidad del ordenamiento jurídico penal italiano, en concordancia con un proceso de constante evolución hacia la búsqueda; por un lado, de la celeridad, que por ejemplo cuenta con la ley de “despenalización” sancionada mediante dos decretos legislativos⁹ en 2016 y, por el otro, de garantizar al máximo los derechos constitucionales y convencionales, por ejemplo, el del recurso.

Así, se establecieron reformas tanto al Código Penal como al Procesal Penal –de lo que puedo destacar la protección al damnificado por el hecho, las exigencias para la motivación de las sentencias y los plazos procesales, entre otras muchas novedades– y al sistema penitenciario y cuya principal característica, en este último plano, es la delegación al Poder Ejecutivo de diversas facultades¹⁰.

Concretamente y en lo que puede resultar de interés para el presente, si bien la reforma alteró varios de los procedimientos especiales, lo cierto es que el más afectado resultó ser “juicio abreviado”¹¹.

Según la doctrina, se buscó mediante la reforma consolidar la exégesis de la jurisprudencia sobre los ritos especiales, incentivando el recurso y promoviendo un sistema de justicia más eficiente con el objeto de asegurar el juzgamiento en plazo razonable¹².

De tal suerte, y teniendo en cuenta estos aspectos, a continuación, analizaré lo que resulta eje del presente trabajo; esto es, los procedimientos especiales.

9 DL 7 y 8 de 2016 que entraron en vigor el 6 de febrero de 2016.

10 Ver al respecto “Pubblicata In Gazzetta Ufficiale La Riforma Orlando”, de Alessandra Galluccio, publicada en <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5538-pubblicata-in-gazzetta-ufficiale-la-riforma-orlando> y “Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni”, de Mitja Gialuz, Andrea Cabiale, Jacopo Della Torre, publicado en <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/2791-gialuzdpctrim317.pdf>.

11 Creo prudente aclarar que, como veremos más adelante, no puede equipararse este instituto al modo de finalización del proceso previsto en el art. 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación argentino, ya que son procedimientos diversos.

12 Ver al respecto “La legge 103/2017 e i significativi ritocchi alla disciplina del giudizio abbreviato”, de Lina Caraceni, publicado en <http://www.la legislazione penale.eu/wp-content/uploads/2018/02/Caraceni-Orlando-abbreviato.pdf>.

II. Los procedimientos especiales en el Código italiano

A. *El juicio abreviado*

El juicio abreviado, como procedimiento especial en el Código italiano, es de aquellos que evitan la normal sustanciación de las actuaciones, mediante la omisión del debate contradictorio.

El imputado puede solicitar la aplicación de este instituto para que ello sea definido en la audiencia preliminar, en el estado en que se encuentran las actuaciones en ese momento; salvo que:

- a. el juez entienda que no puede resolver en ese estado de cosas, para lo cual reasume la instrucción y produce la prueba necesaria a los fines de decidir la cuestión; sería, en ese caso, una suerte de medidas de mejor proveer.
- b. el imputado subordine la petición del juicio abreviado a una integración probatoria necesaria. En ese caso, el juez dispone el procedimiento especial si esa petición probatoria resulta a su criterio necesaria a los fines de la decisión y compatible con los fines de economía procesal propia del juicio abreviado. En tal caso, el Ministerio Público puede proponer prueba de cargo y queda facultado a cambiar la imputación en el caso de que la prueba evidencie un agravante del delito, o bien, la existencia de una infracción conexa.

En cuanto a la forma que debe contener el pedido, puede efectuarse por escrito u oralmente, siempre y cuando no se haya abierto el debate. La voluntad del imputado se expresa personalmente o por medio de un apoderado especial. La firma debe ser autenticada conforme lo previsto en el art. 583, inciso 3º; esto es, por un escribano, una persona autorizada o su abogado defensor.

Sobre la solicitud incoada por el imputado, el juez dicta una providencia por la cual dispone el juicio abreviado. En caso de rechazo, el imputado puede replantearlo hasta el momento de la audiencia oral¹³.

En el aspecto formal, la solicitud de juicio abreviado se deposita en secretaría junto con el acta de consentimiento del Ministerio Público con, al menos, cinco días de antelación a la fecha de la audiencia.

13 No se puede soslayar que con sentencia de fecha 23 de mayo de 2003, n. 169, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de esta disposición, en tanto no permite que en caso de rechazo de la solicitud de juicio abreviado subordinado a la producción de prueba, el imputado pueda renovar su solicitud antes de la declaración de apertura del debate oral de primera instancia y el juez pueda disponer el juicio abreviado.

Sobre la solicitud, el juez emite un decreto con el cual dispone el juicio abreviado si entiende que el proceso puede ser resuelto en ese momento. Para el juicio abreviado se observan, en lo pertinente, las disposiciones previstas para la audiencia preliminar.

Asimismo, el Código dispone que la constitución como parte civil, conociendo el decreto que ordena el juicio abreviado, implica la aceptación de esta clase de rito. El juicio abreviado se desarrolla en una suerte de sesión cerrada, pero el juez puede disponer que el juicio se desarrolle en audiencia pública cuando lo soliciten todos los imputados.

Vale resaltar que, si la parte civil no acepta el juicio abreviado, no se aplican las disposiciones del art. 75, inciso 3° del Código, que ordena la suspensión de la demanda civil hasta tanto se resuelva la cuestión penal.

Cuando el juez entiende que no puede decidir en ese estado de cosas, puede ejecutar, de oficio, las medidas que estime pertinentes para un mejor proveer. Si luego de la constitución de juicio abreviado, el Ministerio Público procede a efectuar las contestaciones previstas en el procedimiento ordinario, el imputado puede requerir que el procedimiento siga en forma ordinaria.

La voluntad del imputado para continuar con el proceso de forma ordinaria se expresa de la misma manera que se realizaba para la solicitud del juicio abreviado. En este sentido, el juez, a instancia del imputado o su defensor, asigna un plazo no superior a diez días para la formulación de la petición mencionada, o bien, para la producción de prueba de la defensa y suspende el juicio por el plazo correspondiente.

Así, si el imputado solicita que el procedimiento siga según las normas ordinarias, el juez revoca el decreto mediante el cual había dispuesto el juicio abreviado y fija una audiencia preliminar o la eventual prosecución. Los actos cumplidos hasta ese momento, gozan de idéntica eficacia. La solicitud de juicio abreviado no puede ser efectuada nuevamente y se aplican las disposiciones del art. 303, inciso 2°¹⁴.

Por otro lado, el Código prevé que, si el procedimiento continúa según el rito abreviado, el imputado puede solicitar la admisión de nueva prueba, en relación a las contestaciones que prevé el Código en el art. 423, así como los límites previstos por el art. 438, inciso 5° y el Ministerio Público puede solicitar la admisión de prueba en contrario.

14 Vale destacar que mediante la sentencia dictada el día 15 de febrero de 1991, n. 81, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los arts. 438, 439, 440 y 442 del Código, en tanto no prevé que el Ministerio Público pueda, en caso de disenso, pronunciar las razones que motivan esa disconformidad y también respecto de la parte que no prevé que el juez, una vez concluido el debate, y entendiendo injustificado el disenso del órgano acusador, pueda aplicar al imputado la reducción de la pena prevista en el art. 442, inciso 2° del mismo Código.

Para finalizar el proceso, el juez obra conforme lo normado en el art. 529 y subsiguientes y utiliza a los fines decisorios la prueba recolectada como si fuera un proceso ordinario.

En caso de condena, la pena que el juez determina, teniendo en cuenta todas las circunstancias agravantes y atenuantes, se disminuye en un tercio¹⁵. A la pena de prisión perpetua se la reemplaza por la pena de treinta años de reclusión. A la pena de prisión perpetua con aislamiento diurno, en los casos de concurso de delitos y de delitos continuados, se la sustituye por la de la reclusión perpetua. La sentencia es notificada al imputado que no haya comparecido al juicio.

A guisa de colofón, el art. 443 dispone los límites a la apelación de lo resuelto por el juez. Así, ni el imputado ni el Ministerio Público pueden apelar la sentencia absolutoria en tanto esta busque cambiar el tipo de procedimiento.

El imputado tampoco puede apelar la sentencia de condena a una pena que sea sólo pecuniaria y el Ministerio Público no puede apelar la condena, salvo que la sentencia modifique la calificación legal acordada.

Vale resaltar que con fecha 19 de octubre de 2009 y mediante sentencia n° 274, la Corte Constitucional italiana declaró la ilegitimidad constitucional del art. 443, inciso 1° del Código Procesal italiano, en cuanto excluye la posibilidad de que el imputado pueda apelar la sentencia de absolución por inimputabilidad derivada de un vicio mental.

B. La aplicación de pena a petición de las partes

La aplicación de la pena a solicitud de parte es descripta por la doctrina como el verdadero “*patteggiamento*”, ya que se produce la real negociación entre acusado y acusador y constituye una prolongación de la institución del pacto, introducida ya por la Ley N° 689 de 1981¹⁶.

En efecto, el instituto prevé que una de las partes realice una propuesta de sanción –cuya naturaleza debe ser fijada en el acuerdo– y la otra preste su acuerdo según las pautas establecidas en el Código.

15 Es de advertir que el 31 de enero de 1992, mediante sentencia n° 21, la Corte Constitucional declaró la ilegitimidad constitucional del procedimiento en lo relativo a la imposibilidad del juez, al fin del debate de aplicar la reducción de pena prevista por el juicio abreviado a petición del imputado y con el consenso del Ministerio Público, con los elementos de prueba reunidos por el juez de investigaciones preliminares.

16 Ver Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Editorial Trotta, 744.

Dice el art. 444, del Código de Procedimientos Penales italiano, que el imputado y el Ministerio Público pueden solicitar al juez, conforme la especie y medida indicada, la aplicación de una sanción sustitutiva o de una pena pecuniaria disminuida hasta en un tercio, o bien, de una pena restrictiva de la libertad cuando esta, teniendo en cuenta las circunstancias y disminuida hasta un tercio, no supere los cinco años, ya sea sola o junto a una pena pecuniaria.

Así pues, el juez es quien dispone la imposición de la pena valorando los requisitos de procedencia de la solicitud impetrada. Es de advertir que el imputado no queda obligado al pago de costas, además de obtener como beneficio que los efectos penales se extinguen en la mitad del plazo contemplado por el Código de fondo.

Otra ventaja es que, si se está en presencia de una multa o de una pena sustitutiva, la condena puede ser de cumplimiento condicional. La oportunidad para interponerla es desde el inicio mismo de la investigación preliminar hasta la apertura de juicio oral. Ello encuentra lógica en que mediante este procedimiento se busca acelerar el resultado final del juicio y se tornaría vacío llegar a dicha circunstancia para negociar la pena.

En ese juicio, la declaración del imputado debe ser voluntaria y, en tal sentido, se dispone un control del juez sobre la misma, tal como entre nosotros se gesta la audiencia “de visu” para evitar una coacción sobre el encartado.

Siguiendo con los requisitos de procedibilidad, debo resaltar que quedan excluidos de la aplicación de este instituto los procedimientos para delitos de explotación sexual infantil, pedofilia, o pornografía a través de internet.

Es de advertir que tampoco pueden hacer uso de este procedimiento los declarados “delincuentes habituales”, profesionales o de ocupación y reincidentes. Para ese caso, la pena que se puede negociar tiene un tope de dos años, más la pena pecuniaria.

Una vez comprobado el acuerdo, siempre que el juez no detecte las causales del art. 129 (por ejemplo, que el hecho no se haya cometido o exista alguna causal de exculpación, atipicidad o prescripción) y sobre la base de los elementos de prueba reunidos hasta ese momento, si considera correcta la calificación jurídica del hecho, la aplicación y el confronte de las circunstancias postuladas por las partes, dispone mediante sentencia la aplicación del instituto indicando que se realizó a pedido de parte.

En caso de constitución de parte civil, el juez no decide sobre la demanda, pero el imputado queda condenado al pago de las costas que ello demandó. Queda a salvo la posibilidad de que existan justos motivos para la eximición total o parcial de las costas.

Por otro lado, la parte, al formular la solicitud, puede subordinar la eficacia del pacto a la concesión de la ejecución condicional de la pena. En este caso, si el juez entiende que la ejecución condicional no puede ser concedida, rechaza la solicitud.

La sentencia irrogada conforme este procedimiento, cuando la pena impuesta no supere los dos años de pena de prisión, sola o sumada a una sanción pecuniaria, no importa la condena al pago de las costas del procedimiento ni la aplicación de penas accesorias o de medidas de seguridad, salvo la confiscación.

Además, la sentencia de este proceso, aún cuando se pronuncia después de la clausura del debate, no tiene eficacia en los juicios civiles o administrativos. Salvo las distintas disposiciones específicas de la ley, la sentencia es equiparada a una sentencia de condena.

El delito se considera extinguido cuando se aplique una pena de prisión no superior a dos años a secas o bien sumado a una pena pecuniaria, si en el término de cinco años —en caso de delito— o dos —en caso de contravención— el imputado no cometiere un delito o contravención de la misma especie.

En dicho caso, se extinguen todos los efectos penales y si se hubiese aplicado una sanción pecuniaria o alternativa, la aplicación de este juicio no constituirá, a la postre, óbice para la condenación condicional.

El consentimiento sobre la requisitoria de juicio abreviado puede ser dado dentro de los términos previstos por la figura, aún si fue denegado previamente. El juez, si considera oportuno verificar la voluntariedad de la solicitud o del consentimiento prestado por el imputado, dispone su comparecencia.

Es de advertir que, si el Ministerio Público se opone a la solicitud efectuada por el encartado, debe enunciar las razones de dicho temperamento.

Si se solicita durante las investigaciones preliminares, el juez —en caso de presentación conjunta o con el consentimiento escrito de la otra parte— fija, con un decreto, la audiencia para la decisión, señalando, de ser necesario, un término al pretensor para la notificación de la otra parte.

El expediente labrado en la sede del órgano acusador debe ser depositado en secretaría del juez tres días antes de la audiencia en la cual son escuchados, en caso de comparecencia, el procurador fiscal y el defensor.

Si la solicitud es presentada por una de las partes solamente, el juez fija, mediante decreto, un plazo para que la otra parte exprese su consentimiento o disenso y dispone además que dicho decreto sea notificado a la otra parte por el solicitante. Antes de la caducidad del plazo, el Código no admite la revocación o la modificación de la propuesta; fenecido éste puede caer el acuerdo, o bien, proseguir, en caso de consenso, conforme las pautas que establece el Código para esta clase de proceso.

Fijada la audiencia correspondiente, el juez puede acoger favorablemente la propuesta que prevé este instituto y pronuncia sentencia sin más trámite. Si hubiese disenso entre el Ministerio Público, o bien, un rechazo del juez de investigaciones preliminares, el imputado, antes de la apertura del debate, puede renovar la propuesta y si el juez la estima procedente, dicta inmediatamente sentencia. Es de advertir que no puede plantear otra propuesta ante otro juez. Del mismo modo puede disponer el juez, después de la clausura del debate o en el juicio de impugnación, cuando considera injustificado el disenso del Ministerio Público o el rechazo de la propuesta.

En este caso, el Ministerio Público puede apelar si rechazó la propuesta realizada, de lo contrario, la sentencia es inapelable. Si la sentencia se pronuncia en el juicio de impugnación, el juez decide también sobre la acción civil.

C. El procedimiento por decreto

El procedimiento por decreto se limita a delitos para los cuales el Ministerio Público entienda aplicable solamente una sanción pecuniaria, lo cual significa que se destina a los delitos menos graves.

Así pues, si el Ministerio Público considera que se debe aplicar solamente una sanción pecuniaria, puede presentar ante el juez de investigaciones preliminares, dentro de los seis meses de la fecha en que una persona queda inscripta como imputada en el libro del Ministerio Público, una solicitud –que debe estar motivada– para que emita un decreto de aplicación de la sanción pecuniaria, indicando la cantidad de la misma. Esta puede ser disminuida hasta la mitad respecto del importe mínimo previsto por la norma para el delito.

Si el juez no acepta la solicitud, devuelve las actuaciones al Ministerio Público, siempre que no corresponda dictar sentencia de absolución palmaria sobre la responsabilidad del imputado –en los términos del art. 129.

Es de advertir que también son requisitos para la procedencia del instituto que sea un delito perseguible de oficio o por acción privada, siempre que esta última haya sido válidamente impulsada y la parte no haya manifestado oposición a la solicitud.

El decreto emitido en este sentido se notifica al querellante y no es admitido en los casos en que resulta necesaria la aplicación de una medida de seguridad.

Los requisitos formales de la condena dictada según este procedimiento son:

- a. Las condiciones personales del imputado, o bien, toda otra indicación sobre su persona que sirvan a los fines de identificarlo, y siempre que sea necesario, el nombre de la persona civilmente demandada al pago de la pena pecuniaria.
- b. La descripción del hecho, de las circunstancias y las disposiciones de la ley que fueron vulneradas.
- c. Una concisa fundamentación de hecho y de derecho sobre las cuales se fundó la decisión, entre las que se deben incluir las razones de la disminución de la pena por debajo del mínimo.
- d. La parte dispositiva.
- e. La especial indicación de hacer saber al imputado y a la persona civilmente obligada al pago de la pena que puede oponerse a la misma dentro de los quince días de la notificación del decreto y que el imputado puede solicitar mediante la oposición el juicio inmediato, abreviado o la aplicación de pena a petición de parte.
- f. La advertencia al imputado y a la persona civilmente obligada por la sanción pecuniaria que, en caso de no oponerse, el decreto deviene ejecutivo.
- g. La notificación a ambos de nombrar un defensor.
- h. Fecha y firma del juez y del auxiliar que lo asiste.

Una vez dictado el decreto de condena, el juez aplica la pena en la medida solicitada por el Ministerio Público, indicando la entidad de la eventual disminución de la pena por debajo del mínimo previsto. Además, ordena el secuestro o la restitución de la cosa y concede la condenación condicional. Es imperativo también declarar la responsabilidad de la persona civilmente obligada por la sanción pecuniaria.

El Código dispone, también, la remisión de copias del decreto al Ministerio Público, al imputado, al defensor oficial o particular si eventualmente se hubiera designado y a la persona civilmente obligada.

Por otro lado, si no fuera posible dar con el imputado por rebeldía de este, el juez debe revocar el decreto de condena y restituir las actuaciones al Ministerio Público¹⁷.

El decreto de condena no trae aparejado, de por sí, la condena al pago de las costas ni la aplicación de penas accesorias. Aún si deviniera ejecutivo, no tiene eficacia de cosa juzgada en el juicio civil o administrativo. Los efectos de la sentencia se extinguen en el término de cinco años si se trata

17 Inciso declarado inconstitucional el 18 de noviembre de 2000, por el Tribunal Constitucional en la sentencia n° 504, en cuanto no prevé la revocación del decreto penal de condena y la restitución de los actuados al Ministerio Público, también cuando no sea posible la notificación al domicilio constituido por el encartado.

de un delito o de dos años si es una contravención, siempre que el imputado no cometa otro delito o contravención de la misma índole.

En dicho caso, se extingue todo efecto penal y la condena tampoco resulta obstáculo para la concesión de una nueva condenación condicional.

En el término de quince días desde la notificación del decreto de condena, el imputado o la persona civilmente demandada pueden oponerse al mismo, personalmente o por medio del defensor eventualmente designado.

Esta oposición se realiza mediante una declaración que se presenta en la secretaría del juez para la investigación preliminar que emitió el decreto, o bien, en la secretaría del tribunal o del juez de paz del lugar en el que se encuentra el objetante.

La declaración de oposición debe indicar, so pena de ser declarada inadmisibles, los extremos del decreto de condena, la fecha del mismo y el nombre del juez que lo emitió. Asimismo, en caso de que no lo haya hecho antes, el presentante puede designar un defensor particular.

Una vez planteada la oposición, el imputado puede solicitar al juez que emitió el decreto de condena, el juicio inmediato, abreviado, o bien, la aplicación de pena a pedido de parte.

La oposición resulta inadmisibles también si es propuesta fuera del plazo fijado, o bien, por persona no legitimada a tales fines. Si no se plantea oposición o si esta se declara inadmisibles, el juez que emitió el decreto de condena ordena la ejecución de la sentencia. La declaración de inadmisibilidad puede ser apelada mediante recurso de casación por el oponente.

Es de advertir que en el art. 175, el Código Procesal Penal italiano permite la “restitución” de los plazos de caducidad en caso de probar caso fortuito o fuerza mayor, lo que evidencia una “prorrogabilidad” de los mismos.

En tal sentido, el imputado y la persona civilmente obligada pueden gozar de este derecho en lo que respecta al plazo para interponer excepciones. En caso de oposición interpuesta por algunos interesados, conforme el art. 463, se suspende la ejecución del decreto de condena respecto de aquellos que no han interpuesto oposición hasta que el juicio subsiguiente a la interposición del rechazo al decreto por los otros imputados no sea definido con decreto irrevocable.

Por otro lado, si la oposición ha sido propuesta por el imputado o por la parte civilmente obligada, los efectos se extienden también a las partes que no se opusieron al decreto.

En caso de oponerse y solicitar la realización de otra clase de procedimiento, se aplican las disposiciones del art. 464 del Código, que regula lo pertinente a la actividad del juez en relación a la solicitud de modificación del procedimiento de la manera que a continuación se detalla.

Si el oponente solicitó el juicio inmediato, el juez emite decreto según lo normado por el art. 456 –ver, al respecto, lo dicho en relación al juicio inmediato en su acápite correspondiente.

Del mismo modo, si se solicitó juicio abreviado, el juez fija, con decreto, la audiencia dando aviso a la persona ofendida, al imputado, su defensor y al Ministerio Público en un plazo de cinco días. En el caso de que se revoque la sentencia por la cual se disponía el juicio abreviado, se fija audiencia para el juicio seguidamente a la oposición¹⁸.

Si quien se opone solicitó la aplicación de la pena a requerimiento de parte, el juez fija mediante decreto un plazo dentro del cual el Ministerio Público debe expresar el consentimiento, disponiendo que la solicitud y el decreto sean notificados al procurador fiscal a costa de la persona que propone oposición.

En caso de que el Ministerio Público no haya expresado el consentimiento en el plazo establecido o bien el imputado no haya formulado en el acta de oposición alguna solicitud, el juez emite decreto de juicio inmediato.

Asimismo, el juez, si se presenta una solicitud de pago conforme lo establecido por el decreto, debe decidir sobre la misma antes de emitir el decreto según el punto primero.

En el juicio que sigue a la oposición, el imputado no puede solicitar el juicio abreviado o la aplicación de la pena a petición de parte, ni tampoco presentar solicitud de pago. En ese caso, el juez revoca el decreto penal de condena.

El juez puede aplicar, en esos casos, una pena distinta y aún más grave de aquella fijada en el decreto de condena y revocar los beneficios oportunamente concedidos.

Si se dicta sentencia de absolución en orden a las causales que prevén la inexistencia del hecho imputado, porque no está previsto por la ley como delito o bien porque se cometió con causa de justificación, el juez revoca el decreto de condena, aún en el caso de que haya otros imputados por el mismo delito que se hayan opuesto al decreto.

D. El juicio directísimo

Cuando en 1988 el legislador italiano decidió modificar el rito penal, consideró la existencia de una práctica arraigada en los tribunales aún an-

¹⁸ Mediante sentencia n° 169 del 23-5-2003, la Corte Constitucional declaró la ilegitimidad de esta disposición en tanto no prevé que, en caso de rechazo de la solicitud de juicio abreviado subordinado a una recolección de pruebas, el imputado pueda renovar la solicitud antes de la declaración de apertura del debate de primera instancia y el juez pueda disponer el juicio abreviado.

tes de la sanción del Código de Rocco de 1930, receptada además por éste último, aunque con un marcado tinte inquisitivo (contemplaba la realización de un juicio dentro de los cinco días de arresto en su art. 530).

Fue así que al sancionarse el Código Procesal Penal italiano y legislarse el instituto del juicio directísimo, se intentó imprimir a una práctica ya instaurada nuevas características que le permitieran adaptarse al sistema acusatorio que el Código reformado traía consigo.

El juicio directísimo se halla en el Título Tercero del Libro Sexto del Código (arts. 449 al 452) y presenta como característica distintiva del procedimiento común, la carencia formal de la audiencia preliminar y los actos preparativos del debate.

La velocidad que se le imprime a éste proceso viene dada desde su propia génesis, toda vez que el instituto se aplica para los casos de confesión del imputado o detención en flagrancia. Estas circunstancias evidencian de suyo la existencia de elementos suficientes para formular imputación sin necesidad de recurrir a indagaciones complementarias.

Cabe destacar que el Código regula específicamente este último supuesto, imponiendo a la policía judicial la obligación de detener en flagrancia a quien haya sido sorprendido cometiendo un delito no culposo, consumado o en grado de tentativa al que la ley le imponga la pena de reclusión perpetua o prisión de cinco a veinte años (art. 380).

Más allá de este principio, rige también la obligación de detener a la persona que se encuentre cometiendo una serie de delitos especialmente determinados como aquellos relativos a la seguridad del Estado, estupefacientes, etcétera.

Asimismo, existe la detención facultativa en flagrancia para delitos no culposos de hasta tres años de prisión o aquellos culposos que prevean máximas de hasta cinco años de prisión.

También procede el juicio directísimo en aquellos casos en que se convalida el arresto de un imputado detenido en base a las indagaciones preliminares efectuadas por el Ministerio Público y éste presenta al acusado ante el juez competente dentro de los quince días del arresto.

Ahora bien, luego de la detención, el órgano acusador es el único facultado para solicitar este proceso y por ello tiene la potestad de hacer comparecer al prevenido (puede ser en carácter de arrestado o detenido) ante un juez a los fines de realizar un debate dentro de las cuarenta y ocho horas de la detención; la cual se efectúa para convalidar el arresto y, eventualmente, ser sometido a juicio.

Para convalidar el arresto, se debe cumplir el proceso de convalidación que se trata de una audiencia en la cual comparecen el imputado y su defensor, siendo optativa la comparecencia del Ministerio Público. En caso de que lo haga, expone los motivos de la detención y sus pretensiones respecto de

la libertad del imputado. Acto seguido, el juez interroga al imputado, quien puede o no comparecer, en cuyo caso, se le da la palabra al defensor.

Cumplidos estos requisitos, el juez dicta una providencia convalidando o no la detención o arresto. Esta es recurrible en casación por la defensa y el Ministerio Público. Es de advertir que si el juez no dicta la providencia dentro de las cuarenta y ocho horas que fija el Código, el arresto o la detención cesan automáticamente.

Luego del decreto se abren dos caminos, que el juez convalide el procedimiento o que no lo haga. En el primero de los casos, se procede inmediatamente al juicio. Si no ocurre así, el juez restituye las actuaciones al Ministerio Público, que a pesar de ello tiene la potestad de acceder al juicio directísimo si la defensa lo consiente.

También puede desarrollarse el juicio directísimo si el arresto había ya sido convalidado; en tal caso, el órgano acusador debe presentar al imputado al juicio dentro de los quince días del arresto.

Como sostuve al inicio del capítulo, existe otra vía para aplicar el juicio directísimo en el Código italiano. Esto ocurre cuando el imputado detenido confiesa el delito; en tales circunstancias, si la persona se encuentra gozando de su libertad, se lleva adelante la audiencia dentro de los quince días de la toma de razón del delito. Si se halla privada de su libertad, se reduce el plazo a la mitad.

Ahora bien, una vez instaurado el juicio directísimo por parte del juez, el procurador fiscal lleva al imputado arrestado en flagrancia o en prisión preventiva a la audiencia. La distinción entre estas dos figuras no es superflua.

En efecto, la presencia del imputado en la audiencia es insoslayable para contestar la imputación que se le hace, puesto que el acto de imputación es previo a toda instauración de rito y requiere que la escuche el acusado. Así, por ejemplo, si se desdoblán las audiencias de convalidación de arresto y la apertura de debate, el imputado puede o no comparecer a la segunda en tanto ya escuchó y pudo contestar la acusación en la primera de ellas. A tales fines, el Ministerio Público puede conducir al imputado a la audiencia por la fuerza.

Si el imputado está en libertad, se lo cita a comparecer, pero debe darse como mínimo un plazo de tres días para ello. El decreto de citación debe contener bajo pena de nulidad las condiciones personales del imputado, el nombre de la persona ofendida, la descripción del hecho delictivo en forma clara y precisa, de las circunstancias agravantes y de aquellas que pudieren importar la aplicación de una medida preventiva de seguridad. Finalmente, el órgano acusador deberá señalar el lugar, la hora y el día de la audiencia con el apercibimiento de la posible rebeldía en caso de faltar a la audiencia.

Las notificaciones son practicadas por la parte acusadora y la defensa tiene derecho a observar el sustento probatorio en que se basa la imputación, sin perjuicio de la posibilidad de extraer copias. Al debate, que es oral y público, puede comparecer el ofendido y los testigos mediante citación oral y las partes pueden ofrecer testigos sin necesidad de que estos sean previamente citados formalmente.

Asimismo, el Presidente del Tribunal debe poner en conocimiento al imputado de la posibilidad de acceder, tanto al juicio abreviado como al procedimiento de aplicación de la pena a pedido de partes.

En este caso, se da lo que el Código llama “transformación del rito”, que consiste en la prosecución del procedimiento como juicio abreviado mediante el dictado de una providencia que así lo ordene. Para ello, no debe haberse aún declarado abierto el debate.

También procede la transformación en los casos en que se haya procedido al juicio directísimo sin que se hayan dado los requisitos para ello; en tales circunstancias, el juez devuelve las actuaciones al Ministerio Público para que continúe la pesquisa. Respecto de la sanción procesal que genera la instauración incorrecta del juicio directísimo, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia se han inclinado por encuadrarla en la categoría de “irregularidad”, asimilable a una nulidad relativa legislada en el art. 181 del Código Procesal italiano¹⁹.

Sin perjuicio de ello, el imputado también puede requerir un plazo de diez días para la elaboración de su defensa, circunstancia que debe ser puesta en conocimiento del beneficiado por el presidente del Tribunal oral.

Las reglas para el desarrollo de la audiencia se asemejan a las que, entre nosotros, impone el actual Código Procesal Penal de la Nación para el juicio. Así, se encuentra en cabeza del tribunal el poder de policía con el objeto de desenvolver el debate con normalidad. En tal sentido, queda a cargo del presidente la adopción de las medidas que se necesiten, como,

19 Cassaz. Pen., sez. V, 6 luglio 1995, n. 8971: “L’irrituale instaurazione del giudizio direttissimo per i reati commessi col mezzo della stampa, conseguente alla declaratoria d’illegitimità dell’art. 233 comma 2 disp.att. c.p.p., non determina alcuna nullità ne’ per viziata iniziativa del p.m. nell’esercizio dell’azione penale (ex art. 178 lett. b) c.p.p.), ne’ per violazione delle disposizioni relative all’intervento, assistenza o rappresentanza dell’imputato (ex art. 178 lett. c)), ma, soltanto, un’irregolarità che viene eliminata –nel giudizio di primo grado– dal giudice dibattimentale con la restituzione degli atti al p.m., se tempestivamente dedotta”; in via mediata, Cassaz. Pen., sez. V, 2 marzo 1995: “Qualora il rapporto processuale con il rito direttissimo sia stato instaurato prima della dichiarazione di incostituzionalità dell’art.233 disp. att. c.p.p., esso può proseguire in piena validità con tale rito per il principio generale ‘tempus regit actum’, dal momento che all’atto della instaurazione del rapporto processuale il titolare dell’azione penale non aveva altra scelta se non quella di usare le forme del rito direttissimo”.

por ejemplo, expulsar de la sala a quienes perturben el normal desarrollo del juicio.

Asimismo, pueden imponerse limitaciones a la publicidad de la audiencia cuando existan motivos para ello, tales como la posible revelación de secretos de Estado o cuando pudieren ventilarse cuestiones privadas de los testigos o aquellas que afecten a la moral y las buenas costumbres.

E. Juicio inmediato

El juicio inmediato es el último de los procedimientos especiales previstos en el Código Procesal Penal italiano y se caracteriza por la ausencia de la audiencia preliminar.

Este se da a solicitud del Ministerio Público, cuando la prueba de los hechos contra el imputado resulta evidente y éste haya sido indagado por los hechos por los cuales se solicita el juicio.

En caso de que concursen estas condiciones, el Ministerio Público, dentro de los noventa días de la inscripción de la noticia en el registro de delitos, puede pedir al juez de investigaciones preliminares la solicitud de juicio inmediato. Si el imputado acepta la requisitoria y la fijación de audiencia, la misma se desarrolla con el rito ordinario y el imputado puede solicitar también un procedimiento especial procedimiento especial o negociar la pena.

Es de advertir que el procedimiento puede solicitarse no sólo cuando el imputado haya sido indagado, sino que además puede darse que, luego de ser notificada para que comparezca, esta no lo haya hecho, siempre que haya existido un legítimo impedimento a tales fines y que no se trate de una persona contumaz.

Si el delito por el cual se solicita el juicio inmediato resulta conexo con otros delitos por los cuales no se verifican las condiciones de procedencia para el rito, se procede separadamente por los demás delitos y respecto de los demás imputados, salvo que sea perjudicial para la investigación. Si la unificación de los procesos resulta insalvable, se aplica el procedimiento ordinario.

La solicitud de juicio inmediato llevada a cabo por el Ministerio Público se realiza mediante presentación incoada en la secretaría del juez de investigaciones preliminares. Junto con la solicitud, se remite el legajo de prueba confeccionado por el órgano acusador, en el que consta la noticia criminis, la documentación relativa a las indagaciones escritas y verbales de los actos cumplidos ante el juez para las investigaciones preliminares. El cuerpo del delito y los objetos relativos al delito imputado se anexan al legajo de actuaciones siempre que no requieran una conservación especial.

Con el legajo en su poder, el juez, dentro de los cinco días, emite un decreto con el cual dispone el juicio inmediato, o bien, rechaza la solicitud, ordenando la devolución de los autos al Ministerio Público.

Para el decreto se aplican las disposiciones genéricas y debe contener, además, el aviso de que el imputado puede acceder al juicio abreviado o al procedimiento para la aplicación de la pena a pedido de parte²⁰.

El decreto se comunica al Ministerio Público y se notifica al imputado y a la persona ofendida al menos treinta días antes de la fecha fijada para el juicio. En este último caso, a ellos se les notifica, junto con el decreto, la solicitud del Ministerio Público. Igual plazo ampara al defensor del imputado.

Transcurridos los plazos se remite el legajo al juez competente para la realización del juicio. Las actuaciones no glosadas en el legajo se devuelven al Ministerio Público.

El imputado, bajo sanción de caducidad, puede solicitar el juicio abreviado mediante presentación en la secretaría del juez para las investigaciones preliminares de la requisitoria, con la prueba de la notificación al Ministerio Público, dentro de los quince días de la notificación del decreto de juicio inmediato.

Si la solicitud resulta procedente, el juez fija la audiencia mediante decreto con un aviso de, al menos, cinco días al Ministerio Público, al imputado, al defensor y a la persona ofendida. En caso de revocación del procedimiento, se fija audiencia para el juicio inmediato²¹. Estas disposiciones no se aplican en caso de que el imputado lo haya solicitado en los términos del art. 419.

III. Las objeciones constitucionales a los procesos abreviados en Italia

Una de las características que hacen distinto al Código Procesal Penal italiano es la rapidez y los plazos sucintos para la resolución de las cuestiones en base a procedimientos especiales abreviados.

En tal sentido, el Libro Sexto del Código regula una serie de estos procedimientos: el juicio abreviado, el juicio directísimo, el juicio inmediato y

20 Vale resaltar que la Corte Constitucional resolvió el 25 de mayo de 2004, mediante sentencia n° 148, que la omisión o insuficiencia del aviso de la facultad de acceder a los ritos alternativos determina una nulidad de orden genérico, ex art. 178, inciso 1°, c).

21 La Corte Constitucional declaró, mediante sentencia n° 169 del 23 de mayo de 2003, la inconstitucionalidad de esta parte del artículo en tanto no prevé que en caso de rechazo de la requisitoria de juicio abreviado subordinado a una apertura a prueba, el imputado pueda renovar la solicitud antes de la declaración de apertura de primera instancia y el juez puede disponer el juicio abreviado.

la aplicación de pena a pedido de la parte, todos los cuales significan un interesante avance en el Derecho Procesal Penal europeo en la tendencia a encontrar un sistema acusatorio neto, que permita alejar al continente de su raigambre inquisitiva.

Entre los procedimientos especiales, el Código regula también el procedimiento por decreto, destinado específicamente a sanciones pecuniarias y delitos menores en los cuales no se vea comprometida la libertad del imputado.

Cabe destacar que el rito abreviado y la aplicación de pena a requerimiento de la parte tienden a evitar el procedimiento ordinario, mientras que el directísimo y el inmediato sólo provocan que se arribe a la instancia de debate antes de lo dispuesto por el rito normal. Así, a los primeros se los ha denominado diferenciados y, a los segundos, sumarios.

Ante la carencia de debate, en los dos primeros procedimientos se permite una suerte de negociación de la acción penal, denominada en italiano “patteggiamento”, por la cual se reduce la sanción en aras de una mayor celeridad, circunstancia que permite aseverar que, aún bajo el mandato constitucional del principio de legalidad, se puede llevar adelante una negociación de la pena sin que signifique una violación a la mentada garantía.

El mencionado “patteggiamento” ha sido definido como el acuerdo sobre la pena que se realiza cuando el Ministerio Público y el imputado coinciden en la medida y especie de la sanción penal a aplicar respecto de éste que, a su vez, se ve beneficiado por una reducción que puede alcanzar hasta un tercio de la pena prevista.

Ocurre que la Constitución de la república italiana reza, en su art. 112, que el Ministerio Público tiene la obligación de ejercer la acción penal. Ello, en principio, resultaría un obstáculo para la aplicación del instituto de transacción de la pena.

En efecto, en los casos del juicio abreviado y de aplicación de pena a instancia de las partes, se advertiría una suerte de desmedro de la obligación impuesta por la Constitución de impulsar la acción penal por parte del Ministerio Público, en tanto se permite negociar una pena a los fines de arribar a una condena de manera más rápida.

Este problema, sin embargo, no se presenta en los juicios directísimo e inmediato, puesto que, en estos supuestos, la especialidad del proceso sólo se limita a reducir plazos pero realizando un juicio contradictorio.

La crítica al “patteggiamento” como reflejo de la afectación al principio de legalidad se encuentra entre quienes profesan el Derecho Penal Garantista. En tal dirección, Ferrajoli es claro en impulsar la necesidad de un Derecho Penal mínimo, en el cual rija el principio de legalidad que manda la Constitución italiana. Es de advertir que, al igual que nuestro país, Italia

tiene un extenso Código Penal que, en su caso, contiene aproximadamente 735 artículos.

Así, la congestión que el Derecho Penal de fondo genera sobre el Derecho Procesal ha provocado la necesidad de insertar nuevos institutos en los cuales rijan principios que desoyen los mandatos constitucionales.

La violación de la garantía viene dada por la renuncia –lisa y llana– que efectúa el imputado al juicio contradictorio, oral y público, con el fin de acceder a una reducción de pena, puesto que, como expresa Ferrajoli, “[...] representan una fuente inagotable de arbitrariedades: arbitrariedades por omisión, ya que no cabe ningún control eficaz sobre los favoritismos que puedan sugerir la inercia o el carácter incompleto de la acusación; arbitrariedades por acción, al resultar inevitable, como enseña la experiencia, que el *plea bargaining* se convierta en la regla y el juicio en una excepción, prefiriendo muchos imputados inocentes declararse culpables antes que someterse a los costes y riesgos del juicio [...]”²².

Ello llevaría a la acción penal a formar parte de un comercio, un “toma y daca” inadmisibles para el ejercicio de la coerción estatal y las garantías del sujeto acusado y el acusador; máxime teniendo en cuenta las importantes reducciones de pena que éstos procedimientos especiales posibilitan.

Así lo dice Ferrajoli, “[...] Los aspectos más inquietantes del nuevo Código Procesal no radican, sin embargo, en la herencia del viejo régimen, sino en algunos de los nuevos procedimientos especiales o simplificados que se introducen y que están destinados a convertirse según las previsiones del legislador y los auspicios de casi toda la doctrina procesalista [...]”²³.

Sin embargo, a los fines de desarticular el intrínquilis que a raíz de ello se genera, alguna doctrina sostiene que éste principio de legalidad no es absoluto y que, cotejado con el resto de la Carta Magna italiana, evidencia la posibilidad de regular normativamente un sistema que permita una maximización de los recursos estatales para obtener una mejor administración de justicia, respetando todos los principios que regulan al Derecho Penal.

Al respecto, las críticas específicas realizadas contra estos institutos se orientan a la posibilidad de convertirse en una fuente de injusticias, en tanto, estando prevista incluso para delitos gravísimos castigados con reclusión perpetua –en el caso del juicio abreviado–, concluye en la audiencia preliminar ante un juez que quizá ya se ha pronunciado dictando un mandamiento de captura o rechazando una petición de archivo sobre la base de

²² Ferrajoli, L. Ob. cit., 568.

²³ Ferrajoli, L. Ob. cit., 744.

“lo actuado” (art. 440.1); esto es, de elementos probatorios que, por definición legal (art. 526), no merecen el nombre de prueba²⁴.

Los sostenedores de este tipo de procedimientos brindan dos argumentos básicos para defenderlos. El primero, de corte teórico, explica que estos son coherentes con la opción por el sistema acusatorio y con la naturaleza de “proceso entre partes” que impone al juicio el nuevo Código; el segundo, pragmático, es el de que sólo el empleo en la mayor parte de los casos de estas alternativas formales hace, en términos reales, practicable, en los demás supuestos, la celebración de un juicio contradictorio según el nuevo modelo acusatorio²⁵.

A esto, no obstante, el jurista Ferrajoli responde con duras críticas, sosteniendo que el pacto se realiza entre dos partes que no se hallan en un plano de igualdad y que, en definitiva, revela un acuerdo perverso entre acusador y acusado²⁶.

Siguiendo con su razonamiento, todo el sistema de garantías queda así desquiciado: el nexo causa y proporción entre delito y pena, ya que la medida de ésta no dependerá de la gravedad del primero sino de la habilidad negociadora de la defensa, del espíritu de aventura del imputado y de la discrecionalidad de la acusación; los principios de igualdad, certeza y legalidad penal, ya que no existe ningún criterio legal que condicione la severidad o la indulgencia del Ministerio Público y que discipline la partida.

Por su parte, Elisabetta Grande ha alertado sobre lo que ella llama la “americanización” del sistema procesal penal italiano, en tanto se abandona un modelo netamente continental basado en la búsqueda de la verdad histórica por otro que denomina “battle model”, identificado en la confrontación del acusador con el acusado y califica de “bárbaro invasor” al instituto de la negociación de la pena en el Derecho italiano²⁷.

No se puede soslayar, sin embargo, que las críticas de la doctrina tuvieron su eco en los tribunales. Estas, por otro lado, no son las únicas que se han formulado en torno a este procedimiento especial.

24 Ferrajoli, L. Ob. cit.

25 Ver Ferrajoli, L. Ob. cit.

26 “[...] existe, en suma, y más allá de las fórmulas de legitimación, el peligro de que la práctica del pacto –como por lo demás ha demostrado la experiencia americana– pueda provocar una importante perversión burocrática y policial de una buena parte de la justicia penal, transformando el juicio en un lujo reservado sólo a quienes estén dispuestos a afrontar sus costes y sus riesgos. Y de que el proceso pueda quedar reducido a un juego de azar en el que el imputado, incluso inocente, se coloque ante la disyuntiva entre condena a una pena reducida y el albur de un juicio ordinario que puede cerrarse con la absolución pero también con una pena mucho más grave”.

27 Ver al respecto, Grande, E. “Barbari ante Portas: il patteggiamento della pena”, publicado en <http://www.nuvole.it/arretrati/numero24/pdf/06-Grande-Patteggiamento.pdf>.

En efecto, la Corte constitucional ha tenido que expedirse en varias oportunidades respecto de objeciones constitucionales planteadas contra el instituto.

Por ejemplo, mediante la sentencia n° 313, de fecha 2 de julio de 1990, respondió al cuestionamiento dirigido a las facultades del juez de medir la pena, ya que se encontraría sujeto a aceptar la pena planteada por las partes. En tal sentido, sostuvo que el juez tiene la posibilidad de analizar las circunstancias agravantes y atenuantes en torno al hecho que se le trae a estudio y que, por tanto, es él quien impone la pena, revisando el equilibrio de la solicitud de las partes.

Asimismo, sostuvo que la necesidad de fundar y motivar la sentencia en hechos y derecho también rige para esta clase de procedimientos y que, por tanto, no se delega la función jurisdiccional conferida por la Constitución a los magistrados²⁸ en las partes que requieren la sanción de mutuo acuerdo.

Ahora bien, cabe recordar la crítica fundamental que dirigía Ferrajoli a este instituto, que se centraba en la renuncia que efectuaba el imputado a su derecho a defensa y libertad personal, ya que, al aceptar una pena con las pruebas recolectadas en el marco de la investigación preliminar, no podría acceder a la producción de prueba de conformidad con las reglas constitucionales.

El Tribunal Constitucional sostuvo al respecto que no deben confundirse los prenombrados derechos con la obligación absoluta de ejercitarlos y que, en definitiva, a lo único que renuncia es al ejercicio de derecho de defensa de acuerdo al principio contradictorio y la formación de la prueba en el marco de dicho juicio. Así pues, se atribuye valor probatorio a la prueba reunida en la etapa de la investigación preliminar, la que el Ministerio Público y el juez deben considerar suficiente para condenar; caso contrario, procede la absolución por duda.

La discusión, no obstante, debería zanjarse a partir del art. 111, ya que la misma Constitución italiana abre la puerta a producir excepciones al contradictorio en tanto sostiene que la ley regula los casos en que no procede este tipo de procedimiento, imponiendo como requisito el consenso del imputado.

También se objetó que el juez sólo se encuentra obligado a corroborar si subsiste alguna causa de inimputabilidad, por cuanto se estaría violando el principio de inocencia, ya que el juez no valora los elementos de cargo.

A esto se contestó que es el imputado quien renuncia a la facultad de rebatir la acusación en base a la obtención de una pena menor. Asimismo,

28 Conforme art. 102 de ese cuerpo.

debe existir una acreditación de la responsabilidad del imputado, al punto de poder decretar la absolución por falta de pruebas, lo que evidencia la plena vigencia del principio de inocencia.

IV. Conclusiones

Como ha podido verse, este trabajo de investigación ha querido describir de la manera más exhaustiva posible cómo es que se han estructurado en Italia los procedimientos abreviados de resolución de conflictos dentro de su esquema procesal.

La tradición continental del Derecho italiano ha demorado –para muchos en demasía– la adopción de un régimen acusatorio, el cual recién entró en plena vigencia en los años noventa.

En ese contexto, el Ministerio Público adquirió facultades que en el anterior Código no tenía y comenzó, entonces, a resultar un actor preponderante en el sistema penal de la península. Los fiscales, con la colaboración de la policía judicial, se han transformado en verdaderos investigadores y conductores del proceso, dejándoles a los jueces un rol de garantes de la legalidad y constitucionalidad del mismo.

Concomitantemente, el legislador expresó su voluntad de reducir los plazos procesales, instaurando mecanismos a tales fines que sortean el trámite común del proceso constituido por la instrucción preliminar, la audiencia preliminar y el debate oral y público. En ese sentido, los procedimientos especiales se presentan como eje de dicho objetivo y evidencian algunas características salientes a tener en cuenta.

En el caso del juicio abreviado, ello se logra a partir de la “supresión” del contradictorio, es decir, del debate oral y público. Es por ello que se realiza a pedido del imputado y la decisión se toma en la audiencia preliminar.

Por su parte, el procedimiento por decreto –destinado a delitos que sólo prevén una sanción pecuniaria– impone la pena dentro de los seis meses de iniciada la causa a pedido del Ministerio Público, directamente y sin intervención del imputado, quien, sin embargo, puede oponerse a dicha resolución dentro de los quince días de notificado.

El juicio directísimo, mientras tanto, es para los casos de flagrancia o confesión del imputado y ha permitido acelerar las condenas en casos que podrían llevar mucho tiempo más en el marco del proceso común, ya que, de modo inmediato, la persona detenida es llevada delante del juez para constatar la acusación; se realiza el debate y se dicta condena.

Distinto es el juicio inmediato, cuya principal característica es la evitación de la audiencia preliminar en la que el juez decide si enviar o no la

causa a juicio. En dicho procedimiento con acuerdo del Ministerio Público y el imputado se accede directamente al debate oral y público.

He dejado para el final del análisis de la aplicación de la pena a solicitud de parte, ya que es, en definitiva, el tipo de procedimiento que mayores conflictos ha generado entre los doctrinarios.

Se advierte en este rito específico –similar a nuestro “juicio abreviado”– la evitación del debate oral y público. Pero a diferencia de los demás procedimientos que así lo prevén, en este caso éste se realiza con la anuencia del imputado a ser pasible de una sanción “negociada” con el acusador.

Sobre el punto debo aclarar que las objeciones a la figura han sido por demás atendibles y sólidas, pero también razones constitucionales, teóricas y prácticas han revelado su pertinencia para descongestionar un sistema judicial colapsado.

Por otro lado, las críticas a la negociación de la pena (que no se aplica, por ejemplo, a menores) han terminado afectando los otros procedimientos, cuando, en definitiva, no todos los ritos especiales implican una negociación de la pena cuyo abuso ha reportado en muchos casos consecuencias no deseadas, incluso en la tradición norteamericana²⁹.

Pues bien, en mi opinión, y si bien considero que no existe óbice constitucional para la procedencia de los procedimientos especiales, entiendo que los conceptos de economía procesal y celeridad no pueden ser sinónimo de reducción de garantías. Así, además, lo prevén los pactos internacionales suscriptos por Italia, fundamentalmente en el marco de la Unión Europea.

Por todo lo expuesto, su presencia –convalidada, por cierto, por la Corte Constitucional y la de Casación³⁰– es una herramienta esencial para cumplir con estos mandatos, evitando creaciones pretorianas que podrían afectar derechos consagrados, siempre que su utilización se realice en el estricto marco legal y del respeto por las garantías procesales.

Referencias bibliográficas

Cafferata, Nores, “El principio de la oportunidad en el Derecho argentino. Teoría, realidad y perspectiva”. En *Cuestiones actuales sobre el Proceso Penal*, 3 y sigs. y antecedentes parlamentarios. *La Ley*, Tomo 1997 B, 8.

29 Al respecto, no puedo dejar de señalar la magistral obra de John Grisham, en *El proyecto Williamson*, que deconstruye en forma de thriller un proceso seguido contra un inocente. Allí se advierten casi en forma fabulesca todas las desventajas del sistema, incluso las presiones para declararse culpable dentro del contexto del *plea bargaining*.

30 Cassazione Penale Sez. II, 28-10-1998; Sez. III del 11-7-2007, sentenza nro. 35624, entre muchísimos otros.

- Chiara Díaz, Carlos Alberto (1997). *Ley Penal Tributaria y Previsional*. Santa Fe. Rubinzal Culzoni.
- Chiavario, Mario (1998). *Commento al Codice di Procedura Penale (terzo aggiornamento)*. Torino. Italia. UTET.
- Codice di Procedura Penale.
- Codice Penale.
- Costituzione italiana.
- D'Albora, Francisco. "El juicio abreviado y la Constitución Nacional". Suplemento de Jurisprudencia penal. *La Ley* del 30 de abril de 1998.
- "Depenalizzazione E Nuovi Illeciti Sottoposti. A Sanzioni Pecuniarie Civili: Una Riforma Storica", di Gian Luigi Gatta.
- Espitia Garzón, Fabio (1991). *Código de Procedimiento Penal italiano*. Bogotá. Colombia. Editorial Temis.
- Favarotto, Ricardo S. (2008). *Apocopar casación, generalizar flagrancia... y después qué (Reforma al Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires: comentario a la Ley N° 13.811)*. Buenos Aires. La Ley (abril), 335.
- Ferrajoli, Luigi (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Editorial Trotta.
- García Torres, María José (2004). *El Proceso Penal abreviado y el acuerdo el imputado. Legislación comparada y análisis constitucional*. Buenos Aires. Fabián J. Di Plácido Editores.
- Guzmán, Nicolás M. (2002). "Algunos aspectos del modelo procesal penal italiano: en particular, la novedosa estructuración de la fase de la investigación preliminar". *Revista Nueva Doctrina Penal*, Volumen: 2002/B, 619 a 643.
- Hendler, Edmundo (Director). (1999). *Sistemas penales procesales comparados*. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- "La legge 103/2017 e i significativi ritocchi alla disciplina del giudizio abbreviato", de Lina Caraceni.
- Lucini, Julio Marcelo; Rimondi, Jorge Luis (1999). "Proceso por flagrancia". *Revista Jurídica La Ley* 1999-F, 935.
- Maier, Julio B. J. (1993). "El sistema penal hoy: entre la inquisición y la composición". *Revista de Derecho Penal*, Juris. N° 2, 47.
- "Pubblicata In Gazzetta Ufficiale La Riforma Orlando", de Alessandra Galluccio; "I Riti Speciali Dopo La Riforma Orlando", de Marco Napolitano.
- Simaz, Alexis L. (2008). *El juicio oral en el marco del procedimiento de flagrancia: La nueva Ley N° 13.811*. Buenos Aires. La Ley (mayo), 455.
- "Sucinta miscelánea del procedimiento penal italiano". *La Ley*. Revista jurídica argentina, Volumen: 2000-B, 1269 a 1276.
- "Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni", de Mitja Gialuz, Andrea Cabiale, Jacopo Della Torre.
- Tranchini, Giovanni (2006). "Derechos Humanos y proceso penal en el ordenamiento jurídico italiano; la injerencia en los derechos fundamentales del imputado". *Revista de Derecho Procesal Penal*, Volumen: 2006-1, 73 a 82.

CAMBIOS EN LA LEY DE INMIGRACIÓN BRASILEÑA
Change in the Brazilian Immigration Law

Luciane Cardoso Barzotto¹

Renata Duval Martins

Carolina Simões Correia

“Cuando te vimos forastero, te acogimos”.
(*Mateo*, 25:38-39)

Recibido: 22 de enero de 2018
Aprobado: 4 de marzo de 2018

Resumen: Migrar es un derecho forjado por necesidades. El migrante se encuentra en una situación de vulnerabilidad delante del Estado “destino” y de los habitantes del mismo. El paradigma fraternal está previsto en la Constitución federal y orienta normas internacionales relacionadas a la situación del migrante, como la Convención N° 143 de la Organización Internacional del Trabajo. La implementación de estas normas hace posible una comunidad fraternal en el deber de la justicia social.

Palabras claves: Migrante - Fraternidad - Constitución federal - Justicia social - Convención 143 OIT.

Abstract: Migrating is a right forged by needs. The migrant finds himself in a situation of vulnerability in the presence of the “destination” State and

1 Luciane Cardoso Barzotto, Jueza del Trabajo del TRT de la 4ª Región. Profesora Adjunta de la Universidad Federal de Rio Grande del Sur.

Renata Duval Martins, Asistente en Administración en la Universidad Federal de Rio Grande – FURG. Maestranda en Derecho en la Universidad Federal de Rio Grande del Sur.

Carolina Simões Correia, Asistente Judicial del Tribunal de Justicia de Rio Grande del Sur. Miembro del Grupo de Estudios de Derecho y Fraternidad de la UFRGS.

its inhabitants. The fraternal paradigm is foreseen in the Federal Constitution and it guides international norms related to the situation of the migrant as Convention No. 143 of the International Labor Organization. The implementation of these norms makes possible a fraternal community in the duty of social justice.

Keywords: Migrant - Fraternity - Federal Constitution - Social Justice - Convention 143 ILO.

Para citar este texto:

Cardoso Barzotto, L.; Duval Martins, R.; Simões Correia, C. (2018).
“Cambios en la Ley de Inmigración Brasileña”,
Prudentia Iuris, N° 85, pp. 67-86.

1. Introducción

Uno de los elementos más evidentes de la globalización es el creciente movimiento de personas y grupos humanos, entre países y continentes. Si bien todos los países democráticos reconocen un derecho a emigrar, no todos son diligentes cuando se trata de abrir sus fronteras a la inmigración, o de un modo más preciso, al trabajador inmigrante, pues la motivación económica es hoy la principal causa de inmigración.

Brasil cuenta con una base constitucional que le da claridad a la línea general de las políticas públicas y de legislación en relación a los inmigrantes. La Constitución de 1988 propone, de hecho, la construcción de una sociedad fraterna (Preámbulo) y de un orden socioeconómico fundado en la justicia social (arts. 170 y 193). Tanto el concepto de fraternidad, que apunta a la relación de reciprocidad que vincula a los seres humanos entre sí, como el concepto de justicia social, que apunta para aquello que es debido al ser humano como tal, son conceptos que impiden todo tipo de nacionalismo, cierre de fronteras y xenofobia, factores que han llevado a una creciente desglobalización que, en 2016, tuvo dos marcos históricos: el Brexit y la elección de Donald Trump en los EE.UU.

Al contrario de los fenómenos indicados, nuestra decisión política fundamental, fundadora de nuestra identidad jurídico política, va en dirección contraria, en la dirección de la recepción del otro, en una actitud orientada por la fraternidad y la justicia social. Se siguen, en el plano internacional, en grandes líneas, los lineamientos de la Convención N° 143 de la OIT, la cual exige una atención más efectiva a los derechos de los inmigrantes.

2. Fraternalidad, Derecho e inmigración

El principio de fraternidad, más que un principio de derecho, es un principio ético, motor de deberes recíprocos, una predisposición de ánimo que permite que el ser humano sea capaz de mirar a otra persona con simpatía, porque visualiza en cada hombre o mujer un origen y destino común. Se visualiza en el otro “al otro yo”², por medio de evidencias racionales o, incluso, de forma intuitiva o emocional, independientemente de cualquier creencia o cultura.

Esta visión del “otro” o de “yo” da soporte ético a una superación de la visión hegemónica e individualista de los Derechos Humanos³ y conecta a los grupos y personas humanas a la experiencia de las relaciones fraternales. En este punto, los vínculos de fraternidad implementan los derechos y la carga histórica de consolidación de los Derechos Humanos ya no recae solo en los hombros del Estado. Deberes y derechos, de este modo, son asumidos más allá de las prescripciones legales una vez que movimientos sociales e individuos se vuelven promotores y actores de los Derechos Humanos.

La orientación ética que deriva de la fraternidad retira a toda y a cualquier persona humana de la posición exclusiva de tener que luchar por sus derechos, simplemente porque no hay ponderación de los bienes en la vida a ser resguardados; se colocará, en primer lugar, la preservación del ligamen que vincula a la persona con quien se relaciona a costa de sacrificar un derecho por el cual le parece legítima la lucha. En esta base, se siente la búsqueda del bien del otro como un deber, la recepción del migrante como el diálogo que permite manifestar su cultura, un imperativo interno más fuerte que el reclamo constitucional (y aquel contenido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre) al deber de tratar a todos con espíritu fraternal.

Sin embargo, en un lugar o momento de choque cultural, podría ser posible un diálogo con bases en valores comunes a ser debatidos y pesados, teniendo como “eje de la balanza” el principio de fraternidad que no funcionaría tanto como norma de garantía de derechos, sino como la confluencia donde se preservan y recomponen los vínculos sociales. En esta dinámica, ciertamente habrá derechos sacrificados de lado a lado, inmigrantes y nacionales tendrán que soportar fuertes pérdidas pero también obtendrán ganancias recíprocas. Todo esto corresponde a una razonabilidad práctica, el *ethos* fraternal. Esta racionalidad fraternal es una decisión que no está

2 Lubich, Ch. (2009). *Ideal e Luz*. Brasília. Brasiliense, 122.

3 Bragato, F. F. (2016). “Discursos desumanizantes e violação seletiva de Direitos Humanos sob a lógica da colonialidade”. *Revista Quaestio Juris*. Rio de Janeiro, v. 09, n. 04, 1806-1823.

exenta de conflictos, pero es esencial para la construcción de un espacio común.

O sea, en la elaboración de una metodología de justicia, quisimos adoptar un término capaz de orientar las conductas humanas, no solamente la paz, sino incluso retirar el mayor fruto de desenvolvimiento humano; debería hablarse de fraternidad como la base de una razonabilidad práctica y lugar donde los demás valores encuentran plena manifestación. En el encuentro de valores en la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988 es donde se dio ese espacio.

2.1. La Constitución de 1988 y el paradigma fraternal con los migrantes

La Constitución de 1988 instauro un nuevo paradigma que podemos denominar “fraternal”. La referencia está, de hecho, presente en el Preámbulo constitucional, como se transcribe: “Nosotros, representantes del pueblo brasileño, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente para instituir un Estado Democrático, destinado a asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales, la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos *de una sociedad fraterna*, pluralista y sin prejuicios, fundada en la armonía social y comprometida, en el orden interno e internacional, en la solución pacífica de las controversias, promulgamos bajo la protección de Dios, la siguiente Constitución [...]”.

Desde el punto de vista teórico constitucional, se adopta la tesis de la relevancia jurídica específica del Preámbulo de la Constitución federal de 1988. Sin embargo, la categoría jurídica de fraternidad es un principio fundamental del orden constitucional brasileño y está reconocido en la doctrina y la jurisprudencia del Brasil.

A partir del principio de fraternidad reconocido en el Preámbulo de la Constitución federal de 1988, la política de trato a los migrantes debería ser vista desde una óptica fraternal, que le da soporte ético a los demás fundamentos del orden republicano.

Durante mucho tiempo, en el Brasil, el trabajo del extranjero estuvo regido por el Estatuto del Extranjero, la Ley N° 6.815/1980, regulada por el Decreto N° 86.715/1981, la cual imponía diversas restricciones a los inmigrantes en el Brasil. Sin embargo, esta ley fue abrogada, considerando que el Presidente Michel Temer sancionó, con vetos, la Ley de Migración N° 13.445/2017. Esta norma contiene avances en la protección de los Derechos Humanos de los migrantes, dando énfasis en la condición de igualdad con los nacionales y asegurando la inviolabilidad del derecho a la vida, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad y al acceso a servicios públicos de

salud y educación, al igual que el registro de documentación, que permite el ingreso en el mercado de trabajo y derecho a la seguridad social.

Con estas alteraciones legislativas, el Brasil avanza en el paradigma fraternal, compromiso del Preámbulo constitucional para los que ingresan en el país en condición de inmigrantes, pasando ahora a integrar una sociedad que tiene como objetivo constituir una comunidad fraterna.

“Mientras, el Decreto presidencial N° 9.199, del 20 de noviembre de 2017, ha sido visto como un retroceso. En ese decreto, hay conceptos relevantes, como: ‘migrante’, ‘inmigrante’, ‘emigrante’, ‘residente fronterizo’, ‘visitante’, ‘apátrida’, ‘refugiado’, ‘año migratorio’, pero limita la migración en consideración de que: a) Para el visado humanitario, se pasó a exigir actos conjuntos del Ministerio del Trabajo y del Ministerio de las Relaciones Exteriores, lo que, en la práctica, queda más burocrático el proceso. b) El asilo político con derecho a la reunión familiar exige que los familiares estén en el país, pero, a veces, el migrante viene solo. c) Cobro de tasas, aunque sea posible exención por cuestiones de vulnerabilidad”⁴.

2.2. La fuerza normativa del Preámbulo constitucional y la aplicación jurisprudencial del concepto de fraternidad

La tesis de fuerza interpretativa del Preámbulo de la Constitución federal tiene apoyo en la moderna vertiente doctrinaria constitucional.

Al proclamar en su texto cuáles son las directrices políticas, filosóficas e ideológicas de la República Federativa del Brasil, el legislador constituyente, con vistas a la aplicación de normas constitucionales, inscribe un programa de integración e interpretación constitucional.

4 “Art. 131. As seguintes taxas serão cobradas, em conformidade com a tabela que consta do Anexo:

I - pelo processamento e pela avaliação de pedidos de autorização de residência;

II - pela emissão de cédula de identidade de imigrante de que constarão o prazo de autorização de residência e o número do Registro Nacional Migratório; e

III - pela transformação de vistos de visita, diplomático, oficial e de cortesia em autorização de residência.

§ 1º A cobrança das taxas previstas neste artigo observará o disposto nos acordos internacionais de que o País seja parte.

§ 2º A taxa prevista no inciso I do caput não será cobrada do imigrante portador de visto temporário, desde que a sua residência tenha a mesma finalidade do visto já concedido.

§ 3º A renovação dos prazos de autorização de residência não ensejará a cobrança da taxa prevista no inciso I do caput.

§ 4º Os valores das taxas de que trata o caput poderão ser ajustados pelo órgão competente da administração pública federal, de forma a preservar o interesse nacional ou a assegurar a reciprocidade de tratamento”.

Como la idea de sociedad fraterna está expresada en el Preámbulo, es importante explicar el significado de este término en sede constitucional.

Se adopta la tesis de la sustentabilidad hermenéutica del Preámbulo constitucional, apoyada en la doctrina nacional de José Afonso da Silva y Alexandre de Moraes⁵. Desde el punto de vista de la doctrina extranjera, Gomes Canotilho y Jorge Miranda apuntan a las posibilidades interpretativas del Preámbulo constitucional, tesis que se aplica a la realidad brasileña.

En tesis de doctorado, Carlos Augusto Alcantara Machado⁶ explica el compromiso del preámbulo de la Carta Magna de Brasil con relación al principio de fraternidad, colocado históricamente en posición secundaria en relación a los demás principios de libertad e igualdad. Para el autor, la fraternidad es el punto de equilibrio entre los principios tradicionalmente afianzados, la libertad y la igualdad.

En esa línea del abordaje, considerándose el peso interpretativo del Preámbulo de la Constitución federal, el desarrollo del constitucionalismo posibilitará el reconocimiento de la existencia de la categoría jurídica de fraternidad.

Para Canotilho⁷, el valor jurídico del Preámbulo está inserto en su utilidad como elemento de interpretación e integración, además de funcionar como “título de legitimidad” y unidad constitucional. El valor del Preámbulo es destacado en las palabras de Jorge Miranda⁸:

“El Preámbulo deriva del órgano constituyente al igual que las disposiciones y los preceptos, está aprobado en las mismas condiciones y el acto de aprobación posee la misma estructura y el mismo sentido jurídico. No dejaría de ser extraño que, estando depositado en un mismo documento e inserto en una misma unidad fuese sustraído de su influjo y fuese considerado un residuo para la comprensión. Todo lo que resulte del ejercicio del poder constituyente, sea preámbulo, sean preceptos constitucionales y figura en la Constitución en sentido instrumental, todo es Constitución en sentido formal”.

Como jurisprudencia, el tema del valor del Preámbulo ya fue abordado en decisiones del STF teniendo como referencia la frase de abajo, de la relatoría de la Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha:

5 Moraes, A. de. (2003). *Direito constitucional*. 14 ed. São Paulo. Atlas.

6 Machado, C. A. A. (2014). *A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal*. São Paulo. PUC, 2014. 272 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo.

7 Canotilho, J. J. G. (1991). *Curso de Direito Constitucional*. Coimbra. Almedina, 237.

8 Miranda, J. (2010). *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra, 408.

“[...] Vale, así, una palabra, aunque fuese brevísima, en el Preámbulo de la Constitución, en la cual se encuentra una explicación de los valores que dominan la obra constitucional de 1988 [...]. Ni bien el Estado sea convocado para formular las políticas públicas que pueden conducir al bienestar, a la igualdad y a la justicia, la sociedad tendrá que organizarse según dichos valores, con el fin de constituirse como una comunidad fraterna, pluralista y sin preconceptos [...]. Y refiriéndose expresamente al Preámbulo de la Constitución brasileña de 1988, escogía José Afonso de Silva que el Estado democrático de Derecho se destina a asegurar el ejercicio de determinados valores supremos. ‘Asegurar’ tiene, en el contexto, función de garantía dogmática constitucional, no, entretanto, la garantía de los valores abstractamente considerados, más de su ‘ejercicio’. Este signo desempeña, ahí, función pragmática, porque con el objetivo de asegurar, tiene el efecto inmediato de prescribir al Estado una acción a favor de la efectiva realización de los mencionados valores en dirección (función directiva) de destinatarios de las normas constitucionales que dan a esos valores contenido específico [...]. En el vestigio de esos valores supremos explicados en el Preámbulo de la Constitución brasileña de 1988, es donde se afirma, en las normas vigentes, el principio jurídico de solidaridad (el resalte es nuestro) [...]”⁹.

En cuanto al contenido específico de la idea de fraternidad contenida en el Preámbulo, también surge de diversas decisiones de los tribunales brasileños. Una expresión del STF sobre el tema fraternal se encuentra en el MS N° 26.071 del Ministro Relator Carlos Britto, el cual fundamentó su voto afirmando:

“[...] Nunca está de más recordar que el Preámbulo de la Constitución de 1988 erigió la igualdad y la justicia, entre otros, como ‘valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin preconceptos’, adoptando la tesis de la relevancia jurídica indirecta del Preámbulo constitucional y su importancia para la interpretación e integración de la Carta Mayor”¹⁰.

En la decisión del RHC N° 74.121 el Superior Tribunal de Justicia invoca el principio de fraternidad contenido en el Preámbulo de la Cons-

9 Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.649. Requerente: ABRATI – Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Internacional de Passageiros. Requerido: Presidente da República. Relatora: Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. Julgado em: 8-5-2008, DJE de 17-10-2008.

10 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinario en Mandado de Segurança n° 26.071. Recurrente: José Francisco de Araújo. Recurrido: Tribunal Superior del Trabajo. Litisconsorte Pasivo: Unión. Relator: Carlos Britto. Juzgado el: 13-11-2007, DJE 018 Divulgado: 31-1-2008, Publicado: 1-2-2008.

titución federal de 1988, en la relatoría del Ministro Reynaldo Soares de Fonseca:

“[...] 2. El principio de fraternidad es una categoría jurídica y no pertenece únicamente a las religiones o a la moral. Su redescubrimiento se presenta como un factor de fundamental importancia, teniendo a la vista la complejidad de los problemas sociales, jurídicos y estructurales que aún hoy enfrentan las democracias. La fraternidad no excluye el derecho y viceversa, ya que la fraternidad como valor viene siendo proclamada por diversas constituciones modernas, al lado de otros históricamente consagrados como la igualdad y la libertad.

3. El principio constitucional de fraternidad es un macroprincipio de los derechos humanos y pasa a tener una nueva lectura práctica ante el constitucionalismo fraternal prometido en la CF/88 (Preámbulo y art. 3º) [...]”¹¹.

En una exégesis coherente con el texto constitucional, conforme propone la jurisprudencia más arriba citada, “sociedad fraterna” significa tanto para el constituyente como para los jueces que aplicaron el concepto, una “comunidad de libres e iguales”¹².

En el ámbito del Derecho Laboral, propiamente la cuestión del inmigrante, el TSJ encuentra respaldo en el Preámbulo de Constitución para invocar la igualdad entre el trabajador extranjero y el brasileño:

“[...] 3. *Vínculo de empleo* – Extranjero con visa temporal. 4) Aplicación de la ley brasileña. 5) Salario *in natura*. El derecho del trabajo, clásicamente y en su matriz constitucional de 1988, es rama jurídica de inclusión social y económica, concretizadora de derechos sociales e individuales fundamentales del ser humano (art. 7º, CF). Se destina a construir una sociedad libre, justa y solidaria (art. 3º, I, CF) erradicando la pobreza y marginalización y reduciendo las desigualdades sociales y regionales (art. 3º, IV, CF). Instrumento mayor de valorización del trabajo y especialmente del empleo (art. 1º, IV, art. 170 caput e VIII, CF) y vehículo más pronunciado de garantía de seguridad, bienestar,

11 Brasil. Superior Tribunal de Justicia. RHC 74.123/RS, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Juzgado em: 17-11-2016, DJE 25-11-2016.

12 En una interpretación de conformidad con el paradigma fraternal de la Constitución de 1988 conforme orden constitucional, la igualitaria fraternal se apunta para la inconstitucionalidad de normas que discriminan a las personas que ingresan en el territorio patrio para trabajar. Además de ello, se exige una necesaria interpretación de la legislación del extranjero. Conforme defendimos en un trabajo anterior, el art. 345 de la CLT, que trata de la nacionalización del trabajo, al punto que prioriza el trabajo del nacional, con relación al extranjero, garantizando 2/3 de las plazas a los brasileños, estaría derogado. Véase el comentario al CLT por los jueces del trabajo del TRT de la 4ª Región en el capítulo de nacionalización del trabajo organizado por Rodrigo Trindade de Souza, en este sentido.

desenvolvimiento, igualdad y justicia de las personas en la sociedad económica (Preámbulo de la Constitución), el derecho del trabajo no absorbe fórmulas diversas de precarización de la labor. De la misma manera, no prevé formas de discriminación contra el trabajador extranjero, que sea con visa permanente o visa transitoria de permanencia en el Brasil [...]”¹³.

De hecho, como menciona la decisión anterior, valores adoptados en el Preámbulo son bienes comunes de una comunidad política, como la seguridad, el bienestar, el desenvolvimiento, la justicia. La referencia a la “armonía social” entre personas que aceptan sus diferencias (pluralismo y ausencia de preconceptos) también refuerza el carácter comunitario del ideal de sociedad propuesto, concretizando la idea de justicia social.

3. Justicia social e inmigración

La posición del inmigrante es justamente aquella de quien pierde todo porque a él le falta todo. Inicialmente, parecerá que abdica de sus raíces culturales para luego, cuando ya ha alcanzado un cierto grado de estabilidad en tierra extranjera, tome una fuerte posición de construcción de una micro realidad que refleja su patria de origen.

Por otro lado, la llegada de un gran número de migrantes a una determinada región tiende a causar impacto significativo en el contexto cultural que le recibe, inevitablemente habrá reacciones violentamente contrarias al movimiento migratorio y, contemporáneamente, reacciones de solidaridad de quien buscará atender las múltiples necesidades de quien llega carente de todo.

En ese conflictivo contexto, pero también cargado de potencialidades de desarrollo humano y comunitario, emergen movimientos de rechazo y curiosidad recíprocos. Se identifica también un impulso que puede llevar a la adición de conocimiento y cambio de valores culturales.

Para el pasaje de una fase final de exacerbación de ánimos a una etapa de crecimiento y colaboración multicultural, debe recordarse el principio olvidado, el principio de fraternidad, justamente entre aquellos que se orientan a la formación del Estado de Derecho (libertad e igualdad). Se proyecta que, la mera invocación de derechos de igualdad, en estos casos, forzosamente va a desequilibrar la balanza de los derechos en dirección al asistencialismo que no es capaz de fomentar diálogo ni crecimiento. También, la simple manutención y reconocimiento de las libertades individuales no será capaz

13 Brasil. Tribunal Superior del Trabajo. RR – 167800-40.2005.5.01.0482. Relator, Mauricio Godinho Delgado. Juzgado el: 26-3-2014, DEJT 15-4-2014.

de fomentar los debidos respeto y valorización a una cultura diversa que aporta en tierra extranjera.

Si a los ojos del ciudadano que percibe la llegada de flujos migratorios en su territorio parece imposible ceder algo suyo al inmigrante, es extremadamente necesario para salvar aquella parte de la historia y cultura inscrita en su ADN; funcionará el principio de fraternidad como punto de partida y horizonte al que se pretende llegar, en la realización plena de las riquezas que, recíprocamente donadas, se potencializan para dar origen a nuevos horizontes de vida, ciudadanía y cultura para inmigrantes y nativos. Frecuentemente el migrante se ve forzado a renunciar al trabajo al que se dedicó y para el cual se preparó tantas veces y se ve constreñido a aceptar condiciones subhumanas de trabajo, en el límite de la informalidad no alcanzada por cualquier reglamento jurídico, o incluso, en el límite del desempleo.

El laberinto de la fraternidad podrá acusar con mayor acuidad los momentos en que el ordenamiento jurídico no es respetado o es ignorado, no solamente en su aspecto positivo, sino también en el propio espíritu de regulación, tal como la Convención N° 143 de la OIT, cuya aplicación se vincula de forma peculiar al principio de fraternidad.

El trabajo es el lugar donde la dignidad humana se expresa en obras, en la contraprestación por un trabajo bien hecho, que debe ser fruto de un acto libre y consciente de buen desempeño de una actividad para el bien de la colectividad y no una respuesta mecánica a las necesidades materiales de la vida, que representan una única dimensión de trabajo, pero no su motivación fundante. Se trata de rescatar no solamente el respeto por la dignidad de cada persona, incluyendo allí al migrante, sino sobre todo la dignidad intrínseca de cualquier profesión.

Según lo señalado por Luigino Bruni¹⁴, una antropología instrumentalista y recompensatoria de la relación laboral, individualista en su esencia, está haciendo que la visión contemporánea del trabajo se aproxime a la servidumbre antigua, que hace de la labor humana una mercadería que tiene un precio, surgiendo de allí todo tipo de transacciones mediante sanciones, control y recompensas que menosprecian a la persona que nada hace para un “trabajo bien hecho”, haciendo vano su propio sentido de obra.

Paralelamente, si no atendemos la urgencia de mudanza de paradigma en las relaciones sociales, continuaremos barriendo los arts. 5° y 7° de la Constitución federal, sin encontrar respuesta para la inserción digna de los migrantes en el mercado de trabajo, pues no damos cuenta de la respuesta correcta y concreta ni con los nativos cuando no hay vínculo y compromiso consciente y recíproco entre patrones y empleados.

14 Bruni, L. (2012). “Commenti - Il lavoro e le lenti sbragiate” [on line].

En otros términos, la fraternidad en el mundo del trabajo desde el punto de vista del inmigrante y del trabajador nacional da la base de la justicia social del trabajador para con la sociedad, y de la sociedad con el trabajador.

3.1. Justicia social y Constitución

Conforme a la Constitución federal de 1988 son objetivos fundamentales de la República Federativa del Brasil, en los términos del art. 3° de la Constitución federal: construir una sociedad libre, justa y solidaria.

En una interpretación ampliada del texto constitucional del art. 3° en exégesis unitaria con el Preámbulo, la nación que prometemos construir es libre, igual y fraterna.

Aquí la fraternidad, con raíces en la libertad e igualdad, se expresa como “responsabilidad recíproca”, “reciprocidad”. De hecho, la reciprocidad apunta a una actitud de apertura de los miembros de la sociedad, con aquellos que, en teoría, serían extraños a la comunidad brasileña pero al ingresar al Brasil adoptan una nueva patria, una nueva pertenencia ciudadana:

“La fraternidad es considerada como un principio que está en el origen de un comportamiento, de una relación que debe ser instaurada con los otros seres humanos, actuando ‘unos en relación a otros’, lo que implica también una dimensión de reciprocidad. En ese sentido, la fraternidad más que como un principio al lado de la libertad y de la igualdad, aparece como aquel que es capaz de hacer efectivos esos principios [...]”¹⁵.

La libertad, a su vez, es condición de responsabilidad. Solo responde por sí y por otro quien es libre. La igualdad también está contenida aquí: la fraternidad exige que todos sean igualmente responsables por sí (libertad) y por otro (comunidad). Además, “[...] la fraternidad es el principio regulador de otros dos principios: si se vive fraternalmente, la libertad no se convierte en arbitrio del más fuerte y la igualdad no se degrada al convertirse en igualitarismo opresor”¹⁶.

Para construir esa comunidad nacional, incluyendo al inmigrante, es importante recordar el concepto de justicia social, que está expresado en dos momentos tópicos: en el orden económico y en el orden social, precisamente

15 Barzotto, L. F. (2003). “Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito”. *Revista Jurídica Virtual* [Revista Jurídica da Presidência]. Brasília, v. 5, n. 48, mai. 2003 [online].

16 Baggio, A. M. (2008). *O princípio esquecido*. Vol. 1, São Paulo. Cidade Nova, 54.

en los arts. 170 y 193 de la Constitución federal de 1988, alineándose con las promesas y compromisos del Preámbulo.

“Art. 170. El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la Justicia Social”.

“Art. 193. El orden social tiene como base primera el trabajo, y como objetivo, el bienestar y la justicia social”.

Justicia social como concepto que abarca la humanidad, y, por ende, no diferencia nacionales y extranjeros, concepto utilizado por primera vez por Luigi Taparelli d’Azeglio:

“[...] Luigi Taparelli d’ Azeglio, dentro de la tradición tomista, es el primero en utilizar la expresión ‘justicia social’ en su obra, *Saggio teoretico di diritto naturale*. Él inicia su exposición sobre el concepto de justicia social con la siguiente definición: ‘La justicia social es para nosotros la justicia entre hombre y hombre’. El hombre, aquí es el ‘hombre considerado como dotado solamente del requisito de humanidad, considerado como puro animal racional’. Obviamente, entre los hombres considerados bajo ese aspecto existen ‘relaciones de perfecta igualdad, porque, de hombre a hombre, aquí no significa sino la humanidad reproducida dos veces’. La justicia social, sin embargo, en una sociedad de iguales, en la cual las posiciones ocupadas por cada uno son consideradas secundarias en materia de justicia, tiene por objeto aquello que es debido al ser humano simplemente por su condición humana”¹⁷.

La comunidad, constituida con base en la condición humana, exige este relacionamiento persona para persona, en el sentido de que persona es solamente aquella con quien está establecida cualquier suerte de relación de reconocimiento y reciprocidad, a quien es posible llamar por su nombre y no por su número. Esta comunidad no puede cerrarse en sí para construir la paz, sino que exige un empeño en la inclusión del otro, un empeño fraternal en el sentido de que armoniza los ideales de igualdad y fraternidad.

O sea, la Constitución de 1998, al invocar la idea de justicia social, no permite que el orden económico sea excluido o discriminado al otro, el trabajador forastero o extranjero, el inmigrante.

Puede ilustrarse que el inmigrante contribuyó al orden económico y al orden social. Si, desde el punto de vista jurídico, hubiese duda sobre la

17 Organização Internacional do Trabalho. OIT. Promover uma migração equitativa. Conferencia Internacional del Trabajo, 105. Reunión 2016.

existencia de un fundamento constitucional que ampara los derechos del trabajador inmigrante en Brasil, desde el punto de vista económico y social, las investigaciones revelan el aspecto positivo de la inmigración: los extranjeros mejoran el salario, la productividad y el emprendedurismo en el país en el que se establecen. No necesariamente se establecen en sectores que concurren o desemplean los trabajadores nacionales, como es el caso del sector doméstico o servicios. Los inmigrantes impulsan el aumento de salario en los países donde emigran, vuelven a sus colegas migrantes más productivos, fundan empresas en los países a los que llegan, causan innovaciones sorprendentes y contribuyen para la diversidad social y cultural, con impacto profundo sobre la extensión o desenvolvimiento de la economía¹⁸.

Esta inserción del inmigrante en la economía del país, entre tanto, muchas veces se da de modo poco fraterno o justo. Teniendo a la vista la situación de vulnerabilidad –por falta de acceso a educación formal, desconocimiento del idioma hablado en el nuevo país o de sus derechos en el mismo, etc.–, este trabajador es más susceptible de ser empleado en condiciones en las cuales sus derechos laborales están siendo incumplidos y no es raro, en casos más graves, que las violaciones puedan caracterizarse en una práctica de trabajo forzado.

En Brasil, durante el año 2012, el Ministerio Público investigó condominios en Foz de Iguazú/Paraná, en los cuales habría sido utilizado el trabajo forzado. Fueron notificados cincuenta condóminos en los cuales mujeres paraguayas habían sido sometidas a servidumbre doméstica, impedidas de salir de las residencias en las cuales trabajaban y recibían un salario inferior al de las empleadas domésticas brasileñas. Además de eso, en 2015, la empresa Home Staff anunció la “importación” de niñeras y de empleadas domésticas de Filipinas para atender la élite brasileña, pues según las patronas, esas trabajadoras realizan innumerables actividades a un costo más bajo que una empleada doméstica nacional, no son prejuiciosas, aceptan acumular las actividades de niñera y empleada doméstica y hasta lavan los vehículos¹⁹.

Se verifican, en el primer caso, características típicas del trabajo forzado, ya en el segundo, aunque no haya trabajo forzado, podría darse cier-

18 Además de las fronteras, las ventajas económicas de inmigración: <http://m.noticias.uol.com.br/midiaglobal/freakonomics/2015/12/30/alem-das-fronteiras.htm>. Ver la investigación de Michael Clemens, Stephen Dubner, del Centro para o Desenvolvimento Global e Alex Tabarrok, profesor de economía en la Universidad George Mason de Virginia, para quien la inmigración es “el mejor programa antipobreza del mundo”.

19 Bom dia Brasil. PR: Ministério Público investiga trabalho escravo de domésticas [on line], 2016. Folha de São Paulo. Empresa “importa” babás e domésticas das Filipinas para o Brasil [on line], 2016.

tamente una relación laboral exploratoria. Esta exploración es suficiente para extirpar la fraternidad de las relaciones, pues “la fraternidad [...] es atención incondicional al otro y presupone que mi libertad no pueda realizarse sin libertad del otro, y que en ese sentido yo soy responsable por el otro”²⁰.

Sí hay, en el Brasil, una obligación constitucional de protección al inmigrante, sea por la exégesis del Preámbulo, sea por los dictámenes de orden económico y social, que apuntan a la idea de justicia social, en el plano internacional y también está obligado a seguir este paradigma en la línea de la Convención N° 143 de la OIT.

4. La Convención N° 143 de la OIT y el paradigma de la fraternidad

La fraternidad es el medio por el cual la convivencia entre los diferentes se ve posibilitada; luego, su aplicación en las relaciones entre nacionales y extranjeros se muestra imprescindible en el combate contra la xenofobia y prácticas exploratorias.

“Lo primero, es más obvio, el propósito de legislación laboral internacional ha sido, desde el inicio, la regulación de cuestiones de carácter internacional. Esto se refiere principalmente a los trabajadores migrantes, que levantan un número complejo de problemas relacionados con las condiciones de trabajo y de vida del trabajador migrante en los países de inmigración [...]”²¹.

Se analiza desde el punto de la Convención N° 143 de la OIT. La norma está dividida en dos partes, una sobre migración en condiciones abusivas y otra sobre igualdad de oportunidades y tratamiento. Conforme consta en el art. 16 de la norma, los Estados tienen flexibilidad al ratificar la convención, pudiendo excluir una de las partes relacionadas.

“Atendiendo a la Constitución de la OIT durante la elaboración de las normas internacionales del trabajo, están presentes la consideración de la diversidad de los niveles de desenvolvimiento, condiciones y prácticas de los Estados miembros de la OIT. En consecuencia, se tiene concebida la adopción de convenciones que autorizan la aceptación de partes alternativas que definan distintos grados de obligaciones, con lenguaje general y amplio. Se ilustra esta característica cuando, al ser ratificadas ciertas convenciones, se excluyen ciertos tipos de trabajadores o ciertos sectores, de la incidencia

20 Baggio, A. M. *O princípio esquecido*. Ob. cit., 137.

21 Potobsky, G. W. von; Valticos, N. (1995). *International Labour Law*. Kluwer Law and Taxation, 28.

de la norma. La flexibilidad puede ser extendida para las cláusulas de incidencia de la norma, para los objetivos de la norma, para el contenido de la obligación y en cuanto a los métodos de aplicación [...]”²².

Para la elaboración de la Convención N° 143 de la OIT se comprendió que los trabajadores migrantes tanto regulares como refugiados sufren debido a la consecuencia de los movimientos y eventos migratorios mixtos y masivos. Sin embargo, los trabajadores migrantes necesitan de protección específica para asegurar el respeto a sus derechos. Con esto se observa la necesidad de implementación de los instrumentos normativos de defensa de esos derechos: surge la necesidad de cooperación internacional de los países de origen, de tránsito y de destino. Los gobiernos e interlocutores sociales deben aumentar esfuerzos para garantizar el crecimiento económico sustentable e inclusivo al igual que los empleos productivos y decentes (este es en condiciones de libertad, igualdad, justamente remunerados).

La Convención N° 143 de la OIT exige que la garantía de acceso a la justicia para los migrantes y las movilidades estén aseguradas, ordenadas y, de ser posible, planificadas. El migrante debe tener informaciones suficientes sobre el mercado de trabajo en el que va a ingresar y las políticas públicas pueden asegurar ese conocimiento. Esta norma de la OIT aún no fue ratificada por Brasil; entre tanto, se encuentra en fase de aprobación por el Congreso Nacional, aguardando la Constitución de la comisión temporaria por la mesa, a través del Mensaje de Acuerdos, Convenios, Tratados y Actos Internacionales N° 696/2010, del 13 de diciembre de 2010.

En el Preámbulo de la Convención consta que “en virtud de la existencia de tráficos ilícitos o clandestinos de mano de obra, sería conveniente tomar nuevas medidas dirigidas, en especial, contra tales abusos:

Artículo 1°

Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes.

Artículo 3°

Todo Miembro deberá adoptar todas las medidas necesarias y convenientes, tanto en el ámbito de su propia jurisdicción como en colaboración con otros Miembros:

²² Barzotto Cardoso, L. (2007). *Direitos Humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do Direito Internacional do Trabalho*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 96.

- (a) para suprimir las migraciones clandestinas con fines de empleo y el empleo ilegal de migrantes;
- (b) contra los organizadores de movimientos ilegales o clandestinos de migrantes con fines de empleo, que procedan de su territorio, se dirijan a él o transiten por el mismo, y contra los que empleen a trabajadores que hayan inmigrado en condiciones ilegales, a fin de evitar y suprimir los abusos a que se refiere el art. 2° del presente Convenio”.

En su art. 5° se encuentra el objetivo de la norma y en el art. 6°, las sanciones previstas en caso de incumplimiento.

“Artículo 5°

Las medidas previstas en los artículos 3° y 4° deben tener especialmente por objeto que los traficantes de mano de obra puedan ser objeto de una acción en justicia, sea cual fuere el país que sirve de base a sus operaciones”.

“Artículo 6°

1. Deberán adoptarse disposiciones en la legislación nacional para llegar a investigar eficazmente el empleo ilegal de trabajadores migrantes así como para la definición y aplicación de sanciones administrativas, civiles y penales, incluyendo la prisión, para el empleo ilegal de trabajadores migrantes, para la organización de migraciones con fines de empleo que se definen como abusivas en el artículo 2° del presente Convenio y para la asistencia deliberadamente prestada, con fines lucrativos o no, a tales migraciones.
2. Cuando un empleador sea objeto de una acción en justicia en aplicación de las disposiciones que se tomen en virtud del presente artículo, deberá tener el derecho de establecer la prueba de su buena fe”.

Se resalta que la norma fue adoptada el 18 de diciembre de 1990 por la Organización Internacional del Trabajo y desde entonces puede ser utilizada como orientación por los magistrados en el juzgamiento en el ámbito nacional desde el momento de su ratificación por un Estado. Entre tanto, también puede ser usada por los Estados que aún no lo ratificaron, al menos como referencia interpretativa de las legislaciones internas del país.

Además, se resalta que el derecho de los migrantes está previsto entre las normas de fondo de la Organización Internacional del Trabajo, así como está englobado dentro de la prohibición de discriminación, norma de derecho fundamental (Convención N° 111 de la OIT, en la cual consta la prohibición por ascendencia nacional); luego, para algunos, estos hechos permiten la aplicación de la Convención N° 143, inclusive en los Estados que aún no lo internalizaron.

“El carácter vinculante del contenido normativo de la Constitución de la OIT descrito está especificado cuando un Estado decide ser miembro de la OIT y acepta la obligatoriedad del instrumento internacional –tanto del Preámbulo como de los principios generales–, por lo que se encuentra obligado a respetarlos”²³.

Por tanto, se verifica la existencia de un fundamento fraterno en la creación de la Convención N° 143 de la OIT, una norma laboral en cuya base están los Derechos Humanos. Su creación deriva de la necesidad de proteger al migrante, vulnerable exactamente por su condición de extranjero en un nuevo país. Así, la norma obliga y sanciona a aquellos que, violando su deber de cuidado sobre el otro, optan por explorarlo teniendo en vista su situación de desamparo.

5. Consideraciones finales

Las recientes ondas migratorias en Brasil de haitianos, sirios y, especialmente, los recientes treinta mil refugiados venezolanos, por la crisis de abastecimiento, falta de comida y otros artículos básicos en su país de origen, exigen una reflexión. Falta estructura de las fronteras brasileñas con impactos sobre la seguridad pública, en especial sobre el tránsito libre por las regiones de fronteras en el país, impactos sociales en los servicios públicos de salud y educación.

La principal causa de las migraciones en el mundo sigue siendo la búsqueda de empleo, según los datos recientes de la OIT. Esto no es diferente en Brasil.

En Brasil, hay un compromiso constitucional que nos obliga al trato digno del inmigrante: en el Preámbulo de la Constitución, en el orden económico y social. En este sentido, la nueva Ley de Migraciones de Brasil, la Ley N° 13.445/2017, mejora la situación del extranjero, garantizándole más derechos en sentido cuantitativo y cualitativo.

Se verifica una aproximación entre la nueva ley brasileña de migraciones y las normativas internacionales de Derechos Humanos. Por ejemplo, apenas en relación al ámbito laboral, la OIT editó la Convención N° 143, por la cual prevé la protección laboral de los inmigrantes mediante garantías de Derechos Humanos en el acceso de ocupación productiva justa y la restricción de la exploración abusiva en la prestación de servicios. La Convención N° 143 de la OIT sugiere a los Estados una actualización de la materia de la

²³ Montejo Canessa, M. F. (2008). *La protección internacional de los Derechos Humanos laborales*. València. Tirant lo Blanch, 177-178.

reglamentación del trabajo al migrante, en la línea que tiende a equipararlo al nacional y que el Brasil concretiza con la sanción de la ley de migraciones sancionada por el Presidente Michel Temer, que abroga el Estatuto del Extranjero.

Desde el punto de vista internacional, nuestra Constitución federal en la óptica fraternal es totalmente compatible con la Convención N° 143 de la OIT, en la cual, en síntesis, pretende la igualdad de oportunidades y tratamiento de los trabajadores migrantes con relación a los nacionales.

Desde el punto de vista nacional, la ley sancionada para sustituir el Estatuto del Extranjero, en síntesis, favorece las interacciones laborales, económicas y sociales en el sentido de valorar los derechos, realzando la contribución del migrante en la construcción de la comunidad nacional. En materia de ingreso de migrantes al país, se procura el repudio de la xenofobia, acogimiento humanitario, reunión familiar, acceso a la justicia y medidas destinadas a promover la integración social.

La ampliación y simplificación en materia de nuevas garantías sociales, lingüísticas, laborales, culturales y asistenciales implementan el mandato constitucional de una comunidad fraternal inclusiva de los inmigrantes trabajadores como deber de justicia.

Bibliografía

- Baggio, Antonio Maria (2008). *O princípio esquecido*. Vol 1. São Paulo. Cidade Nova.
- Barzotto Cardoso, Luciane (2007). *Direitos Humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do Direito Internacional do Trabalho*. Porto Alegre. Livraria do Advogado.
- Barzotto, Luis Fernando (2003). “Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito”. *Revista Jurídica Virtual* [Revista Jurídica da Presidência], Brasília, v. 5, n. 48, mai. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/747/738>. Acesso em: 10 abr. 2017.
- Bom Dia Brasil. PR: Ministério Público investiga trabalho escravo de domésticas. Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2012/02/pr-ministerio-publico-investiga-trabalho-escravo-de-domesticas.html>. Acesso em: 8 out. 2016.
- Bragato Frizzo, Fernanda (2016). “Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade”. *Revista Quaestio Juris*. Rio de Janeiro, v. 09, n. 04, 1806-1823.
- Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 abr. 2017.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.649. Requerente: ABRATI - Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Internacional de Passageiros. Requerido: Presidente da República. Relatora: Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. Julgado em: 8-5-2008, DJE de 17-10-2008. Disponível em:

- <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>. Acceso em: 11 abr. 2017.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 26.071. Recorrente: José Francisco de Araújo. Recorrido: Tribunal Superior do Trabalho. Litisconsorte Passivo: União. Relator: Carlos Britto. Julgado em: 13/11/2007, DJE 018 Divulgado: 31-1-2008, Publicado: 1-2-2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506599>. Acceso em: 11 abr. 2017.
- Brasil. Superior Tribunal de Justiça. RHC 74.123/RS, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em: 17-11-2016, DJE 25-11-2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1555503&num_registro=201602021631&data=20161125&formato=PDF. Acceso em: 11 abr. 2017.
- Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 167800-40.2005.5.01.0482. Relator, Maurício Godinho Delgado. Julgado em: 26-3-2014, DEJT 15-4-2014. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.trabalho;turma.3:acordao;rr:2014-03-26;167800-2005-482-1-0>. Acceso em: 11 abr. 2017.
- Bruni, Luigino. “Commenti - Il lavoro e le lenti sbagliate”. *Avvenire* il, 1-4-2012. Disponível em: <http://www.edc-online.org/it/pubblicazioni/articoli-di/luigino-bruni/editoriali-avvenire/3295-la-cultura-dei-muri-dritti.html>. Acceso em: 10 abr. 2017.
- Canotilho Gomes, J. J. (1991). *Curso de Direito Constitucional*. Coimbra. Almedina.
- Finnis, John Mitchell. “A teoria do direito natural de John Mitchell Finnis”. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/17122/17122_3.PDF. Acceso em: 6 mar. 2017.
- Folha de São Paulo. “Empresa ‘importa’ babás e domésticas das Filipinas para o Brasil”. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/05/1627108-empresa-importa-babas-e-domesticas-das-filipinas-para-o-brasil.shtml>. Acceso em: 8 out. 2016.
- Lubich, Chiara (2009). *Ideal e Luz*. Brasília. Brasiliense.
- Machado, Carlos Augusto Alcântara (2014). *A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal*. São Paulo. PUC, 272 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.
- Miranda, Jorge (2010). *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra editora.
- Montejo Canessa, Miguel Francisco (2008). *La protección internacional de los Derechos Humanos laborales*. Valência. Tirant lo Blanch.
- Moraes, Alexandre de (2003). *Direito constitucional*. 14 ed. São Paulo. Atlas.
- Oficina Internacional del Trabajo. OIT. Migración equitativa: un programa para la OIT. Memoria del Director General, Informe I (B), CIT, 103. Reunión, 2014, parr. 5, 32-36.
- Organização Internacional do Trabalho. OIT. Convenção nº 143. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3o-sobre-imigra%C3%A7%C3%B5es-efectuadas-em-condi%C3%A7%C3%B5es-abusivas-e-sobre-promo%C3%A7%C3%A3o-da-igualdade-de>. Acceso em: 4 out. 2016.

- Organização Internacional do Trabalho. OIT. Promover uma migração equitativa. Conferencia Internacional del Trabajo, 105. Reunión, 2016.
- Potobsky, Geraldo W. von; Valticos, Nicolas (1995). *International Labour Law*. Kluwer Law and Taxation.
- Rivas, Pablo Ramires (2011). “Amistad, pólis y reconocimiento: la decisión de la fraternidade”. In *Fraternidad y conflicto*. Buenos Aires. Editorial Ciudad Nueva.
- Souza, Rodrigo Trindade de (Coord.) et al. (2015). *CLT comentada pelos Juizes do Trabalho da 4ª Região*. São Paulo. LTr, 470.
- UOL. Além das fronteiras. Disponível em: <http://m.noticias.uol.com.br/midiaglobal/freakonomics/2015/12/30/alem-das->

**FILOSOFIA, SCIENZA E VERITÀ:
LA VERITÀ COME ESIGENZA E COME ESSENZA DEL DIRITTO¹**
*Philosophy, Science and Truth: The Truth as a Need
and as the Essence of Law*

Rudi Di Marco²

Recibido: 21 de marzo de 2018

Aprobado: 3 de abril de 2018

Sommario: La scienza intesa in senso galileiano ha una vocazione eminentemente operativa: essa, infatti, non ha come obiettivo l'indagine sul "che cosa" degli enti, sul loro essere-in-sé, ma s'interessa solamente del come, attraverso di essi, sia possibile raggiungere un determinato risultato pratico. La verità delle cose, allora, per la scienza galileiana, si riduce alla contingenza degli eventi e dei rapporti di causa-effetto; l'esperienza, per tanto, non rappresenta l'oggetto di un'indagine speculativa, come la natura delle cose non rappresenta la regola e il criterio oggettivamente proprio del modo di rapportarsi a esse. L'essere e l'essere-in-sé del dato, quindi,

1 Il saggio propone, corredato di un minimo apparato critico, il testo della Relazione tenuta dall'Autore di esso –su invito del Comitato organizzatore composto dai Proff. Mauro Ronco, Felix Adolfo Lamas e Franco Todescan– a Padova, il giorno 7 Marzo 2017, nell'ambito delle *II Jornadas italo-argentinas de tónica jurídica*, organizzate dal Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario dell'Università degli Studi di Padova in collaborazione con la *Facultad de Derecho* della *Pontificia Universidad Católica Argentina*. Il lavoro –svolto nell'ambito del gruppo di ricerca italo-argentino (che coinvolge l'Università di Padova, l'Università di Udine, la Pontificia Università Cattolica Argentina e l'Università San Tommaso del Cile)– si pone in regime di continuità con la conferenza tenuta a Buenos Aires, su invito del *Comité de Evaluación*, presso la *Pontificia Universidad Católica Argentina*, nel settembre del 2017, in occasione delle *XX Jornadas abiertas de profundización y discusión sobre el tema Verdad, causalidad y dialéctica del Derecho*, già pubblicato in una Rivista cilena [cfr. R. Di Marco, R. (2018). "Il dogmatismo dell'autodeterminazione "giuridica" contemporanea. Il diritto di autodeterminazione quale problema giusfilosofico". In *Derecho Público Iberoamericano*. Santiago de Chile. Ediciones de la Universidad del Desarrollo].

2 Università degli Studi di Padova.

per l'approccio scientifico-galileiano, altro non sono che il contesto sul quale operare in qualunque modo e attraverso il quale perseguire qualsiasi finalità. Un siffatto approccio applicato al diritto, allora, porta a negare ogni valore e ogni dignità epistemologica all'essere in sé dello *ius* e al suo fondamento nel principio della giustizia: lo studio del diritto, infatti, inteso come scienza galileiana, si riduce all'analisi delle prescrizioni positive e all'elaborazione delle tecniche legislative più idonee a raggiungere qualunque scopo venga ritenuto, dal detentore storico del potere, meritevole di essere perseguito.

Parole chiave: Scienza - Filosofia - Verità - Giurisprudenza - Diritto.

Abstract: Science, in the Galilean sense, is an operative knowledge: in fact, its investigation's objective is not the "what" of the entities are, but is only the "how" it is possible to reach a certain practical result. The truth of things, then, for Galilean science, is reduced to the contingency of events and of cause-effect relationships; the experience, therefore, does not represent the object of a speculative investigation, and the nature of things does not represent the rule and the criterion of relating to them. This approach applied to law, then, denies any value and epistemological dignity to the *ius* and to the law foundation in the principle of justice: the study of law, in fact, in the Galilean science, is reduced to analysis of the positive prescriptions and the development of the legislative techniques.

Keywords: Science - Philosophy - Truth - Jurisprudence - Law.

Para citar este texto:

Di Marco, R. (2018). "Filosofia, scienza e verità: La verità come esigenza e come essenza del diritto", *Prudentia Iuris*, N° 85, pp. 87-107.

1. Premessa

Tre sono le domande alle quali questa breve relazione intende proporre uno *σχῆμα* di risposta, o quantomeno d'inquadramento del problema.

Prima domanda: può farsi esperienza di un "diritto senza verità"? Può, cioè, il diritto prescindere dall'esigenza razionale della verità, la quale è un'esigenza *πάν-umana* e solo-umana?

Seconda domanda: può l'Ordinamento giuridico positivo imporre una "verità per norma"? Può, cioè, il Sistema dello *ius positum* fare, della propria norma (*lato sensu* intesa), la fonte prima e assoluta della "propria verità"? E dunque, può, esso Sistema, essere compiutamente autoreferenziale e auto-

fondativo, chiuso nei confronti di ogni istanza e di ogni dato che non provengano da sé medesimo e dalle proprie procedure?

Terza e ultima domanda: può, in fine, la verità del diritto ridursi alla idoneità funzionale delle *normae positae*, in relazione agli obiettivi che il Legislatore-sovrano, attraverso di esse, intende storicamente perseguire?

È chiaro che i temi *de quibus* meriterebbero, ciascheduno di loro, un'ampia trattazione monografica e che, in questa sede, essi possono solo essere "sfiorati"; forse, però, alcune parole possono essere comunque dette al fine di portare un modesto contributo al dibattito e al fine di fare emergere la contingenza e l'attualità del problema, attraverso una "ragionata critica" sopra l'esperienza dello *ius quo utimur*.

Il primo problema che s'incontra, tuttavia, è sempre quello del linguaggio: spesso, infatti, per varie ragioni, anche legate alle pesanti influenze (culturali, sociali *et coetera*) della c.d. cultura dominante, della *Weltanschauung* egemone, l'uso delle parole è ideologico e non etimologico. Ciò impedisce *l'ars* dialettica e conseguentemente impedisce la vera comunicazione. Impedisce, cioè, di comprendersi, di capirsi, anche nel dissenso, pur ascoltandosi. Quando, infatti, si usano le stesse parole, ma ci si riferisce a definizioni diverse, spesso opposti, diventa impossibile non solo parlare e discutere, ma anche confrontarsi proficuamente e confutarsi con argomenti (o $\psi\epsilon\upsilon\delta\epsilon\iota\varsigma$ -argomenti).

Il problema non è nuovo: già Benedetto Croce, infatti, nel 1947, in sede di Assemblea costituente, riferendosi al Progetto costituzionale, parlò — e non a caso — di "una mirabile concordia di parole e discordia di fatti"³.

Oggi, però, la questione è ancora più radicata e difficile da gestire anche perché essa si è notevolmente acuita a causa —diremo— dell'immediatezza dello scambio informativo reso possibile e fortemente agevolato —spesso sociologicamente imposto— dai cc.dd. mezzi informatico-telematici; mezzi ottimi sotto il profilo operativo —sia chiaro— ma assai difficili da dominare. Se è vero, infatti —come insegna Aristotele— che la parola "è fatta per esprimere [...] il giusto e l'ingiusto"⁴ e cioè che la parola è, *ex funditus*, giudizio, in quanto essa serve per cogliere ed esprimere il che cosa delle cose, ovverosia le cose per quello che esse sono *in se*, è altrettanto vero che l'uso di essa impone cautele e riflessioni di carattere metafisico, le quali, agli occhi della *post-modernità* tecnocratica, potrebbero sembrare e spesso sembrano mere perdite di tempo.

3 11 Marzo 1947, Assemblea Costituente, Seduta postmeridiana, LVIII, Presidente: Terracini, 2006.

4 Aristotele (2005). *Politica*. Roma – Bari. Laterza, 6.

Facciamo due esempi, *in medias res*, per dare conto della concreta e attuale difficoltà legata all'uso ideologico del linguaggio e al dogmatismo che esso sottende ed esprime.

Si pensi, allora, alle “frasi roboanti”⁵, come direbbe Jemolo, a favore –poniamo– della libertà e della giustizia. È chiaro che tutti siano dalla parte della libertà e della giustizia. Qualora, però, s'indagasse a fondo su quale sia la libertà e su quale sia la giustizia, i problemi inizierebbero ad emergere copiosi: altra infatti –e anche qui esemplifichiamo– è la libertà intesa come autodeterminazione del volere assoluto, la libertà negativa che Danilo Castellano ha efficacemente definito come la libertà esercitata con il solo criterio della libertà, dunque con nessun criterio⁶, quella che sottostà –per carirci– ai cc.dd. nuovi diritti (eutanasia, divorzio, aborto, unioni [in-] civili *et coetera*) introdotti per norma negli Ordinamenti positivi degli Stati europei⁷

5 Jemolo, C. A. (1982). *Tra diritto e storia: 1960 – 1980*. Milano. Giuffrè, 248.

6 In un recente articolo-intervista, infatti, Danilo Castellano, alla domanda “¿Puede definir la 'libertad negativa' que Ud. considera irracional?”, risponde osservando che “la 'libertad negativa' es aquélla que pretende poder ser ejercida con el solo criterio de la libertad, esto es, con ningún criterio” [Montejano, B. (2014). “Reportaje a Danilo Castellano”. In *Centurión*, octubre – noviembre 2014. Buenos Aires. Marcelo H. Loberto, 18].

7 Si pensi –a titolo di mero esempio– alle *novellae* che hanno introdotto nell'Ordinamento giuridico positivo della Repubblica italiana la disciplina del divorzio (*sub* L. 898/1970 [c.d. Legge Fortuna – Baslini] e ss.mm.ii., fino al c.d. divorzio breve di cui alla recente L. 55/2015), quella dell'aborto (*sub* L. 194/1978), quella relativa al c.d. transessualismo (*sub* art. 31 D.Lgs 150/2011, il quale afferma –in linea con la *ratio* della L. 164/1982– che “quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali, da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il Tribunale lo autorizza”), quella concernente le cc.dd. unioni civili (*sub* L. 76/2016 [c.d. Legge Cirinnà]), quella sulle cc.dd. disposizioni anticipate di trattamento (*sub* L. 219/2017), quella che consente il c.d. parto in regime di anonimato (*sub* art. 30 del D.P.R. 396/2000) *et coetera*. Se si faccia riferimento, poi, anche alla Giurisprudenza della Corte di Strasburgo, tosto si avrebbe contezza della diffusione trasversale, tra gli Ordinamenti europei, di normative variamente rientranti nella *Weltanschauung* propria di quelle appena ricordate per il Sistema italiano [si fa rinvio –*si vis*– a Di Marco, R. (2017). *Autodeterminazione e diritto*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, *passim*, in particolare, cap. IV, § 3]. Basti pensare –ci limitiamo a tre esempi– alla Giurisprudenza in materia di c.d. diritto all'eutanasia (cfr. *ex multis* 20 Gennaio 2011, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Haas *versus* Svizzera, Ricorso N° 31322/2007, nonché 29 Aprile 2002, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Pretty *versus* Regno Unito, Ricorso N° 2346/02), in merito alla quale (precisamente in merito al citato *affaire* Pretty) Raffaele Bifulco afferma che “per la prima volta, anche se non in maniera decisa, [...] si è affermato che il (nda) diritto all'autodeterminazione [...] rappresenta il fondamento (nda) di un [non meglio precisabile (nda)] diritto al suicidio assistito” [Bifulco, R. (2003). “Esiste un diritto al suicidio assistito nella CEDU?”. In *Quaderni costituzionali*. Bologna. Il Mulino, I, 166]; alla giurisprudenza sul c.d. diritto all'aborto procurato (cfr. *ex multis* 20 Marzo 2007, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Tysiàc *versus* Polonia, Ricorso N° 5410/2003) e da ultimo alle pronunzie in tema di “diritti” al cambiamento di sesso (cfr. *ex multis* 11 Luglio 2002, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Goodwin *versus* Regno Unito, Ricorso N° 28957/1995, nonché 11 Settembre 2007, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, L. *versus* Regno Unito, Ricorso N° 27527/2003).

ed *extra-europei*⁸ e altra, tutt'altra, è la libertà umana e razionale che consegue all'esercizio del libero arbitrio e che è fonte di responsabilità morale e giuridica per chiunque la eserciti⁹. Lo stesso dicasi per la giustizia: altra, infatti, è la giustizia classicamente intesa come "*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*"¹⁰ –secondo la nota definizione ulpiana– e altra è la c.d. giustizia della legalità positiva, cioè la "giustizia" coincidente *in toto* con il rispetto α -critico e incondizionato delle *normae positae*, qualsiasi contenuto esse abbiano; questa sarebbe, infatti, non "la" giustizia in sé, quanto piuttosto "una" $\psi\epsilon\upsilon\delta\eta\varsigma$ -giustizia, sempre aggettivata dal proprio riferimento contestuale, sempre relativ(-istic-)a e sempre dommatica; onde ci sarebbe

8 Per esempio, Bernardino Montejano –riferendosi alle recenti riforme del Diritto civile argentino– ebbe modo di rilevare che "junto al matrimonio devaluado aparece el viejo concubinato jurídicamente reconocido y prestigiado, con una nueva denominación: unión convivencial" [Montejano, B. (2012). *Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial. Un análisis crítico*. Buenos Aires. Ediciones Del Alcázar, 24]. Si vedano, a titolo di ulteriore esempio, le pronunzie 22 Gennaio 1973, Corte Suprema Americana, *Roe versus Wade*, 410 U.S. 113 [1973] et 29 Giugno 1992, Corte Suprema Americana, *Planned Parenthood of Southeastern Pa. versus Casey*, 505 U.S. 833 (1992) in materia di c.d. diritto all'aborto procurato, nonché le sentenze 25 Giugno 1990, Corte Suprema Americana, *Cruzan versus Director MDH*, 497 U.S. 261 (1990) et 31 Dicembre 2009, Corte Suprema del Montana, *Baxter versus Montana*, DA 09-0051, 2009 MT 449 in tema di c.d. diritto all'eutanasia *lato sensu* intesa. Marta Cartabia, peraltro, ha opportunamente rilevato che "i Giudici della Corte suprema [americana (nda)] ritengono che il diritto alla *privacy* si ritrovi 'nella penombra' di molti diritti costituzionalmente protetti [...] che indicano che la Costituzione americana si basa sulla libertà [negativa (nda)] di ogni individuo di effettuare le sue scelte personali, nella vita privata, senza interferenze del potere pubblico" [Cartabia, M. (2009). "Gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali". In Perrone, B. (a cura di). *Istituzioni pubbliche e garanzie del cittadino – Atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I. – Milano, 3-4 Luglio 2008*. Milano. Giuffrè, 16].

9 Cornelio Fabro opportunamente insegna che la moralità "è la proprietà costitutiva dell'azione umana, colta alla sua prima radice che è la libertà, come capacità di scelta, ossia come posizione di quell'essere che è proprio dello spirito nella determinazione originaria dell'ultimo fine e della sua qualità costitutiva del bene e del male" [Fabro, C. (1974). *L'avventura della teologia progressista*. Milano. Rusconi, 174] sicché "l'uomo [...] dal punto di vista etico, è ciò che diventa, ossia è costituito da ciò che sceglie di essere e attua come progetto del suo essere" [Castellano, D. (1984). *La libertà soggettiva*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, 97]. Ciò significa che l'essere umano *compos sui* fa un'inevitabile e irrefutabile esperienza della libertà, intesa come libero arbitrio, nell'atto stesso in cui egli opera una qualsiasi opzione –compresa quella di non-decidere, cioè di decidere per la non decisione– e ciò, tanto nell'ipotesi in cui la decisione *de qua* sia buona-razionale-umana, quanto in quella che essa sia malvagia-irrazionale-disumana. Che poi l'essere umano faccia vera e piena esperienza della libertà in sé, *id est* della *libertas maior*, solo nella circostanza in cui egli, operando liberamente un movimento della volontà, eserciti un'opzione buona-razionale-umana, questa è una diversa questione la quale imporrebbe di andare al fondamento della natura umana [facciamo rinvio –*si vis*– a Di Marco, R. (2015). "Soggetto e Ordinamento Giuridico. Alla ricerca del "concetto" fondativo e fondamentale (I), (II), (III)". In *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto – R.I.F.D.* Milano. Giuffrè, 2015, voll. 2, 3 et 4].

10 Ulpiano, D. D, 1. 1. 10.

–per esempio– una giustizia del Comunismo, una giustizia del Nazismo, una giustizia del Liberalismo, una giustizia democratica, una giustizia costituzionalistica *et coetera*... tutte egualmente “valide”, ma solo entro il loro contesto di riferimento.

Occorre, dunque, per evitare una barriera comunicativa, la quale è, in un tempo, indice ed effetto del dogmatismo anti-filosofico portato dalla secolarizzazione politico-giuridica della modernità e della *post*-modernità, porre mente ad alcune “questioni di fondo”.

2. Quale verità?

Il primo problema che giova di considerare, allora, è di carattere –diremo– epistemologico; esso concerne la dicotomia¹¹ tra sapere scientifico e sapere filosofico, vale a dire tra “sapere” convenzionale e operativo della scienza galileianamente intesa¹² e sapere autentico della filosofia perenne, cioè della filosofia classica, della scienza –potremmo anche dire– intesa in senso etimologico (dal latino *scio*, *-is*, *scivivi*, *scitum* scīre).

In estrema sintesi può dirsi che le scienze moderne sono tutte ipotecate da un α -critico rifiuto dell’indagine metafisica e da un’esaltazione, altrettanto acritica, del proprio metodo e in specie del c.d. metodo ipotetico-deduttivo: esse si caratterizzano, infatti, per una dimensione eminentemente strumentalistico-tecnicistica, la quale, coerentemente, fa, del risultato ottenuto od ottenibile, sia il termine ultimo di giudizio, sia il criterio operativo e il motore della propria attività.

Ciò porta quantomeno a tre conseguenze. *In primis* le scienze galileiane si “chiudono” in una forma di dogmatismo operativo, il quale deriva dal “non tentar l’essenze” e il quale impedisce ogni indagine speculativa, ogni

11 Cfr. Casa, F. (2006). “Un passaggio in mare aperto: la dialettica”. In Gentile, F. *Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*. Padova. CEDAM, *passim*, in particolare, 159 e ss. nonché Berardi, A. “Gli strumenti per affrontare il viaggio”. In Gentile, F. *Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, cit., *passim*, in particolare, 10 e ss.

12 Una precisazione “a scanso d’equivoci”. Parlando di scienza galileiana facciamo riferimento a un approccio metodologico il quale, per la sua stessa struttura convenzionale e operativa, rinuncia *a priori* a indagare l’essere in sé delle cose, la loro essenza metafisica. Ciò non significa che questo sapere-per-operare sia falso, inutile, privo di riscontro nella realtà *et coetera*, ma significa che esso “non può e non deve pronunciarsi [in ordine all’essere in sé delle cose e anche in relazione ai risultati cui esso medesimo perviene (nda)], perché non ha nessun diritto, non possiede e non può possedere nessun criterio valido per approvare o riprovare una presa di posizione; non deve dire niente, in quanto non ha niente da dire, perché la scelta precede, non segue, la fatica scientifica” [Casa, F. (2005). *Sulla giurisprudenza come scienza. Un dibattito attraverso l’esperienza giuridica italiana nella prima metà del ventesimo secolo*. Padova. CEDAM, 394].

vera ricerca intorno al “che cosa” delle cose, ogni apertura alla verità. *In secundis* esse tendono a una forma di dominazione ideologica di ogni branca dello scibile umano, tant'è che si parla –e non a caso– non solo di scienze matematiche o fisiche, ma anche di scienze filosofiche, di scienze giuridiche, di scienze letterarie *et coetera*, sicché il metodo scientifico-galileiano viene a diffondersi e ad affermarsi come unico metodo possibile e soprattutto come unico metodo vero e veritativo, cioè vero in sé e portatore di verità indiscussa e indiscutibile (metodologico-operativa). *In tertiis* l'approccio scientifico comporta una sorta di parcellizzazione assoluta e radicale del proprio “sapere” e –diremo– della stessa verità del sapere. Il sapere, infatti, inteso (scientificamente-galileianamente) come sapere per operare e non già come sapere per conoscere, perde la sua unitarietà concettuale, proprio data dall'essere in virtù e in funzione della sapienza *in se*¹³, e assume una declinazione esclusivamente plurale e relativa: il sapere, dunque, cede di fronte ai saperi; la scienza, di fronte alle scienze; la verità, di fronte alle verità.

Un esempio può essere offerto proprio dalle cc.dd. scienze giuridiche, cioè dall'approccio scientifico-galileiano ai problemi del diritto, anzi, si dovrebbe meglio dire, ai problemi della legislazione e delle legislazioni; vero è che l'oggetto di questo studio –scientifico appunto!– non è mai il diritto in sé, la verità del diritto, l'essenza del diritto, ma solo le *normae positae*, i loro sistemi, le tecniche di legislazione, i meccanismi sussuntivo-applicativi *et coetera*. Le scienze giuridiche, infatti, non si domandano mai che cosa è il diritto *in se*, non hanno interesse, cioè, per la sua essenza ontologica, ma si applicano nella mera analisi –al limite di carattere comparatistico o storico– della legislazione e delle legislazioni vigenti; esse considerano, dunque, dogmaticamente, cioè senza argomenti, il diritto come l'insieme delle leggi positive e considerano, coerentemente, lo studio di esso come studio eminentemente teorico, vale a dire come studio del sistema di riferimento, in sé chiuso all'interno della propria struttura formale e delle proprie *rationes*, eventualmente informate secondo lo *a priori* della c.d. opzione costituzionale¹⁴ (sia essa “politica” con

13 Cfr. Platone. *Minosse*, 314 c.

14 Opportunamente è stato osservato che “las Constituciones [...] no son sino el producto del racionalismo constructivista y gnóstico, y los ‘derechos’ de ellas surgidos se basan en la concepción de la libertad como ‘libertad negativa’, esto es, sin otro criterio que el de la propia libertad” [Ayuso Torres, M. (2016). *Constitución. El problema y los problemas*. Madrid. Marcial Pons, 145 e s.] e coerentemente è stato detto che “il costituzionalismo [...] rimanda ad una concezione della comunità politica, del potere e dei suoi limiti che siamo soliti racchiudere nella formula [...] dello Stato di diritto [...] il quale, se (nda) è limitato dalla legge, [...] non c'è legge che non possa essere modificata purché si osservino le formalità previste dalla Costituzione” [Ayuso Torres, M. (2004). *L'Àgora e la piramide*. Torino. Giappichelli, 42 et 63].

Schmitt¹⁵ o normativa con Kelsen¹⁶). Le scienze giuridiche, infatti, negando ogni trascendenza del giure, principiano concettualmente dall'assunto già reso palese da Jhering, in ragione del quale "lo scopo è il creatore di tutto il diritto; non esiste alcuna norma giuridica che non debba la sua origine a uno scopo, cioè a un motivo pratico"¹⁷ e questo palesa la duplice funzione e la duplice natura dello studio scientifico applicato al diritto. Una prima, che possiamo definire analitica, concerne l'analisi e la razionalizzazione del sistema di riferimento: concerne, cioè, l'interpretazione delle norme alla luce dei cc.dd. canoni interpretativi codificati; concerne la lettura dei cc.dd. combinati disposti tra le norme; concerne l'evoluzione delle strutture e degli istituti normativi, sulla base delle procedure prescritte *et coetera*. Quindi si tratta di uno studio, sotto questo profilo, sul sistema. La seconda, che possiamo definire funzionale-operativa, invece, riguarda la dimensione formativa ed evolutiva dell'Ordinamento in funzione degli scopi e degli obiettivi contingenti che, per mezzo di esso, colui il quale detiene il potere di legiferare¹⁸ *lato sensu*, intende storicamente perseguire. Dunque, considerando il diritto come strumento operativo, quest'aspetto dello studio scientifico riguarda lo studio del mezzo più idoneo a ottenere l'effetto voluto¹⁹, *ergo*, si tratta di uno studio –diremo– per il sistema, cioè in funzione della sua utilità pratica. E immediatamente emerge, allora, quella che prima abbiamo chiamata parcellizzazione assoluta dell'approccio scientifico, il quale, infatti, da un lato, chiude dommaticamente in sé stesso ogni sistema –non a caso le scienze giuridiche postulano, tutte, il dogma della sovranità, la quale è, oltretutto supremazia, indipendenza, cioè chiusura, impermeabilità rispetto a ciò che sta fuori dal proprio

15 È noto che per Schmitt la Costituzione è data da "una decisione politica, derivante dal suo essere politico" [Schmitt, C. (1984). *Dottrina della Costituzione*. Milano. Giuffrè, 110] e quindi dal suo essere volontà politica resa "concreta" (*Ibidem*).

16 Anche se lo stesso Kelsen, negando, di fatto, la "purezza" e la "autosufficienza normativistica" della sua stessa dottrina, è costretto a concludere che "dietro al diritto positivo [...], chi cerca [...] si vede fissare dallo sguardo sbarrato della testa di Gorgona del potere" [così citato da Carrino, A. (1990). *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, 33 e s.].

17 Von Jhering, R. (1972). *Lo scopo del diritto*. Torino. Einaudi, 6.

18 Marsilio da Padova, per esempio, afferma che "l'autorità di fare le leggi spetta soltanto a colui il quale, facendole, farà sì che le leggi siano meglio osservate o addirittura assolutamente osservate" (Marsilio da Padova. *Defensor pacis*, I, XII, 6).

19 È stato correttamente rilevato, invero, che il Principe –cioè lo Stato moderno– secondo Machiavelli debba agire sempre "in funzione dell'obiettivo operativo che è quello di mantenere il potere" [Berardi, A. "La navigazione nell'arcipelago delle geometrie legali". In Gentile, F. *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, cit., 31] e infatti, "con Marsilio da Padova [...] appare [...] e sflogoreggia il concetto dello Stato moderno" [Oriani, A. (1997). *Niccolò Machiavelli*. Napoli. Alfredo Giuda Editore, 77].

ambito²⁰– e dall’altro tende a creare μικροί-sistemi all’interno del μακρός-sistema sovrano, a loro volta chiusi e incomunicabili tra di essi. La scientificizzazione del diritto, infatti, riducendosi a uno studio autoreferenziale sopra le norme che giustificano e che modificano sé stesse attraverso le procedure che esse medesime prescrivono per sé, porta a ridurre tutti i problemi giuridici a questioni tecnico-specialistiche da risolversi con strumenti normativi il più possibile specifici (*rectius*, speciali). Tant’è –per fare un esempio– che la più recente produzione normativa, la quale non a caso palesa –come dice Zagrebelsky– una “generalità ridotta [...] e un (nda) basso grado di astrattezza”²¹, pur rimanendo interna al e coerente con l’Ordinamento cui essa appartiene, tende a premettere all’articolato prescrittivo una serie di definizioni valide solo per lo spettro applicativo della norma medesima²². Il diritto, insomma, diventa materia tecnica e il giurista, coerentemente, “meccanico” delle norme; la verità del diritto, allora, viene a coincidere con la funzionalità operativa del risultato raggiunto attraverso un uso qualificato delle procedure.

Viceversa il sapere autenticamente filosofico, cioè il sapere proprio della filosofia classicamente intesa, perenne, è un sapere *per se* e *in se* metafisico: esso, infatti, è un sapere speculativo, veritativo, contemplativo, unitario e *α*-dogmatico. È un sapere speculativo poiché razionale ed esso è razionale in quanto usa, con fiducia e –diremo– con “cautela dialettica”, della ragione umana per cogliere l’essere-in-sé delle cose, per comprendere, dunque, il che cosa degli enti, la loro natura. È un sapere veritativo poiché esso, rifuggendo dallo σῆμα hobbesiano della razionalità eminentemente operativa, coglie, nell’essere-in-sé delle cose che conosce per quello che esse sono, la loro verità ontologica, eppertanto coglie la loro norma e la loro rego-

20 Facciamo riferimento alla definizione correntemente data della sovranità quale “supremazia nei confronti di ogni altro soggetto [...] operante nel territorio statale [...] e quale (nda) indipendenza [...] rispetto agli altri Stati” [Falcon, G. (2003). *Lineamenti di diritto pubblico*. Padova. CEDAM, 115].

21 Zagrebelsky, G. (1992). *Il diritto mite*. Torino. Einaudi, 43. Si segnala che l’Autore, nell’espressione riportata, si rifà, citandola, all’opera di Predieri, A. (1963). *Pianificazione e costituzione*. Milano. Edizioni di Comunità, 272.

22 Per avere contezza del problema può farsi riferimento, per esempio in materia di sperimentazione farmacologica e clinica, all’impianto definitorio compendiato *sub* art. 2 D.P.R. 211/2003, eloquentemente rubricato “definizioni”. Può farsi anche riferimento –sempre a titolo d’esempio, in tema di tutela dei minori e prevenzione del c.d. *cyberbullismo*– all’art. 1 L. 71/2017, il quale pure elenca una serie di definizioni da considerarsi valide... “ai fini della presente legge”, come punto recita l’*incipit* dei commi 2 e 3 del medesimo articolo. Gli esempi potrebbero proseguire con l’art. 2 della L. 2/2018 (Disposizioni per lo sviluppo della mobilità in bicicletta e la realizzazione della rete nazionale di percorribilità ciclistica); con l’art. 2 della L. 138/2001 (Classificazione e quantificazione delle minorazioni visive e norme in materia di accertamenti oculistici); con l’art. 1 della L. 62/2001 (Nuove norme sull’editoria e sui prodotti editoriali); con l’art. 2 della L. 141/2015 (Disposizioni in materia di agricoltura sociale) *et coetera*.

la, il loro principio, il ciò per cui –come insegna Danilo Castellano²³– è consentito di leggere la loro esperienza senza contraddizioni. È, poi, quello autenticamente filosofico –come dicevamo– un sapere contemplativo in quanto esso, principiando dall’effettività dell’esperienza –Marino Gentile direbbe dall’*ιστορία*²⁴– e ponendo questa a oggetto del proprio studio, mira a coglierne criticamente l’essenza, a trascendere l’esperienza stessa delle cose per capirle fino in fondo, per coglierne la natura: il sapere filosofico, infatti, da un lato, non ha un obiettivo operativo, non ha, cioè, velleità prometeiche che lo inducono a industriarsi per modificare la realtà²⁵ e dall’altro esso neppure è evasione dalla realtà, ma piuttosto coglimento razionale di essa, quindi coglimento di essa per ciò che essa è *in se*. La filosofia del nulla, invero, come anche la filosofia dell’irrealtà o la filosofia intorno a ciò che non si conosce appieno e a fondo, non è vera filosofia, ma evasione pindarica, favola! La tesi dell’esistenzialismo sartriano²⁶ –per esempio–, la quale pretende che sia l’esistenza, cioè l’effettività, a precedere e a determinare l’essenza degli enti, è per sé stessa negativa di un approccio filosofico: essa è “chiusa” rispetto alla verità degli enti medesimi. Applicando questo discorso al diritto, infatti, si dovrebbe dire che esso non esiste se non come prodotto delle norme effettive e che, quindi, l’essenza del diritto, necessariamente positivo, dipende dal dato empirico dell’effettività normativa, onde si avrebbero tanti diritti quante sono le *normae positae* e quanti sono gli Ordinamenti vigenti che storicamente li esprimono. Ciò comporta, allora, che quello filosofico sia anche un sapere unitario e α -dommatico. Esso è unitario, infatti, sia sotto il

23 Cfr. Castellano, D. (2011). *Ordine etico e diritto*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, 20.

24 Magistralmente rileva Marino Gentile che “la metafisica antica si attua e si risolve nel riconoscimento della *ιστορία* come problema e di quel di più che il sistema deve avere in confronto col problema, per non esserne la semplice ripetizione, ma la soddisfazione effettiva. Per la nettezza con cui nel pensiero antico sono indicati questi due aspetti capitali della riflessione metafisica, esso conserva una validità permanente, poiché porta nel suo seno l’esigenza di mantenere un’effettiva corrispondenza con la genuinità della vita e dell’esperienza [... onde (nda)] nessun filosofo si può proporre seriamente di filosofare intorno ad altro che non sia la vita e la realtà effettiva” [Gentile, M. (1939). “Il valore classico della metafisica antica”. In Gentile, M. *La metafisica presofistica*. Padova. CEDAM, XVII, 96 e s.].

25 *Contra*, la teorica del c.d. *homo faber*, il quale “pensa [sé e (nda)] il mondo come un campo sterminato in cui esercitare la sua [vitalistica (nda)] progettualità” [Zanuso, F. (2013). “Autonomia, uguaglianza, utilità. Tre paradossi del razionalismo moderno”. In Zanuso, F. (a cura di). *Custodire il fuoco*. Milano. Franco Angeli, 18]. È stato condivisibilmente osservato, infatti, che “la fabbrilità dell’uomo moderno è certamente aporetica e si è dimostrata sotto un certo profilo, in-operativa; ma soprattutto [essa (nda)] condanna l’uomo alla [sua stessa (nda)] alienazione e quindi all’infelicità, come estraneazione da sé” (*Ivi*, p. 20).

26 Cfr. Sartre, J. P. (1975). *L’essere e il nulla*. Milano. Il Saggiatore, *passim*, in particolare 532.

profilo concettuale, sia sotto il profilo applicativo: sotto il profilo concettuale poiché ogni forma di conoscenza filosofica, se pur può palesarsi in differenti declinazioni a seconda del suo oggetto, essa è sempre intelligenza e sapienza della natura delle cose che studia, è sempre intelligenza e sapienza di ciò che è in sé, è sempre, insomma, coglimento dell'essere e mai creazione/attuazione di un progetto purchessia²⁷; sotto il profilo applicativo poiché i vari aspetti della verità filosofica, essendo tutti ontologicamente fondati, non possono contrastare tra loro o tra loro negarsi, onde l'approccio filosofico non ammette, per sua stessa essenza, una pluralità di ordinamenti e/o di sistemi chiusi, ciascheduno dei quali latore di una propria "verità relativa", di un proprio "ordine sistematico", impermeabile rispetto agli altri e insindacabile sotto il profilo del suo fondamento. La verità metafisica del diritto –infatti– la quale solo si può razionalmente cogliere con un approccio filosofico allo stesso, non ammette compartizioni chiuse ed ermetiche, tutte parimenti vere nell'ordine del *principium iuris*, ancorché tra esse contrastanti per ragioni sostanziali: non ammette –per esempio– un diritto pubblico che sia altro *in se* rispetto al diritto privato e che con questo confligga; un diritto di libertà soggettiva che sia geograficamente, cioè kantianamente contenuto per consentire l'esplicazione e l'esercizio di altri consimili, ma opposti diritti²⁸; non ammette e non può ammettere nemmeno un ordinamento giuridico che sia altro *in se* rispetto a un ordinamento diverso e altrimenti vigente. La verità del diritto, infatti, la filosofia del diritto –potremmo dire con il genitivo oggettivo– conosce un unico, netto crinale discretivo tra lo *ius* e l'*iniuria*:

27 E questo vale –si badi bene– qualunque sia l'oggetto dell'indagine filosofica: vale per la filosofia del diritto, la quale punto studia che cosa è il diritto *in se*; vale per la filosofia della politica, la quale studia che cosa è la politica *in se*; vale –ancora– per la filosofia della scienza, la quale studia che cosa è la scienza *in se* e gli esempi potrebbero proseguire. Correttamente è stato osservato, peraltro, pur in altro contesto, che "la natura [delle cose (nda)] non è altro che l'insieme dei caratteri permanenti [ed essenziali (nda)] che caratterizzano un essere" [Leclercq, J. (1962). *Dal diritto naturale alla sociologia*. Roma. Edizioni Paoline, 128].

28 La prospettiva di riferimento sarebbe –sotto un certo profilo– sia quella del binomio *liberty-property* che si riscontra nell'impostazione lockiana –secondo Locke, infatti, "la ragione per cui gli uomini entrano in società è la conservazione della loro proprietà e il fine in vista del quale essi [...] conferiscono autorità al legislativo è che possano essere emanate leggi [...] per la custodia e la difesa della proprietà di tutti i membri" [Locke, J. (2013). *Secondo trattato sul governo*. Milano. BUR, 363]– sia quella del binomio felicità-libertà che caratterizza il sistema kantiano secondo il quale, da un lato "ognuno può ricercare la sua felicità per la via che a lui sembra buona" [Kant, I. (1965). "Sopra il detto comune 'questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica'". In Bobbio, N.; Firpo, L.; Mathieu, V. (a cura di). *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*. Torino. UTET, 255] e dall'altro, la condotta umana è da ritenersi "conforme al diritto quando, per mezzo di essa [...] la libertà dell'arbitrio di ognuno può coesistere con la libertà di ogni altro" [Kant, I. (1982). *Stato di diritto e società civile*. Roma. Editori Riuniti, 217].

non può ammettere la doppia verità giuridica, non può ammettere, cioè, che “diritti” od “ordinamenti” in contrasto (sui principii) siano parimenti veri e indifferentemente giuridici, sulla base, per esempio, della loro idoneità al raggiungimento di una pluralità multiforme di obiettivi operativi. E se indubbiamente, alla luce di un approccio teoretico-realistico, può ammettersi e in certi casi anche richiedersi per ragioni di giustizia sostanziale che la disciplina di alcuni istituti sia diversa e peculiare rispetto a quella di altri, come anche che un dato contesto storico-sociale sia retto da norme (da un Ordinamento giuridico) diverse rispetto a quelle di un altro e differente contesto, ciò non significa che vi sia spazio per una verità e per una giustizia storiche o contestuali, vale a dire per una concezione storicistica o tematica e dell’una e dell’altra, tale per cui possono essere parimenti valide, parimenti giuste e parimenti vere, a seconda del contesto cui esse si riferiscono²⁹, norme contrastanti tra loro per essenza, ma al contrario significa –sulla scorta, peraltro, dell’insegnamento che già Aristotele propone nell’*Etica a Nicomaco*³⁰– che la declinazione del medesimo *principium iuris*, del medesimo principio, cioè, che afferisce alla dimensione del giusto naturale, può sostanzarsi in una pluralità di espressioni del giusto legale, in una pluralità di espressioni giuridiche, dunque, tra loro coerenti e coese nell’ordine del giure, vale a dire nell’ordine del *an iustum*, anche se differenti e diverse sotto il profilo del *quomodo* o del *quantum*. Per esempio, attiene alla dimensione del giusto naturale l’obbligazione di corrispondere la mercede a chi presta la propria opera lavorativa e in nessun caso il contrario può ritenersi altrettanto giuridico; ma per quanto attiene al giusto della mercede, vale a dire al giusto relativo al *quantum* di essa, è chiaro che questo dipenda da una pluralità di fattori storici, sociali, economici *et coetera* i quali, diven-

29 Pascal, per esempio, osserva che “nulla si vede di giusto o d’ingiusto che non muti qualità col mutar del clima. Tre gradi di latitudine sovvertono tutta la giurisprudenza; un meridiano decide della verità [...] il diritto ha le sue epoche; l’entrata di Saturno nel Leone segna l’origine di questo o quel crimine. Singolare giustizia, che ha come confine un fiume! Verità di qua dei Pirenei, errore di là [...] il furto, l’incesto, l’uccisione dei figli o dei padri, tutto ha trovato posto tra le azioni virtuose [...]. Ci sono senza dubbio leggi naturali, ma questa bella ragione corrotta ha corrotto ogni cosa [...]. Nulla, secondo la pura ragione, è per sé giusto; tutto muta col tempo” [Pascal, B. (1968). *Pensieri*. Milano. Mondadori, 301, 189].

30 Peraltro una questione è quella concernente il c.d. giusto naturale e un’altra è quella relativa al c.d. giusto legale, ché se il primo rappresenta il *proprium* del principio di diritto, il secondo, partecipando necessariamente di quello, dipende dall’opportunità, sotto il profilo della prudenza, d’una specifica prescrizione giuridica diversificantesi nell’*an*, nel *quantum* e nel *quomodo*, a seconda delle varie circostanze di tempo, di luogo *et coetera*. Invero “del giusto in senso politico [...] ci sono due specie, quella naturale e quella legale: è naturale il giusto che ha ovunque la stessa validità [...]; legale, invece, è quello che originariamente è affatto indifferente che sia in un modo piuttosto che in un altro, ma non è indifferente una volta che sia stato stabilito” [Aristotele (2007). *Etica nicomachea*. Milano. Bombiani, V, 7, 209].

do essere prudentemente considerati *in casibus*, possono portare a diverse quantificazioni di essa, tutte egualmente giuste.

Tutto ciò, allora, dimostra, sotto un certo profilo almeno, il carattere α -dommatico del sapere filosofico: esso, infatti, essendo razionale per essenza, eppertanto essendo anche consapevole dei limiti proprii della ragione umana, da un lato non si àncora a opzioni volontaristiche, nemmeno se queste fossero habermasianamente condivise e dall'altro resta necessariamente aperto al perseguimento, sempre maggiore, della propria perfezione nell'ordine del vero, alla scoperta, cioè, sempre più profonda, della verità e della realtà delle cose. Non che –si badi– si tratti di un sapere liquido, cartesianamente provvisorio³¹, di un non-sapere il quale, per effetto del dubbio metodico, scade inesorabilmente nel nihilismo –questa sarebbe l'anti-filosofia, non la filosofia–, ma altro è negare la verità e affermare dommaticamente e contraddittoriamente la sola verità della non-verità cioè la sola verità delle molte verità –come fa, per esempio, il liberalismo politico-giuridico giustamente criticato sul punto da Danilo Castellano³²– e altro è

31 Cartesio, infatti, scrive che “*afinque je ne demeurasse point irrésolu en mes actions pendant que la raison m'obligerait de l'être en mes jugements et que ne je laissasse pas de vivre dès lors le plus heureusement que je pourrais je me formai une morale par provision qui ne consistait qu'en trois ou quatre maximes*” [Descartes, R. (1861). *Discours de la methode*. Parigi. Librairie Classique d'Eugène Belin, 21]; talché è stato osservato, commentando il passo testé citato, come per Cartesio “mentre si ricercano i principi certi occorre [...] seguire una morale provvisoria per vivere” [Cipolletta, P. (2008). “Etica e morale nell'epoca della metafisica del soggetto: Cartesio”. In Casini, L.; Pansera, M. T. (a cura di). *Istituzioni di filosofia morale*. Roma. Meltemi, 138] la quale morale provvisoria, però –aggiungiamo noi– proprio perché provvisoria e proprio perché “slegata” dai principii in sé morali (cioè della morale in sé), altro non rappresenta che un'opinione soggettivistico-volontaristica purchessia, priva di (necessaria) fondazione ontologica, vero è che “una morale come quella prospettata da Cartesio, evitando di assumere una valenza di tipo universale, non solo non affronta direttamente il problema che il sapere pratico pone alla luce di quello scientifico, ma, anzi, è inevitabilmente necessitata ad abbandonare a sé stessa la ragion pratica. Cartesio ha così aggirato la questione, evitando l'inclusione della morale nell'ambito della universalità della scienza” [Della Pelle, P. (2013). *La dimensione ontologica dell'etica in Hans-Georg Gadamer*. Milano. Franco Angeli, 143 e s.].

32 Invero: “l'esaltazione dell'individuo fatta dal liberalismo [...] viene (nda) fatta consistere nella libertà 'naturale' dell'uomo, vale a dire nel suo potere di realizzare la sua volontà [...]. Si afferma, così, l'assoluta sovranità dell'individuo che diventa regola a se stesso e, se associato, regola per sé e per gli altri secondo la volontà 'collettiva' alla cui formazione [egli (nda)] concorre” [Castellano, D. (2003). *Razionalismo e diritti umani*. Torino. Giappichelli, 12 e s.]. In questo senso, allora, si dovrebbe parlare di “libertà come liberazione [la quale, infatti, (nda)] è [...] il nucleo essenziale del liberalismo” [Castellano, D. (2005). “Costituzione europea: democrazia per quale libertà?”. In Grasso, P. G. (a cura di). *Europa e costituzione*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, 221]. Posto, infatti –come dice Taylor– che “una società liberale deve rimanere neutrale riguardo alla vita buona [...] e che in essa non c'è posto per una nozione pubblica di bene” [Taylor, C. (1998). “La politica del riconoscimento”. In Habermas, J.; Taylor, C. *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*. Milano. Feltrinelli, 44 e s.], occorre rilevare

dire che la ricerca teoretica della verità sia sempre dialetticamente aperta a un'analisi razionale delle posizioni via, via conquistate e ciò, proprio in virtù dell'essenza filosofica e non scientifico-galileiana, cioè deduttiva, del sapere umano.

3. Quale diritto?

Sulla scorta di quanto appena osservato, allora, potremmo coerentemente dire che l'ideologia del positivismo e quindi, *lato sensu*, quella (con terminologia gentiliana³³) delle cc.dd. geometrie legali, essendo espressione di un approccio *πáv*-scientifico(-galileiano) alle questioni del diritto, non ha interesse alcuno per il “che cosa” dello *ius*, non ha interesse alcuno, in fondo, per il diritto-in-sé: essa, infatti, ha un mero “interesse operativo” (non speculativo!) per il come delle *normae positae*, per la di loro struttura, per i fini che attraverso di queste possono contingentemente perseguirsi *hic et nunc*. Non a caso –come Danilo Castellano ha opportunamente rilevato³⁴– il

che “la regola procedurale, [virtualmente rappresentata dal c.d. metodo democratico (nda)], si pone come regola sostanziale [...] e, quindi, come verità della non verità, cioè come verità impossibile. In altre parole lo Stato che non riconosce la verità si fa garante della non-verità come verità: diventa valore, perciò, il pluralismo come riconoscimento e fabbrica delle diversità” [Castellano, D. (2002). *La verità della politica*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, 39]. Ammettendo, però, “l'uguale valore di tutte le opinioni e di tutte le decisioni, unico criterio per superare il conflitto, nato dal dissenso, [... rimane (nda)] il cieco potere” (*Ivi*, p. 74) e dunque [...] la negazione *tout court* della libertà, anche intesa in termini liberali come libertà negativa, qualora essa si esprima *de facto* in una forma contrastante con quelle proprie delle cc.dd. identità collettive, vale a dire con quelle che sono compatibili con “una scala di valori espressa in positivo e in negativo, propria della cultura di appartenenza a cui ciascuno fa riferimento” [Di Cristofaro Longo, G. (1993). *Identità e cultura. Per un'antropologia della reciprocità*. Roma. Studium, 47].

33 Cfr. Gentile, F. (2008). “Stanza della ‘geometria legale’”. In Gentile, F. *Legalità giustizia giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, 51 e ss. L'Autore acutamente osserva che “la geometria legale deve postulare la sovranità del soggetto pubblico e la sudditanza dei soggetti privati [...]. Unica fonte del diritto l'ordinamento delle relazioni intersoggettive, la legge in quanto espressione della volontà sovrana [...] unica guida il legislatore [...]. Di questa operazione prometeica di controllo sociale, [allora (nda)], l'operatore giuridico, in quanto applicatore della volontà legislativa [cioè sovrana (nda)], sarebbe il primo attore, essendo [egli (nda)] chiamato a qualificare giuridicamente i comportamenti individuali mediante il sillogismo giuridico, di cui, come sostiene Kelsen, premessa maggiore è la *Grundnorm*” (*Ibidem*, 55 e s.).

34 Infatti: “[...] la questione non può essere affrontata né considerando le ‘fonti’ secondo la geometria legale [...], né ricorrendo alla teoria del diritto vivente. Il diritto, propriamente parlando, non ha ‘fonti’. Ha soltanto un fondamento: la giustizia [...]. Affermare [... allora (nda)] che le fonti di produzione [del diritto positivo (nda)] sono gli atti e i fatti normativi abilitati a costituire l'ordinamento e non spiegare quali atti e quali fatti sono idonei a questo scopo

problema del positivismo giuridico è tutto ridotto alla *μακρά*-questione delle fonti del diritto –e più propriamente dovrebbe dirsi delle fonti normative– senza che abbia rilievo alcuno il fondamento delle prescrizioni medesime. Tutto, insomma, si giuoca sul piano della vigenza e dei meccanismi di essa, senza che in alcun modo rilevi il problema della validità sostanziale. Anche la branca costituzionalistica del positivismo –si badi–, la quale, in fondo, come Ayuso Torres ha osservato³⁵, vorrebbe vagliare le leggi sulla base di un criterio normativo a esse superiore, punto quello della Costituzione formale, e garantire ai cittadini una sorta di libertà “dallo” Stato, pur “nello” Stato, non esce dal dedalo della scienza del positivismo, giacché le stesse norme costituzionali non derivano dai principii proprii della comunità politica aristotelicamente intesa (*κοινωνία πολιτική*), classica, non rappresentano, cioè, un atto di autentico riconoscimento dei principii trascendenti del diritto in sé, il quale –come Cicerone ricorda³⁶– è condizione (naturale) e non prodotto del *populus*, ma piuttosto promanano dall’immanentismo radicale di una procedura costituente(-si) che auto-pone sé stessa e le proprie disposizioni, così auto-legittimandosi per effetto del potere che la sostiene e vuole storicamente. Infatti, come Pietro Giuseppe Grasso ha osservato³⁷, il c.d. potere costituente non è un potere ordinatore, non è, cioè, un potere-autorità che informa l’Ordinamento secondo i principii proprii dell’ordine giuridico-naturale, della regalità platonica³⁸, ma è piuttosto un mezzo per

e soprattutto perché, significa rinunciare a individuare l’essenza stessa del diritto” [Castellano, D. (2015). *Quale diritto?* Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, 32 e ss].

35 Il citato Autore, infatti, precisa che “el Derecho Constitucional es el Derecho Natural del Estado moderno” [come lo ha definito Pietro Giuseppe Grasso, citato dallo stesso Ayuso Torres (nda)] y el constitucionalismo no es otra cosa que la ideología de la Constitución liberal” [Ayuso Torres, M. (2012). “¿Hay un poder constituyente?”. In Ayuso Torres, M. (a cura di). *El problema del poder constituyente*. Madrid. Pons, 139] sicché è “absurdo de considerar como ‘jurídico’ un poder que presenta una absoluta libertad en cuanto al fin y que, consiguientemente, se ejerce en ausencia de normas que lo puedan regular tanto sustantiva como procedimentalmente; un poder, además, que actúa antes de que se establezcan las normas constitucionales, en las que reside [...] la primera y suprema fuente del Derecho, que representan el nacimiento del Derecho ‘Objetivo’. Problema que no se resuelve afirmando el nacimiento coetáneo de Estado y Derecho” (*Ivi*, p. 153).

36 Cicerone, infatti, scrive: “*est igitur [...] res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*” (Cicerone, M. T. *De re publica*, 1, 25).

37 Cfr. Grasso, P. G. (2006). *Il potere costituente*. Torino. Giappichelli, *passim*. Per esempio l’Autore rileva che “il potere costituente viene identificato con la volontà collettiva del soggetto popolo o nazione, considerata nei suoi caratteri naturali o fenomenici, di fuori da regole, forme ed organizzazioni prestabilite” (*Ivi*, p. 21) onde risulta “contraddetto e rovesciato l’insegnamento classico, secondo che un popolo diventa capace di agire politicamente solo se regolato «in forma» di diritti e sottoposto ad un ordine civile” (*Ivi*, p. 20).

38 Cfr. Platone. *Repubblica*, 343 a, dove l’Autore precisa che “nessun altro uomo, in nessun’altra forma di governo, almeno nella misura in cui [egli (nda)] è governante, si porrebbe

l'affermazione della sovranità, uno “strumento legale [come scrive Danilo Castellano (nda)] per l'affermazione del nichilismo giuridico e più in generale del relativismo”³⁹.

Ciò vorrebbe dire, allora, che le norme del positivismo, da un lato non hanno bisogno di alcun riferimento al giure e dall'altro ch'esse rispondono sempre e rigorosamente alla loro *ratio* interna, ch'esse sono, in una parola, sempre e rigorosamente scientifiche. Così non è! E così non può essere –aggiungiamo– proprio perché il diritto è essenzialmente caratterizzato dall'umanità: “*hominum causa omne ius constitutum est*”⁴⁰, ed esso, pertanto, non può ridursi a mezzo meccanico per il perseguimento d'uno scopo purchessia, a meccanismo asfittico del sistema. E anche se il diritto stesso venga inteso in senso positivistico, resta comunque ineludibile l'istanza razionale propria dell'essere umano, vale a dire l'istanza razionale propria del destinatario “naturale” dei diritti e del “soggetto” dell'Ordinamento.

La questione è complessa assai ed essa, aprendo anche ad altri problemi (persona, soggetto, razionalità *et coetera*), meriterebbe una trattazione a sé, che in questa sede non può farsi. Nondimeno possiamo ora rilevare che l'esperienza stessa del diritto positivo, palesando in sé felici contraddizioni, nega, *per accidens*, la sua scientificità assoluta sotto il profilo e del contenuto e del metodo.

Si pensi, per fare un esempio circa la non-autosufficienza dell'Ordinamento, a quello che Danilo Castellano ha chiamato “realismo del Codice civile”⁴¹: il Codice, infatti, il quale pure fa propria la dogmatica delle “fonti del diritto”⁴² e il quale, come è noto, nasce in un contesto ideologico assolutamente positivistico, di fatto sconfessa, con il proprio articolato, le *rationes* dalle quali esso trae origine. Non si può dire, infatti, che il Legislatore –per esempio– normando la compra-vendita (*sub art. 1470 c.c.*), la responsabilità civile (*sub art. 2043 c.c.*), la rescissione per lesione *ultra dimidium* (*sub art. 1448 c.c.*), la disciplina del condominio (*sub art. 1117 c.c.*) *et coetera* abbia creato gli istituti *de quibus* sulla base di un'opzione *a priori* non metafisicamente fondata e del tutto dipendente dalla sua volontà sovrana; né si

come obiettivo il proprio vantaggio e lo imporrebbe agli altri; egli piuttosto cercherebbe l'utile di chi dipende da lui, essendo il beneficiario della sua arte. In tale senso egli compie ogni sua azione, dice ogni sua parola guardando a lui, al suo interesse, a ciò che gli si addice” [Platone (2016). *Repubblica*. Milano. Bompiani, 1096].

39 Castellano, D. (2013). *Costituzione e costituzionalismo*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, 43 e s.

40 Ermogeniano, A. D. 1. 5. 2.

41 Castellano, D. *Quale diritto?*, cit., *passim*, in particolare 93.

42 Art. 1 Disposizioni sulla Legge in generale cc.dd. Preleggi.

può dire –come ha affermato Portalis⁴³– che egli avrebbe potuto normarli in modo radicalmente ed essenzialmente diverso, ottenendo –*coeteris paribus*– il medesimo risultato in termini di ubbidienza. Un altro, più recente, esempio di realismo dello *ius positum*, è offerto anche dalla disciplina dettata dal D.P.R. 211/2003 in materia di sperimentazione farmacologica e clinica; questa disciplina, infatti, in contro-tendenza rispetto alle teorie liberali sull'assoluta autodeterminazione della volontà della persona chiaramente espresse anche dalla Corte costituzionale⁴⁴, ma in regime di piena coerenza con il principio già enunziato dall'art. 5 c.c., fa divieto, tra le altre cose, di appaltare il proprio corpo per i fini della ricerca medica e quindi di disporre *ad libitum* con finalità di lucro (giusta un atto di libertà negativa-autodeterminazione del *velle*). Gli esempi potrebbero proseguire, anche considerando –in ipotesi– la disciplina penalistica dell'omicidio del consenziente (*ex art. 579 c.p.*) o del reato di incesto (*ex art. 564 c.p.*), le norme in materia di maltrattamento degli animali (*ex art. 544 ter c.p.*), le regole civilistico-urbanistiche poste a presidio della proprietà fondiaria (*e.g. l'art. 844 c.c. et coetera*). Ciò che merita di rilevare, comunque, è rappresentato dall'inevitabile presenza, *inposito iure*, di una risposta, vera come nei casi testé citati, o falsa come in altri che pur potrebbero invocarsi⁴⁵, a un'indigenza fondamen-

43 Portalis riteneva, infatti, che “*la loi établit, conserve, change, modifie, perfectionne. Elle détruit ce qui est; elle crée ce qui n'est pas encore*” (J. S. M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801)*, Séance du 4 Ventôse an XI).

44 La Corte costituzionale della Repubblica italiana, già nel 1993 riconobbe, sulla base di una lettura sistematica della Costituzione e in particolare sulla base del c.d. principio di uguaglianza *sub art. 3 cost.*, che “il primario imperativo costituzionale [...] dovesse essere quello (nda) di perseguire l'obbiettivo finale della ‘piena’ autodeterminazione della persona” (2 Aprile 1993, Corte Costituzionale, Sentenza N° 163, Presidente: Casavola, Redattore: Baldassarre). Gli stessi Giudici, peraltro, hanno successivamente ribadito, in continuità con siffatta impostazione, che la “libertà di autodeterminarsi [...] è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare” (9 Aprile 2014, Corte Costituzionale, Sentenza N° 162, Presidente: Silvestri, Redattore: Tesaurò) della persona e che “l'art. 2 della Costituzione [tutela (nda)] l'integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata” (12 Luglio 2000, Corte Costituzionale, Sentenza N° 332, Presidente: Mirabelli, Redattore: Contri).

45 Il problema della “giustificazione” delle norme positive e dunque il problema legato alla “ragione” della loro ubbidienza, è vasto. In questa sede esso non può essere trattato, anche perché imporrebbe di considerare approfonditamente la natura dell'essere umano e la sua libertà di operare, sempre e comunque (*etsi coactus...*), una scelta consapevole e responsabile. Non solo: questo problema, infatti, metterebbe anche in luce l'insufficienza della minaccia sanzionatoria rispetto al fine del c.d. ordine pubblico, rappresentato dalla generale ottemperanza ai precetti normativi. Anche il Sistema nazista, infatti –lo citiamo come esempio paradigmatico, ma non è l'unico, ovviamente– ha dovuto dare una “giustificazione”, o per meglio dire una “motivazione plausibile”, anche se irrazionale e disumana, la quale rendesse “ragione” della propria vigenza. Si pensi all'importanza che ebbe, per il Regime in parola, il *Reichsministerium für Volksaufklärung und Propaganda* affidato a Goebbels. Lo stesso discorso, *in parte qua*, vale

tale di razionalità e di giustizia, indigenza che l'uomo non può reprimere, anche se –come la storia insegna– può disattendere e tradire.

L'anti-scientificità delle norme positive, poi, è anche certificata –se così possiamo dire conclusivamente– dalle “petizioni di principio” interne alle stesse discipline dei cc.dd. nuovi diritti. Due esempi chiariranno i termini della questione. Si pensi alla legge in materia di divorzio (*ex* L. 898/1970 ss.mm.ii.): essa nasce per garantire la libertà-autodeterminazione del coniuge di sciogliersi dall'obbligazione nascente *ex se* dal negozio matrimoniale; si tratta, cioè, di una norma che fa propria l'ideologia liberale della libertà negativa. Questa stessa norma, però, consentendo lo scioglimento del matrimonio anche su istanza di uno solo dei coniugi, sacrifica –per così dire– l'ipotetica, opposta, libertà dell'altro coniuge di mantenere in essere il vincolo e il rapporto di coniugio; quindi essa nega, *in parte qua*, l'assunto della libertà negativa dal quale essa stessa trae origine. Un altro analogo esempio, poi, è offerto anche dalla più recente normativa in materia di cc.dd. unioni civili (*ex* L. 76/2016): essa, infatti, nata con l'intento di rispondere, per norma, al desiderio di coloro i quali vogliono istituzionalizzare la loro unione sentimentale, anche se quest'ultima sia concettualmente priva di causa apprezzabile sul piano dell'obiettività, limita lo spettro applicativo della propria disciplina e cioè le ipotesi in cui la c.d. unione civile può essere contratta, alle sole fattispecie contemplate dal Legislatore: per esempio restano escluse le cc.dd. unioni poligamiche e le relazioni incestuose. Ciò significa che la norma, pur partendo dall'assunto in virtù del quale l'Ordinamento dev'essere neutrale –indifferente secondo le categorie tayloriane⁴⁶– di fronte al vincolo sentimentale e deve apprestare –secondo le tesi del radicalismo– le più idonee provvidenze affinché chiunque lo voglia possa ottenere un “riconoscimento” formale della propria unione, si struttura, poi, in una disciplina escludente nell'inclusione, vale a dire escludente rispetto

anche per le norme positive con le quali lo Stato viola il diritto e impone ai cittadini di concorrere essi medesimi alla violazione... in loro danno: anch'esse, infatti, vengono “presentate” alla c.d. opinione pubblica come norme indispensabili al perseguimento di un “bene” ritenuto acriticamente superiore. Si pensi alla disciplina (“imposta” dall'Unione europea) sul c.d. *bail-in*; alle norme in materia di “prelievo diretto” sul capitale depositato nel Conto corrente bancario; alla normativa in tema di aborto procurato; alla legge istitutiva del c.d. diritto al parto anonimo *et coetera*.

46 Taylor, infatti, sostiene che “una società liberale deve rimanere neutrale [*id est*, indifferente sul piano sostanziale (nda)] riguardo alla vita buona [... dacché in essa (nda)] non c'è posto per una nozione pubblica del bene” (Taylor, C. “La politica del riconoscimento”. In Habermas, J.; Taylor, C. *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, cit., 44 e s.); questo, ovviamente, porta “all'indifferentismo che, sul piano politico-giuridico, è costretto a sua volta a individuare il criterio di [e della (nda)] legittimità nel consenso modernamente inteso” (Castellano, D. *La verità della politica*, cit., 74).

alle unioni sentimentali che essa medesima non include nel novero di quelle considerate per legge meritevoli di tutela normativa.

Il discorso fatto, allora, ci porta a concludere ricordando il monito ulpiano⁴⁷ e rilevando che solo un approccio autenticamente filosofico alle questioni del diritto e della politica, cioè un approccio ai problemi del giure, il quale sia umilmente guidato dal sapiente e intelligente uso della nostra ragione e il quale persegua esclusivamente il fine della verità del diritto stesso, può portare un utile contributo per dirimere, secondo giustizia, le questioni che l'effettività pone su tutti i possibili fronti di analisi. Non c'è scienza galileiana, infatti, che possa rispondere in modo fondato e non-contraddittorio alle richieste di ordine-vero che l'essere umano e la sua comunità politica naturale hanno ed esprimono.

Bibliografia

- Aristotele (2007). *Etica nicomachea*. Milano. Bompiani.
- Aristotele (2005). *Politica*. Roma – Bari. Laterza.
- Ayuso Torres, M. (2012). “¿Hay un poder constituyente?”. In Ayuso Torres, M. (a cura di). *El problema del poder constituyente*. Madrid. Pons.
- Ayuso Torres, M. (2016). *Constitución. El problema y los problemas*. Madrid. Marcial Pons.
- Ayuso Torres, M. (2004). *L'Àgora e la piramide*. Torino. Giappichelli.
- Berardi, A. (2006). “Gli strumenti per affrontare il viaggio”. In Gentile, F. *Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*. Padova. CEDAM.
- Berardi, A. (2006). “La navigazione nell'arcipelago delle geometrie legali”. In Gentile, F. *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*. Padova. CEDAM.
- Bifulco, R. (2003). “Esiste un diritto al suicidio assistito nella CEDU?”. In *Quaderni costituzionali*. Bologna. Il Mulino.
- Bobbio, N.; Firpo, L.; Mathieu, V. (a cura di) (1965). *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*. Torino. UTET.
- Carrino, A. (1990). *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Cartabia, M. (2009). “Gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali”. In Perrone, B. (a cura di). *Istituzioni pubbliche e garanzie del cittadino – Atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I. – Milano, 3-4 Luglio 2008*. Milano. Giuffrè.

47 Cfr. Ulpiano, D. D. 1. 1. 1. a mente del quale, infatti, “*cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam prae-miorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes*” (*Ibidem*).

- Casa, F. (2005). *Sulla giurisprudenza come scienza. Un dibattito attraverso l'esperienza giuridica italiana nella prima metà del ventesimo secolo*. Padova. CEDAM.
- Casa, F. (2006). "Un passaggio in mare aperto: la dialettica". In Gentile, F. *Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*. Padova. CEDAM.
- Casini, L.; Pansera, M. T. (a cura di) (2008). *Istituzioni di filosofia morale*. Roma. Meltemi.
- Castellano, D. (2013). *Costituzione e costituzionalismo*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Castellano, D. (2005). "Costituzione europea: democrazia per quale libertà?". In Grasso, P. G. (a cura di). *Europa e costituzione*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Castellano, D. (1984). *La libertà soggettiva*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Castellano, D. (2002). *La verità della politica*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Castellano, D. (2011). *Ordine etico e diritto*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Castellano, D. (2015). *Quale diritto?* Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Castellano, D. (2003). *Razionalismo e diritti umani*. Torino. Giappichelli.
- Cicerone, M. T. *De re publica*.
- Cipolletta, P. (2008). "Etica e morale nell'epoca della metafisica del soggetto: Cartesio". In Casini, L.; Pansera, M. T. (a cura di). *Istituzioni di filosofia morale*. Roma. Meltemi.
- Della Pelle, P. (2013). *La dimensione ontologica dell'etica in Hans-Georg Gadamer*. Milano. Franco Angeli.
- Descartes, R. (1861). *Discours de la methode*. Parigi. Librairie Classique d'Eugène Belin.
- Di Cristofaro Longo, G. (1993). *Identità e cultura. Per un'antropologia della reciprocità*. Roma. Studium.
- Di Marco, R. (2017). *Autodeterminazione e diritto*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Di Marco, R. (2015). "Soggetto e Ordinamento Giuridico. Alla ricerca del "concetto" fondativo e fondamentale (I), (II), (III)". In *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto – R.I.F.D.* Milano. Giuffrè, voll. 2, 3 et 4.
- Ermogeniano, A., D. 1. 5. 2.
- Fabro, C. (1974). *L'avventura della teologia progressista*. Milano. Rusconi.
- Falcon, G. (2003). *Lineamenti di diritto pubblico*. Padova. CEDAM.
- Gentile, F. (2006). *Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*. Padova. CEDAM.
- Gentile, F. (2008). *Legalità giustizia giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Gentile, F. (2008). "Stanza della 'geometria legale'". In Gentile, F. *Legalità giustizia giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Gentile, M. (1939). "Il valore classico della metafisica antica". In Gentile, M. *La metafisica presofistica*. Padova. CEDAM, XVII.
- Grasso, P. G. (a cura di) (2005). *Europa e costituzione*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.

- Grasso, P. G. (2006). *Il potere costituente*. Torino. Giappichelli.
- Jemolo, C. A. (1982). *Tra diritto e storia: 1960 – 1980*. Milano. Giuffrè.
- Jhering (von), R. (1972). *Lo scopo del diritto*. Torino. Einaudi.
- Kant, I. (1965). “Sopra il detto comune ‘questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica’”. In Bobbio, N; Firpo, L.; Mathieu, V. (a cura di). *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*. Torino. UTET.
- Kant, I. (1982). *Stato di diritto e società civile*. Roma. Editori Riuniti.
- Leclercq, J. (1962). *Dal diritto naturale alla sociologia*. Roma. Edizioni Paoline.
- Locke, J. (2013). *Secondo trattato sul governo*. Milano. BUR.
- Marsilio da Padova. *Defensor pacis*.
- Montejano, B. (2012). *Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial. Un análisis crítico*. Buenos Aires. Ediciones Del Alcázar.
- Montejano, B. (2014). “Reportaje a Danilo Castellano”. In *Centurión*, octubre – noviembre 2014. Buenos Aires. Marcelo H. Loberto.
- Oriani, A. (1997). *Niccolò Machiavelli*. Napoli. Alfredo Giuda Editore.
- Pascal, B. (1968). *Pensieri*. Milano. Mondadori.
- Perrone, B. (a cura di) (2009). *Istituzioni pubbliche e garanzie del cittadino – Atti del Convegno nazionale dell’U.G.C.I. – Milano, 3-4 Luglio 2008*. Milano. Giuffrè.
- Platone. *Minosse*.
- Platone (2016). *Repubblica*. Milano. Bompiani.
- Predieri, A. (1963). *Pianificazione e costituzione*. Milano. Edizioni di Comunità.
- Sartre, J. P. (1975). *L’essere e il nulla*. Milano. Il Saggiatore.
- Schmitt, C. (1984). *Dottrina della Costituzione*. Milano. Giuffrè.
- Taylor, C. (1998). “La politica del riconoscimento”. In Habermas, J.; Taylor, C. *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*. Milano. Feltrinelli.
- Ulpiano, D., D. 1. 1. 10.
- Ulpiano, D., D. 1. 1. 1. 1.
- Zagrebelsky, G. (1992). *Il diritto mite*. Torino. Einaudi.
- Zanuso, F. (a cura di) (2013). *Custodire il fuoco*. Milano. Franco Angeli.
- Zanuso, F. (2013). “Autonomia, uguaglianza, utilità. Tre paradossi del razionalismo moderno”. In Zanuso, F. (a cura di). *Custodire il fuoco*. Milano. Franco Angeli.

**CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD
DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL EMBRIÓN**
*Constitutionality and Conventionality of the
Human Rights of the embryo*

Luis H. Olaguibe¹

Recibido: 16 de abril de 2018

Aprobado: 3 de mayo de 2018

Resumen: El presente artículo reflexiona sobre el impacto y la posibilidad de innovar en la protección legal vigente del derecho a la vida del niño por nacer en conformidad con los compromisos internacionales asumidos a través de los Tratados de Derechos Humanos.

Pretendemos analizar cuál es el margen de apreciación que tiene nuestro país para no incurrir en contradicciones internas ni provocar el reproche internacional, lo que implica armonizar el control de constitucionalidad con el de convencionalidad sin desconocer los Derechos Humanos del embrión en cuanto niño por nacer, a la luz de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, contenida en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

Su fundamento lo encontramos en la incorporación de la Convención con jerarquía constitucional en las “condiciones de su vigencia”, lo que significa que nuestro país se ha comprometido ante la comunidad internacional a respetar los derechos del niño desde la concepción y hasta los dieciocho años por la declaración interpretativa de la Ley N° 23.849. De allí deducimos su virtualidad derogatoria de toda norma inferior que la contradiga y la necesidad de contar con las dos terceras partes del Congreso Nacional para una futura modificación.

1 Doctor en Derecho. Docente Investigador de la UCSF. Realizó su Tesis doctoral sobre el “Estatuto Jurídico del embrión humano a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño” en 2016. Correo: olaguibe@gmail.com.

Palabras claves: Embrión - Niño - Tratados de Derechos Humanos - Constitucionalidad - Convencionalidad - Condiciones de vigencia.

Abstract: This article reflects on the impact and the possibility of innovating in the current legal protection of the right to live that the unborn child has, in accordance with the international commitments assumed through the Human Rights Treaties. We analyze which is the margin of appreciation that our country has to avoid incurring internal contradictions or provoke international reproach, which implies harmonizing the control of constitutionality with conventionality without ignoring the human rights of the embryo as a child to be born, in the light of the application of the Convention on the Rights of the Child, that is included in article 75, section 22 of the National Constitution. Its foundation is found in the incorporation of the Convention with a constitutional hierarchy in the “conditions of its validity”. That means that our country has committed itself to the international community to respect the rights of the child from conception until the age of eighteen, according to the interpretative declaration of Law N° 23.849. From there we deduce the capacity the Convention has to repeal any inferior norm that contradicts it and the need to have two thirds of the National Congress for future modification.

Keywords: Embryo - Child - Human Rights Treaties - Constitutionality - Conventionality - Conditions of validity.

Para citar este texto:

Olaguibe, L. H. (2018). “Constitucionalidad y convencionalidad de los Derechos Humanos del embrión”, *Prudentia Iuris*, N° 85, pp. 109-120.

Frente a las voces que sostienen que nuestro país está obligado a dictar normas que legalicen el aborto voluntario por aplicación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, afirmamos que es precisamente nuestro bloque de constitucionalidad reforzada el que no lo permite, o en todo caso, no sin antes introducirle significativas modificaciones.

Tanto es así que la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires ha emitido una declaración², manifestando –entre otras cosas– que las iniciativas del Congreso de la Nación deben respetar el derecho a la vida desde el momento de la concepción, el cual está protegido por la Constitu-

2 Declaración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 20-3-2018. Disponible en <http://academiaderecho.org/declaraciones.php>.

ción Nacional y consagrado explícitamente por varias constituciones provinciales³, destacando la inconstitucionalidad de los proyectos de aborto no punible que en su contenido propicien el “desamparo” del niño y de la madre.

Sin embargo, cuesta entender las reiteradas⁴ Observaciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU, tales como las efectuadas al quinto informe periódico de la Argentina y que fueran aprobadas en su 117 período de sesiones del 20 de junio al 15 de julio de 2016, en la que encontramos frases del siguiente tenor: “El Comité nota con satisfacción la decisión de la Corte Suprema de Justicia (caso ‘F.A.L. s/ medida autosatisfactiva’, 2012) en que se reafirmó el derecho de las mujeres a interrumpir sus embarazos en todas las circunstancias permitidas por la ley, incluyendo cuando el embarazo es producto de una violación sexual, sin importar la capacidad intelectual o psicosocial de la mujer. Al Comité le preocupa, sin embargo, que la aplicación de dicha decisión no sea uniforme en el Estado parte y que el aborto legal resulte, muchas veces, inaccesible por la falta de instrumentación de protocolos médicos, del ejercicio individual de objeción de conciencia por parte de los trabajadores de la salud u otros obstáculos de facto”. “[...] El Comité también está preocupado por los altos índices de abortos clandestinos que han resultado en mortalidad materna, así como por los embarazos de adolescentes [...]” (Punto 11).

Y en el Punto 12 de las Observaciones finales, se recomienda al Estado argentino “revisar su legislación sobre el aborto, incluyendo su legislación criminal, en particular mediante la introducción de excepciones adicionales a la prohibición del aborto, inclusive cuando el embarazo es producto de una violación sexual, sin importar la capacidad intelectual o psicosocial de la mujer”.

A priori, si confrontamos las redacciones de la Declaración de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires con las Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, notamos una evidente contradicción de muy difícil conciliación, casi imposible de resolver desde una mirada conflictivista de los derechos personalísimos en juego.

En principio, sabemos que nuestro país se ha comprometido internacionalmente suscribiendo los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y no solo a respetarlos sino que también les ha dado jerarquía constitucional en el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

3 Baigorria, C. y Solari, N., “El derecho a la vida en la Constitución Nacional”, *LL* 1994-E-1167 y Gelli, M. A., “El derecho a la vida en el constitucionalismo argentino: problemas y cuestiones”.

4 Cfr. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú, 15-11-2000, CCPR/CO/70/PER; Irlanda, 24-7-2000, A/55/40; Gambia, 12-8-2004, CCPR/CO/75/GMB; Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 del 22-3-2010.

También es cierto que el Estado argentino ha tenido siempre una posición preclara frente a la comunidad internacional sobre la protección del derecho a la vida de la persona humana desde el inicio de su existencia, en conformidad con su tradición jurídica y sus principios de Derecho Público, en particular el principio *pro homine* que ha inspirado todo su sistema democrático.

Por lo tanto, los nuevos caminos legislativos que se pretendan explorar estarán llamados a integrar y compatibilizar la interpretación de los Tratados Internacionales, tanto en sus instancias judiciales como consultivas, con la totalidad del sistema jurídico argentino.

Tal vez, en sus comienzos, la discusión parezca fundamentalmente académica y doctrinaria, pero lo cierto es que de ello dependerá en gran medida la labor posterior de los jueces, que serán quienes se encontrarán con los mayores escollos a la hora de aplicar el derecho a los casos concretos. Si bien serán ellos los que armonizarán el control de constitucionalidad al que se los obliga por mandato constitucional con el control de convencionalidad exigido desde las instancias supranacionales, será el Congreso y en última instancia el Presidente de la Nación quien deberá “observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina” como manda su art. 93.

En tal sentido, sostiene Rosatti⁵ que no hay un control de convencionalidad por fuera ni sobre el control de constitucionalidad, es decir –afirma–, que pretender “un control de convencionalidad alimentado por sus propias fuentes (normativas e interpretativas) que subordine apriorísticamente toda otra fuente normativa e interpretativa nacional es inconstitucional por violación a los artículos 27, 30, 31, 75 inc. 22 y 118 de la CN”⁶.

Por lo tanto, cabe preguntarse cuál es el margen de apreciación que tiene nuestro país para aplicar los Tratados Internacionales sin incurrir en contradicciones intrínsecas a su ordenamiento jurídico integral, o dicho de otra manera, cuáles son los límites a los que debe sujetarse para no vulnerar su soberanía constitucional. Existen reiterados fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los que se ha sostenido la doctrina del margen de apreciación de los Estados, que permite a los países resolver las cuestiones conflictivas en sus legislaciones teniendo en cuenta aquellos aspectos éticos e intereses propios de cada sociedad⁷.

De ahí que nos parece importante reflexionar en el presente artículo sobre la protección constitucional vigente del derecho a la vida del ser hu-

5 Rosatti, H., *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional del 13-2-2012, 1 y sigs.

6 Ídem, 7.

7 Cfr. Franck, M. I., “La Corte Interamericana y la vulneración de la soberanía de los Estados”, *EDCrim*, 22-5-2013, nro. 13.243.

mano en el inicio de su existencia en armonía con los compromisos internacionales asumidos a través de la suscripción de los Tratados de Derechos Humanos.

El principal obstáculo para innovar en la legislación del aborto: el estatuto jurídico del embrión humano

Una primera reflexión nos la sugiere la terminología utilizada en ambas redacciones de los textos con los que hemos iniciado este análisis. Mientras el órgano de Naciones Unidas se refiere a la “interrupción del embarazo”, la Academia Nacional se expresa en términos de protección del “niño” y la “madre”.

Es allí donde visualizamos la primera y gran diferencia de apreciación en torno a los sujetos involucrados en la acción abortiva. ¿Qué significa para nuestro sistema jurídico “interrumpir un embarazo”? ¿Implica detener la vida de un niño?

Haciendo referencia al aborto, afirma Bach de Chazal que el elemento esencial del delito no “es el estado de preñez, sino la existencia de la persona por nacer, cualquiera sea el lugar en que ésta se hallare”⁸; incluso, observa este autor, no se puede evitar considerar la destrucción de embriones dentro del tipo penal relativo al homicidio, dado que el dispositivo del art. 79 del Código Penal define esta última figura como la acción de “matar a otro”, mientras que no surge de su literalidad que ese otro sea nacido o no.

Frente a la acción abortiva cabe la pregunta: ¿quién es el otro? Sin dudas que se está haciendo referencia al embrión, como alguien y no como algo, al que se le está negando la posibilidad de continuar con su proceso vital de desarrollo.

En una primera instancia, resulta necesario mencionar que la existencia de vida desde la unión de los gametos femeninos y masculinos (fecundación) es un dato objetivo, experimental, que nos ofrecen las ciencias biológicas y que, además, lo hacen con el mayor consenso sobre que esa vida tiene claramente la cualidad de ser vida “humana”, es decir, propia de un miembro de la especie humana.

Hasta aquí podemos afirmar sin temor a equivocarnos que el estatuto biológico del embrión es el de un ser humano con toda la capacidad para desarrollarse de manera continua, única e irrepetible hasta el final de su existencia.

8 Bach de Chazal, R. (2009). *El aborto en el Derecho Positivo Argentino*. Buenos Aires. El Derecho, 154 y sigs.

Si seguimos avanzando hacia una conceptualización de la entidad jurídica del embrión humano, la respuesta la vamos a encontrar en el nuevo Código Civil y Comercial, que afirma con particular contundencia, en su art. 19, “que la existencia de la persona comienza con la concepción”. Luego se infiere sin mayores razonamientos la sinonimia existente entre el significado y alcance de los términos “persona humana” y “ser humano” y el valor que tiene la vida humana como condición necesaria y fundamental de su existencia.

Nuestros legisladores han querido ir más lejos aún en la definición del estatuto jurídico del embrión humano, considerando al fruto de la concepción un niño que ya existe en el vientre materno, tal como se sostuvo pacíficamente durante más de cien años a partir de aquellas afirmaciones de Vélez Sarsfield en la nota al art. 63 de la redacción original del Código Civil. Por su parte, la Ley N° 23.849, que incorporó la Convención sobre los Derechos del Niño, vino a confirmarlo frente a la comunidad internacional con la declaración interpretativa efectuada a su art. 1º, en la que nuestro país dejó claramente sentado que entiende por niño “todo ser humano desde la concepción hasta los dieciocho años”, manteniendo así una línea de coherencia a través del tiempo.

En consecuencia, nuestro país se comprometió a proteger al niño desde su concepción, asumiendo la tutela que brinda la Convención de 1989, según el significado y alcance del término “niño”, por lo tanto, no hacerlo implicaría el incumplimiento de una obligación internacional y de los estándares de convencionalidad.

Con posterioridad a la Ley N° 23.849, la Convención sobre los Derechos del Niño fue incorporada explícitamente con jerarquía constitucional por la Reforma de 1994 en el art. 75, inciso 22, junto a los demás Tratados y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos y a los que en un futuro pudieran incorporarse por mayoría especial del Congreso.

Los denominados “Tratados Constitucionales” han sido incorporados al texto de la Carta Magna: “[...] en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella conocidos”; es decir, que están en un mismo nivel que la Constitución Nacional, por lo tanto se encuentran por encima de toda ley interna, tal como lo exige el principio de prevalencia del Derecho Internacional convencional sobre el Derecho Interno contenido en el art. 27 de la Convención de Viena⁹.

9 “Artículo 27.- *El Derecho Interno y la observancia de los tratados*. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un tratado [...]”.

De lo dicho hasta aquí deducimos la virtual inconstitucionalidad que las iniciativas legislativas que conllevan el “desamparo” del niño podrían contener, tal como alerta el comunicado de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

El fundamento constitucional y convencional de la protección de los derechos del niño por nacer

Tal como lo hemos dicho, el argumento más sólido acerca del reconocimiento de los Derechos Humanos contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño y aplicados al embrión humano, lo encontramos en el art. 75, inciso 22, que incorpora los Tratados Constitucionales en las “condiciones de su vigencia”. Esto significa que nuestro país se ha comprometido a respetar la Convención en esos términos frente a la comunidad internacional, es decir, tal como rigen en el ámbito internacional, tomando en consideración las reservas y declaraciones interpretativas que se pudieran haber efectuado al tiempo de su incorporación al ordenamiento jurídico nacional¹⁰.

Con ese significado y alcance la Convención ha adquirido jerarquía constitucional y cualquier modificación que en un futuro se le pudiera introducir al texto, requerirá de la aprobación de la mayoría especial de los dos tercios de miembros del Congreso Nacional.

La redacción adoptada en nada contraría el espíritu de la Convención Internacional de Viena de 1969, que regula la forma de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones entre los Estados firmantes. En ese sentido, la Convención ofrece la posibilidad de obligarse de una manera condicionada a través de lo que se denominan reservas y declaraciones interpretativas y es doctrina generalizada en el Derecho Internacional, que ante cualquier duda o falta de certeza que pudiera suscitarse acerca del alcance y significado de alguna cláusula, deberá respetarse la voluntad de los Estados suscriptores, es decir, lo que han querido al momento de obligarse internacionalmente.

Esto es así porque existe en el concierto de las naciones una permanente vocación aperturista que privilegia el consenso y la mayor participación de los Estados frente a los posibles desajustes que se pudieran producir con el Derecho Interno de los países firmantes.

También es cierto que todo Tratado suscripto con alguna reserva o declaración interpretativa debe cumplir inevitablemente con la condición de

¹⁰ Cfr. Boggiano, A. (1995). *Introducción al Derecho Internacional. Relaciones exteriores de los ordenamientos jurídicos*. Buenos Aires, 103.

que de ninguna manera su incorporación contrariará los fines y la naturaleza intrínseca del Tratado.

Un sector de la doctrina, basándose en el tratamiento que hiciera la Comisión Internacional de Derecho en 1970, pretendió sostener la existencia de una “clara distinción” entre reserva y declaración interpretativa, y sostuvo que la CDI “excluyó las declaraciones interpretativas de la definición de reserva” equiparándolas a las declaraciones de principios o de políticas que refieren a un Tratado determinado¹¹.

Estas afirmaciones tuvieron su fundamento en las apreciaciones vertidas por parte de Marta Faur y Cristina Vallejos en la obra colectiva coordinada por Juan Vega y Marisa Graham¹².

En aquella publicación se afirmó que la Comisión de Derecho Internacional de 1970 diferenció las reservas de las declaraciones interpretativas, sosteniendo que estas últimas no estarían incluidas en la definición de reservas y que serían un acto unilateral que persigue darle una interpretación determinada al Tratado frente a otras posibles.

Como corolario de esa interpretación, deduce Gil Domínguez que, al no tener la misma jerarquía de una reserva, la declaración interpretativa podría modificarse con solo la votación de la mayoría simple de ambas cámaras, criterio que no compartimos.

Estas apreciaciones quedaron luego desactualizadas a partir de los estudios realizados por la Comisión Internacional de Derecho durante la década del noventa, que por encargo de la Asamblea de las Naciones Unidas profundizó el significado y alcance de las reservas y las declaraciones interpretativas.

Así fue como en la sesión N° 50 de 1998 la Comisión tuvo su tercer informe, y llegó a la conclusión, luego de analizar los trabajos de más de diez años, que tanto las reservas como las declaraciones interpretativas tienen el mismo valor y un similar régimen jurídico. Así lo confirma el “Manual de Tratados” preparado con carácter informativo por la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de Naciones Unidas, publicado en el año 2001, que presenta de manera indistinta una reserva como una declaración interpretativa, donde, cualquiera sea su denominación, el objeto que persigue es excluir o modificar los efectos jurídicos de las disposiciones del Tratado.

11 Gil Domínguez, A. (2000). *Aborto voluntario, vida humana y constitución*. Buenos Aires, 168.

12 Vega, J. C.; Graham, M. A. (1996). “Jerarquía constitucional de los tratados internacionales”. AA. VV., Cañero, J. P.; Faur, M. R.; Llamosas, E. M.; Méndez, J.; Ponce de León, R.; Vallejos, C. M. Buenos Aires. Astrea, 96 y sigs.

Esta división en la valoración de las declaraciones interpretativas estuvo presente en los debates de las sesiones de la Asamblea Constituyente del 2 y 3 de agosto de 1994. En aquella oportunidad la posición del sector mayoritario entendió, según lo confirman las declaraciones de su vocero, el convencional Rodolfo Barra, que “en las condiciones de su vigencia” “significa [...] tal y como fueron incorporados al ordenamiento argentino. La incorporación al ordenamiento argentino es, como dijo la Corte Suprema, en la causa Ekmekdjian, un ‘acto federal complejo’ que tiene tres etapas: primero, la firma del Tratado; segundo, la sanción y promulgación de la ley aprobatoria, y tercero, la ratificación internacional. Es decir, la manifestación internacional del consentimiento obligacional de nuestro país –lo que se hace, y por tanto, esto integra necesariamente el acto o Tratado–, con las reservas y declaraciones interpretativas, si las hubiese”¹³. “Por lo tanto, sólo en los términos de la ley que los aprueba y sólo en los términos de las reservas y declaraciones interpretativas que se introducen en el momento de realizarse el depósito por parte del Poder Ejecutivo, los Tratados tienen validez para nosotros”¹⁴.

En el mismo sentido se expresó el convencional Quiroga Lavié: “[...] que la vigencia de un Tratado alcanza no sólo al contenido del mismo, sino también a las reservas incluidas por el Ejecutivo al ratificar el respectivo Tratado. Ello no puede negarse que sea así, debido a que si es cierto que la ratificación es el acto constitutivo de la validez del Tratado, en tanto la reserva forma parte de la ratificación, es obvio que ella forma parte del Tratado”¹⁵.

Mientras que otro sector importante opinó que el Tratado rige independientemente de las declaraciones interpretativas, y un expositor representativo de esta posición fue el convencional Ricardo Alfonsín, quien manifestó: “[...] en lo concerniente a las condiciones en que se consagra la jerarquía institucional de los tratados y convenciones, se explicita que será en ‘las condiciones de su vigencia’. Tal requisito deberá interpretarse como las condiciones de vigencia en sí del Tratado y no a las condiciones de su vigencia para nuestro país”. “En este sentido, las declaraciones interpretativas formuladas al ratificar los Tratados no forman parte de éstos, ya que se trata de actos de naturaleza esencialmente distinta a la de las declaraciones y prescripciones incluidas en los textos de los Tratados”¹⁶.

13 Intervención del convencional Barra, Convención Nacional Constituyente, 22ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria [continuación], 2-VIII-1994, 2836.

14 Ídem. CNC, 23ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria [continuación], 3-VIII-1994, 3127.

15 Inserción solicitada por el convencional Quiroga Lavié, CNC, 23ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria [cont.], 3-VIII-1994, 3127.

16 CNC, 23ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria [continuación], 3-VIII-1994, 3093 y 3094.

También se pronunciaron en igual sentido los constituyentes Peltier¹⁷ y De Vedia¹⁸.

En tal sentido, resultan esclarecedoras las afirmaciones de Horacio Rosatti, constituyente y miembro de la Comisión de redacción de la reforma de 1994, cuando reconoce, haciendo referencia a las negociaciones de los constituyentes: “No me consta en absoluto que la expresión ‘en las condiciones de su vigencia’ de los Tratados Internacionales haya sido interpretada en la Convención Constituyente de 1994 en la forma descripta, implicando la subordinación del orden local a las interpretaciones que en ámbitos internacionales se realicen sobre tales documentos. Me consta, por el contrario, que la expresión en análisis remite a las diferentes modalidades de incorporación de tales Tratados en el orden jurídico argentino (v. gr.: con o sin reservas –y en este último caso, ‘según ellas’–, con o sin jerarquía constitucional)”¹⁹.

Revelan sendos testimonios periodísticos que en aquellas jornadas se vivieron momentos de mucha tensión en torno a este tema y resulta ser una pauta clara de interpretación histórica reconocer la existencia de una importante mayoría en la Asamblea Constituyente que pretendió explicitar la tutela del derecho a la vida desde la concepción, aunque a pesar de sus persistentes intervenciones, no lograron el suficiente consenso y prevaleció el criterio de no abordar la problemática del aborto por no ser un tema previsto en la ley de convocatoria de la Reforma. Como resultado de las intensas negociaciones que hasta hicieron peligrar la continuidad de la Asamblea, conformó en aquel momento la alternativa de reforzar la protección, aunque indirectamente, del derecho a la vida a través de la Convención sobre los Derechos del Niño “en las condiciones de su vigencia”, es decir, según el real significado y alcance de la definición de niño expresada en su art. 1º y su declaración interpretativa (Ley N° 23.849, art. 2º), dándole en esos términos jerarquía constitucional a través del art. 75, inciso 22, de la CN²⁰.

Los Derechos Humanos de un niño por nacer

Habiendo precisado hasta aquí el estatuto jurídico del embrión humano que lo define no solo como ser humano y persona, sino también como un

17 22ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria [cont.], 2-VIII-1994, 2871 y 2872.

18 22ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria [cont.], 2-VIII-1994, 2877.

19 Rosatti, H. (2013). *Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* (2003-2013). Santa Fe. Ed. Rubinzal Culzoni, 96.

20 Cfr. Rosatti, H. *Derechos Humanos...* Ob. cit., 8 y del mismo autor, ver *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional del 13-2-2012, 1 y sigs. Barra, R. C. (2008). *Temas de Derecho Público*. Buenos Aires. Ediciones Rap, 353.

niño por nacer, emerge claramente el deber de reconocerle aquellos derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, que resulten aplicables por su particular condición de no nacido.

Recordemos que la Convención se centra en el principio fundamental del “interés superior del niño”, explicitado en su art. 3º, al que recomienda se le debe prestar una especial atención y cuyo significado es que “Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar”; y reiteramos que esa ha sido la intencionalidad mayoritaria de los constituyentes, es decir, la de brindar la tutela más favorable a la persona desde su concepción²¹.

También, y tal como lo expresa su art. 2º, deberá aplicarse la Convención respetando el derecho a la igualdad “sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el *nacimiento* o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

Por último, resulta insoslayable mencionar su art. 6º, el cual afirma: “Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida” y agrega que estos “garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

Por lo tanto, resulta paradójico y hasta contradictorio que quienes tienen la función de velar por el cumplimiento de los preceptos de la Convención, como son los comités de seguimiento de Naciones Unidas, tanto el de Derechos Humanos como el de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño, intenten presionar para que se implementen legislaciones favorables al aborto, cuyo resultado último es siempre perjudicial para el niño por nacer.

Es más, resulta de difícil comprensión que se cuestione a la Argentina el haber adoptado una posición protectoria de mayor amplitud al extender el alcance del concepto niño hasta la concepción mientras que otros Estados solo lo hacen desde el nacimiento (ej.: Francia, Canadá, etc.), siendo además que es el espíritu que surge de los Trabajos Preparatorios de la Convención sobre los Derechos del Niño y del texto mismo de su art. 41: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El Derecho de un Estado Parte [...]”²².

En conclusión, creemos que de esta manera nuestro país sintoniza con coherencia una política expansiva de los Derechos Humanos, haciendo efec-

21 Barra, R. C. (1996). *La protección constitucional del derecho a la vida*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 79.

22 Cfr. Detrick, S. (1999). *A commentary on la United Nations Convention on the Rights of the child*. Netherlands. Martinus Nijhoef Publishers, The Hague, 51 y sigs.

tivo el art. 75º, inciso 23, de la Constitución Nacional, que manda proteger los Derechos Humanos de la mujer madre y del niño “en situación de desamparo, desde el embarazo [...]”. Desconocer este precepto implicaría ignorar el mandato de una norma que integra el bloque de constitucionalidad reforzada, máxima expresión jurídica de la cultura y soberanía de todo un pueblo.

PARTE III

NOTAS Y COMENTARIOS

**AFECTACIÓN DE LA COSA JUZGADA LOCAL
EN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE IDH. A PROPÓSITO
DEL FALLO “FONTEVECCHIA”**
*Affection of local res judicata in the judgments of the Inter-American
Court. About the case “Fontevicchia”*

Eliana P. Oudin¹

Recibido: 9 de septiembre de 2017

Aprobado: 9 de octubre de 2017

Resumen: El presente trabajo analiza el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, su integración con el Derecho Interno argentino y la afectación a la cosa juzgada, en función de la eficacia de la protección de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional. Ello a propósito del reciente fallo de la Corte IDH, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”.

Palabras claves: Corte Interamericana de Derechos Humanos - Sentencias obligatorias - Cosa juzgada - Debido proceso.

Abstract: This paper analyzes the binding nature of the judgments of the Inter-American Court of Human Rights, their integration with Argentine Domestic Law and the effect of res judicata, depending on the effectiveness of the protection of Human Rights in International Law. The purpose of the recent judgment of the Inter-American Court of Human Rights, “Ministry of Foreign Affairs and Worship Report sentenced in the case of Fontevicchia and D’Amico v. Argentina”.

¹ Abogada por la Universidad Católica de Santa Fe. Correo electrónico: elianaoudin@gmail.com.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights - Mandatory sentences
- Jued thing - Due process.

Para citar este texto:

Oudin, E. (2018). “Afectación de la cosa juzgada local en las sentencias de la Corte IDH. A propósito del fallo ‘Fontevvecchia’”, *Prudentia Iuris*, N° 85, pp. 123-135.

I. Introducción

Los procesos ante la Corte IDH tienen carácter subsidiario a la protección de Derechos Humanos, no tienen calidad de instancia o etapa procesal, por ello, no constituyen una vía de impugnación contra las decisiones que toman los jueces locales. La Corte interviene para verificar si en el Derecho Interno se han violado Derechos Humanos, sin que pueda revisar las sentencias dictadas por las autoridades jurisdiccionales de los Estados partes. Este fallo es definitivo e inapelable en la instancia internacional, el Estado parte se encuentra vinculado por esa decisión.

Ahora bien, la sentencia de la Corte Suprema, en el fallo “Fontevvecchia” –como se verá infra–, se preocupó en recordarnos que en los procesos ocurridos ante esta instancia internacional solo son parte el perjudicado por la sentencia y los representantes del Estado al cual pertenece el tribunal cuya decisión se protesta. La parte vencedora, en este caso el ex presidente Menem, no intervino en esta instancia y, aunque hubiera querido hacerlo, no hubiera podido, porque no era un sujeto legitimado en esa confrontación. La CSJN ha adoptado una postura “novedosa” respecto del valor de los pronunciamientos de organismos jurisdiccionales internacionales cuando estos modifican decisiones adoptadas en la justicia nacional. Nos preguntamos aquí: ¿Qué ocurre si la ejecución de la sentencia involucra a terceros que no fueron parte en la instancia internacional? ¿Puede dejarse sin efecto una sentencia con efecto de cosa juzgada en el orden interno?

Quiero dejar de manifiesto en el presente trabajo qué postura, si la de la CSJN o la de la Corte IDH, está en mejores condiciones para producir decisiones definitivas respetuosas de los Derechos Humanos en la solución de casos concretos.

II. Breve reseña del fallo “Fontevvecchia”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó sin efecto una indemnización dispuesta en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia

de la Nación, pasada en autoridad de cosa juzgada, a raíz de publicaciones periódicas. La Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación remitió a la Corte Suprema un oficio en el que se hace saber el pedido formulado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación para que se cumpla con la sentencia del organismo internacional. El Máximo Tribunal de la Nación, por mayoría, determinó que no correspondería hacer lugar a lo solicitado².

Explicaré brevemente cuáles fueron los argumentos utilizados por la Corte en el voto mayoritario, y en el voto separado de Rosatti para negarse a dejar sin efecto una sentencia que había dictado en el año 2001, no obstante que una sentencia de la Corte IDH así lo ordenaba.

a) Valor de las sentencias dictadas por la Corte IDH

Las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino, son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este (art. 68.1, CADH). Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el Tribunal Internacional dentro del marco de sus potestades remediales. En efecto, es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana³.

b) Carácter subsidiario del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y la inexistencia de una cuarta instancia

La CADH crea una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el Derecho Interno de los Estados americanos⁴. Esta subsidiaridad se manifiesta, entre otras, en la exigencia convencional de agotamiento de los recursos internos en forma previa al acceso al sistema regional y en el principio de que la Corte Interamericana no actúa como una instancia más en los casos tratados por las Cortes nacionales.

Dejar sin efecto la sentencia dictada por esta Corte Suprema en la causa “Menem”, en virtud de la orden de la Corte Interamericana, lo cual es sinónimo de “revocar”, conforme la primera acepción de esta palabra en el

2 Edición Especial *La Ley*. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 23-2-2017.

3 Considerando 6° del voto mayoritario.

4 Preámbulo CADH.

Diccionario de la Real Academia Española; implicaría transformar a dicho Tribunal, efectivamente, en una “cuarta instancia” revisora de las sentencias dictadas por esta Corte, en clara violación de los principios estructurantes del sistema interamericano y en exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema.

c) Límite material a la competencia de la Corte Interamericana

La CSJN sostiene que la Corte Interamericana, al ordenar dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada, ha recurrido a un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto por el texto convencional. Este análisis textual es de vital importancia, ya que la letra de los tratados determina la competencia de los Tribunales Internacionales, conforme lo establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Ahora bien, es importante tratar lo que establece la CADH en su art. 63.1, en la sección referida a Competencia y Funciones, donde prescribe lo siguiente: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. En consecuencia, en el considerando 13 del voto mayoritario, entiende nuestra Corte que el tenor literario de la norma no contempla la posibilidad de que la Corte Interamericana disponga dejar sin efecto una sentencia dictada en sede nacional.

d) Control de constitucionalidad sobre la Convención. Alcance del Derecho Público Interno sobre el Derecho Internacional

La Corte sostuvo que revocar su sentencia implicaría dejar sin efecto una decisión pasada en autoridad de cosa juzgada. Agregó que el principio de cosa juzgada era uno de los principios del Derecho Público a los que se refiere el art. 27 de la CN, y también dentro de estos principios se encuentra el carácter de la Corte como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial. Esta disposición constitucional –art. 27– establece que los Tratados Internacionales en los que sea parte el Estado argentino deben estar en conformidad con aquellos principios.

Y ante una posible objeción de que la CADH tiene, en conformidad con el art. 75, inc. 22, jerarquía constitucional, la Corte recordó que el mismo

inc. 22 dispone que los instrumentos a los que se les otorgó jerarquía constitucional no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución, entre los cuales se encuentra el art. 27.

La disidencia de Maqueda: Maqueda no revisa la competencia del Tribunal Interamericano para disponer dejar sin efecto la sentencia argentina, ni la posible afectación de derechos respecto de terceros involucrados, que no fueron parte del proceso internacional. Tampoco critica la posición de la mayoría. En su voto manda a cumplir la sentencia sin condicionamiento alguno. Acude como fundamento al art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, afirmando que razones de orden interno no pueden erigirse en obstáculo del cumplimiento de obligaciones ya asumidas, haciendo alusión al principio *pacta sunt servanda*⁵.

III. El cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico interno respecto de la remoción de la cosa juzgada

A continuación, veremos algunos fallos relevantes de la CSJN en referencia a la remoción de decisiones judiciales que gozan de los efectos de la cosa juzgada; en estos precedentes, algunos proveyeron insumos para la resolución del citado fallo “Fontevuechia”, así como otros que tienen relevancia para la causa fueron dejados de lado.

a) El fallo “Cantos”⁶

La Corte IDH decidió que el Estado argentino violó el derecho de acceso a la justicia; dispuso, así, que el Estado debía: 1) abstenerse de cobrar a Cantos, la tasa de justicia y la multa por falta de ese pago; 2) fijar en un monto razonable los honorarios devengados en la causa tramitada en el orden interno; 3) asumir el pago de los honorarios y costas correspondientes a los peritos y abogados del Estado y de la Provincia de Santiago del Estero (esta parte en el conflicto con Cantos, en el orden nacional); 3) levantar los embargos e inhibiciones que pesaban sobre el denunciante por el no pago de la tasa de justicia y por los honorarios regulados. El Procurador del Tesoro

5 Véase Gargarella, R. “La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana”. *La Ley*, edición especial, 25-2-2017; este autor comparte el voto de Maqueda, en cuanto cree que la Corte, a través de su decisión, pone en jaque su compromiso con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

6 Resolución N° 1.404/2003 *in re* “Cantos”, *Fallos*: 326: 2968.

ante la Corte Suprema solicitó al Tribunal que instrumentara el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana.

La CSJN por mayoría desestimó la presentación del Procurador del Tesoro, sosteniendo que hacer lugar a la petición del Procurador equivaldría a violar el derecho de defensa de quienes no fueron parte en el proceso internacional, por lo que rechazaron este pedido. Consideraron, además, que ello implicaría incumplir el Tratado con el fin de cumplirlo⁷. En esta línea de pensamiento, Boggiano dispuso dar traslado a los terceros afectados, para no vulnerar los derechos de éstos, y mandó a cumplir al Estado el resto de lo peticionado. Petracchi y López entendieron que la Corte Suprema, en las circunstancias del caso, carecía de atribuciones para modificar sentencias con autoridad de cosa juzgada, por lo que el Poder Ejecutivo deberá adoptar las medidas que considere apropiadas. En cambio, Maqueda, en su disidencia, dispuso que los fallos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen el carácter de definitivos e inapelables, que así mismo corresponde a la Corte velar por la buena fe que rige la actuación del Estado Nacional en el orden internacional, para que el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados no se vea afectada. También aclaró que no resulta obstáculo a lo decidido el hecho de que no hayan intervenido los letrados en cuyo favor han sido regulados los honorarios respectivos, porque este Tribunal debe acatar la decisión de la Corte Interamericana en cuanto a su interpretación de lo decidido en la causa.

Podemos observar, así, que en este fallo los integrantes del Tribunal, con excepción del voto de Maqueda, han demostrado su preocupación por la preservación de los derechos de quienes no fueron parte en el proceso internacional pero resultaron afectados por él.

La reducción del monto de los honorarios de los profesionales que no fueron parte en el procedimiento desarrollado ante la instancia internacional importaría la violación de garantías expresamente tuteladas por la Constitución Nacional (arts. 17 y 18) y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8º, 21 y 25); bajo el ropaje de dar cumplimiento con una obligación emanada de un tratado con jerarquía constitucional, llevaría a la situación de hacer incurrir al Estado argentino en responsabilidad internacional⁸.

7 Considerando 4º del voto mayoritario: “[...] Así, bajo el ropaje de dar cumplimiento con una obligación emanada de un tratado con jerarquía constitucional (art. 63.1 de la Convención), ello llevaría a la inicua –cuanto paradójica– situación de hacer incurrir al Estado argentino en responsabilidad internacional por afectar garantías y derechos reconocidos a los profesionales, precisamente, en el instrumento cuyo acatamiento se invoca”.

8 Cfr. Ídem.

b) “Espósito”⁹

La Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado argentino por deficiente tramitación de la causa, también declaró inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de Derecho Interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de Derechos Humanos. Ahora bien, en este fallo vemos que la Corte Suprema declara inaplicable las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción, a un supuesto que, en principio, no podría considerarse alcanzado por las reglas de Derecho Internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad –ya que no estamos frente a un delito de lesa humanidad. En consecuencia, vemos la paradoja de cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de Derechos Humanos restringiendo el derecho de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, derechos que también están garantizados al imputado por la Convención Interamericana.

c) El precedente “Derecho, René”¹⁰

En una primera sentencia, nuestra Corte debía resolver el alcance de la prescripción penal a pedido del recurrente. A pesar de que hacía dos meses la Corte IDH había sentenciado la responsabilidad del Estado argentino por los mismos hechos, la Corte Suprema rechaza la presentación. En una segunda sentencia la misma Corte Suprema resuelve una “acción aclaratoria”, interpuesta por el querellante, para que el Tribunal indique el alcance jurisdiccional de la resolución, es decir, de la confirmación de la sentencia recurrida, a la luz del fallo de la Corte Interamericana en el caso “Bueno Alves vs. Argentina”. La Corte Suprema interpretó, en su segunda intervención en el caso, que el nuevo planteo implica un recurso de revocatoria y que el presente es uno de esos casos por el cual las sentencias del Tribunal pueden ser excepcionalmente corregidas; con el objeto de dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia “Bueno Alves vs. Argentina”, decidió que corresponde hacer lugar al recurso de revocatoria, dejar sin efecto el pronunciamiento apelado y devolver las actuaciones a la instancia anterior para que, por quien corresponda, se cumplieren las pautas fijadas en dicho fallo¹¹.

9 “Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”.

10 Fallos: 334:1504.

11 Cfr. Considerandos 3° y 5° de la mayoría de fundamentos integrada por los jueces Highton de Nolasco, Petracchi y Zaffaroni. Concurrió con su voto el juez Maqueda.

Por su parte, la disidencia integrada por Fayt y Argibay puso de resalto que extender la condena del Tribunal regional al procesado, quien no había sido parte del proceso internacional, colocaría al Estado argentino en la paradójica situación de cumplir con sus obligaciones internacionales a costa de una nueva afectación de derechos y garantías individuales reconocidos en la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos que la integran.

Encontramos diferencias notorias entre el voto de la mayoría en “Derecho, René” y el de la mayoría en “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”. En el primero, la Corte acepta revocar su propio fallo en consecuencia de una sentencia internacional, dejando sin efecto una prescripción definitiva y sin atender los derechos del procesado.

El nuevo fallo implica una evolución en la perspectiva de la Corte, convirtiendo en *holding* parte de la fundamentación de la minoría en “Derecho”¹².

d) “Simón”¹³ y “Mazzeo”¹⁴, y su referencia a los casos “Altos Barrios” y “Almonacid” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En primera instancia se había dictado el sobreseimiento definitivo a favor del imputado con sustento en que había sido indultado por decreto del Poder Ejecutivo Nacional. Pero diecisiete años después, y a partir de una presentación conjunta de diversas personas, el juez federal declaró la invalidez constitucional del decreto y privó de efectos al sobreseimiento. Este auto fue revocado por la Cámara de Apelaciones con motivo de la excepción de cosa juzgada interpuesta por la defensa. Luego, la Cámara Nacional de Casación Penal –recurrido dicho pronunciamiento– declaró la inconstitucionalidad del decreto de indulto. Esta decisión motivó el recurso extraordinario incoado por el defensor del imputado. Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación –por mayoría– rechazó el recurso federal.

En este sentido, la Corte declara en relación a las garantías de cosa juzgada y *ne bis in idem*: “[...] Cabe recordar que la garantía [...] ha sido reconocida por nuestros Tribunales como una derivación implícita de diferentes cláusulas de la Constitución Nacional. Hoy, además, está expre-

12 Catalano, M. y Carnota, W. “La Corte Suprema reafirma su rol de tribunal final de las causas.” *La Ley*. 28-3-2017.

13 “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad”, etc. Causa N° 17.768.

14 “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad. Anulación de los indultos”.

samente prevista en los arts. 8º, inc. 4º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14, inc. 7º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [...]”. Sin embargo, dicho principio ha estado sujeto a algunas excepciones. Entre otras razones, el Tribunal entendió que la afectación a “[...] la seguridad jurídica, propia de las sentencias firmes [...] no debe ceder a la razón de justicia” (*Fallos*: 254:320); y que es conocido el principio conforme con el cual son revisables las sentencias fraudulentas o dictadas en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación. Y que no puede invocarse tal garantía cuando “[...] no ha habido un auténtico y verdadero proceso judicial, ni puede aceptarse que, habiendo sido establecida la institución de la cosa juzgada para asegurar derechos legítimamente adquiridos, cubra también aquellos supuestos en que los que se reconoce que ha mediado sólo un remedo de juicio [...]” (*Fallos*: 279:54, entre otros).

En el mismo sentido, aclara que debe tenerse presente que “[...] la cosa juzgada se dirige a lograr la plena efectividad de la prohibición de la doble persecución penal (*Fallos*: 315:2680)”. Pero a su vez, nos enseña que “[...] más allá de cuáles son los contornos precisos de la garantía que prohíbe el doble juzgamiento respecto de delitos comunes, en el Derecho Humanitario Internacional los principios de interpretación axiológicos adquieren plena preeminencia, tanto al definir la garantía del *ne bis in idem* como la cosa juzgada”.

Es en este orden de ideas que, este voto mayoritario, recuerda los casos de la CIDH que mencioné *ut supra*. Sobre este particular aclara que cabe reiterar que “[...] a partir de lo resuelto [...] en el caso ‘Barrios Altos’ CIDH - Serie C 75, del 14 de marzo de 2001, han quedado establecidas fuertes restricciones a las posibilidades de invocar la defensa de cosa juzgada para obstaculizar la persecución penal respecto de conductas como las aquí investigadas [...]”.

Seguidamente declara que aquella Corte supranacional “[...] resolvió que el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables (caso ‘Almonacid’, CIDH - Serie C N° 154, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 154)”.

Como se advierte, la CSJN justifica la no aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal, en la sujeción al sistema interamericano, dando carácter vinculante a la jurisprudencia interamericana.

Comparto lo resultado por la Corte Suprema; el debido proceso no se concreta por el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales, si la aplicación genera una situación extremadamente injusta.

IV. Análisis comparativo entre adoptar una u otra postura

Siguiendo el estudio del fallo del “Fontevicchia”, las posiciones expresadas de la mayoría de la Corte Suprema y la disidencia del Ministro Maqueda indican los caminos posibles a seguir.

La discusión que surge del fallo, con respecto a la jerarquía entre las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las del Derecho Constitucional, no puede ser resuelta únicamente invocando disposiciones de cada sistema jurídico, ya que los argumentos de ambas posturas son igualmente valederos. En efecto, es necesario recurrir a argumentos externos, en el *sub lite*, de tipo valorativo. La cuestión es establecer cuál de los dos procesos de toma de decisiones en juego, el nacional o interamericano, está en mejores condiciones para producir decisiones definitivas respetuosas de los Derechos Humanos en la solución de casos concretos.

Siguiendo esta línea de pensamiento, si la sentencia de la causa “Memen” fuera revocada, el caso quedaría configurado de la siguiente manera. El actor en ese juicio resultó vencedor en el proceso y obtuvo el derecho a cobrar una indemnización. Este derecho se convirtió en un derecho adquirido cuando la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada. Por lo tanto, si aquella decisión fuera revocada, su derecho adquirido sería aniquilado y debería devolver el dinero. En efecto, resultaría que el derecho adquirido del vencedor en el juicio de daños se extinguiría como resultado de una decisión adoptada en un proceso en el que no tuvo ninguna participación. Es por ello que la Corte Suprema no podía, simplemente, revocar la sentencia dictada en la causa, sin que se planteara esta cuestión, que involucra la aplicación de derechos que, como los de propiedad y debido proceso, no sólo están consagrados en la Constitución Nacional, sino también en la propia Convención Americana¹⁵.

El conflicto que se presenta es compatibilizar la existencia de la jurisdicción internacional con los principios rectores del Estado de Derecho, así como el debido resguardo de principios y garantías constitucionales¹⁶.

Una sentencia transnacional que pretenda trasponer el límite de la cosa juzgada entre partes tiene que decidir cómo la garantía será reestablecida, donde lo hecho en el Derecho Interno es indiferente, pues no revisa la

15 Cfr. Solá, J. V.; González Tocci, L.; Caminos, P. A. “La Corte Suprema y la Corte Interamericana”. *La Ley* 23-2-2017.

16 Véase Sagüés, N. P. “El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales”. *La Ley* 19-2-2009; este autor hace un llamado a la prudencia de la Corte Interamericana en el ejercicio del control de convencionalidad, de lo contrario, el propio tribunal debilitaría su autoridad.

sentencia local sino el comportamiento del Estado en el cumplimiento de los Derechos Humanos¹⁷.

En aquellos casos en los que el Tribunal Internacional encuentre que una sentencia nacional viola normas internacionales, deberá así declararlo y el Estado deberá arbitrar todos los medios necesarios para hacer cesar los efectos de esa sentencia. Además, no necesariamente debe intervenir el Poder Judicial, y como en el caso en cuestión, la devolución de dineros pagados en virtud de la sentencia la puede hacer el Estado Nacional, dado que quien percibió esa indemnización o condena civil no fue parte en el juicio interamericano. Lo que no es correcto es *revocar* la sentencia nacional firme.

Ahora bien, la sentencia en comentario hace hincapié en los principios de Derecho Público que deben respetar los Tratados Internacionales de acuerdo con el art. 27 de la CN, y en tal sentido, resalta que entre ellos está el carácter supremo de las decisiones de la Corte Suprema, conforme al art. 108 de la CN. No obstante, más importantes aún son el derecho de defensa y el debido proceso, que, ciertamente, se vulnerarían si dejaran sin efecto las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada en virtud de fallos de la Corte Interamericana, dictadas en procedimientos en el que una de las partes afectadas –en nuestro, caso Menem– no han sido parte, y peor aún, ni siquiera han sido oídas¹⁸. Es por ello que la Corte Interamericana no es una “cuarta instancia”, las partes del proceso –y la prueba– no son las mismas. Parece elemental que una sentencia no puede ser opuesta a alguien que no ha sido parte en el proceso. Sin embargo, estas cuestiones se plantean en los fallos de la Corte Interamericana.

De modo que es el Estado y no los jueces quienes deben disponer las medidas de reparación pertinentes. Es decir, es el Estado el que debe reintegrar las sumas que por todo concepto los vulnerados en sus derechos (según el Tribunal Internacional) debieron afrontar, pero nunca quien no fue parte en el juicio internacional.

En definitiva, las sentencias de la Corte Interamericana no pueden “revocar” sentencias firmes de la CSJN; no obstante, si el Tribunal Internacional decide que esa sentencia violó el Derecho Internacional, debe así declararlo y el Estado argentino (sus tres Poderes) debe “hacer cesar sus efectos”, sin que ello implique la revocación formal del fallo¹⁹.

17 Cfr. Gozaíni, O. A. “La revisión de la cosa juzgada local en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *La Ley*, 24-4-2017.

18 Cfr. Ibarlucía, E. A. “Obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y derecho de defensa en juicio”. *La Ley*, 15-3-2017.

19 Cfr. Manili, P. L. “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. *La Ley* 20-3-2017.

V. Conclusión

Considero que el fallo es acertado, no así los argumentos que ha utilizado la mayoría. Desde mi postura, creo que debió poner énfasis en el argumento de preservar los derechos y garantías de quienes no han sido oídos en el proceso internacional, de quienes no son parte –derecho de defensa y debido proceso–, porque justamente el sistema interamericano está diseñado así, para declarar la responsabilidad internacional del Estado, no para ser una instancia revisora.

Recordemos que, en orden al acatamiento de los Tribunales Supremos respecto de la jurisprudencia interamericana, Argentina tiene un grado muy alto de cumplimiento de los criterios de la Corte Interamericana.

Lo cierto es que la Corte Suprema con su decisión no afectó en los hechos las facultades y garantías convencionales de quienes recurrieron a la instancia internacional. Por supuesto, hay un cambio de doctrina jurisprudencial, pero no se han desconocido las obligaciones internacionales, por lo menos referidas a los amparados en el orden internacional. Y de este modo se ha respetado a quienes obtuvieron reconocimiento de sus derechos en el orden local, antes del proceso internacional, y que no fueran parte de ese proceso²⁰.

Coincido con la disidencia de los ministros Fayt y Argibay en el ya mencionado fallo “Derecho, René”, en el cual exponen que una decisión como la que se pretende no solo implicaría una afectación al derecho de defensa (de aquella parte que no ha estado presente ni ha sido escuchada en el proceso ante la Corte Interamericana), sino que además colocaría al Estado argentino en la paradójica situación de cumplir con sus obligaciones internacionales a costa de una nueva afectación de derechos y garantías individuales reconocidos en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos que la integran²¹; el fallo convierte en *holding* parte de esta fundamentación.

Éste, en mi opinión, debió ser el argumento central para negarse a dejar sin efecto la sentencia, y pone de manifiesto cuán cuidadosa debe ser, también en sus fallos, la Corte Interamericana.

Finalmente, y según el estudio de Alfonso Santiago²², el criterio de la Corte Suprema está en consonancia con la postura adoptada por la mayoría de los Tribunales Supremos Nacionales en el Derecho Comparado.

20 Cfr. Gelli, M. A. “Los alcances de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y la reivindicación simbólica de la Corte argentina”. *La Ley* 23-2-2017.

21 Cfr. Considerando 8° del voto en disidencia en “Derecho”.

22 Santiago, A. “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra?”. *La Ley*, 23-2-2017.

Bibliografía citada

- Catalano, Mariana y Carnota Walter, “La Corte Suprema reafirma su rol de tribunal final de las causas”, *La Ley*, 28-3-2017.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Corte IDH, Caso “Cantos vs. Argentina” (Excepciones Preliminares), Sentencia del 7 de septiembre de 2001, Serie C No. 85, párr. 29.
- Corte IDH, Caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”.
- “Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal”. *Fallos*: 334:1504.
- “Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”. *Fallos*: 326: 2968.
- Gargarella Roberto, “La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana”, *La Ley*, edición especial, 25-2-2017.
- Gelli, María Angélica, “Los alcances de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y la reivindicación simbólica de la Corte argentina”, *La Ley* 23-2-2017.
- Gozaíni, Osvaldo A., “La revisión de la cosa juzgada local en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *La Ley*, 24-4-2017.
- Ibarlucea, Emilio A., “Obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y derecho de defensa en juicio”, *La Ley*, 15-3-2017.
- La Ley*. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Edición Especial. 23-2-2017.
- Manili, Pablo L., “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *La Ley* 20-3-2017.
- “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad. Anulación de los indultos”.
- “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.
- Resolución N° 1.404/2003, *in re* “Cantos”.
- Sagüés, Néstor P., “El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales”, *La Ley* 19-2-2009.
- Santiago, Alfonso, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra?”, *La Ley*, 23-2-2017.
- “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad”, etc. Causa N° 17.768.
- Solá, Juan Vicente; González Tocci, Lorena; Caminos, Pedro A., “La Corte Suprema y la Corte Interamericana”, *La Ley* 23-2-2017.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LOS EXÁMENES GENÉTICOS DIRECTOS AL CONSUMIDOR

Informed consent on Direct to Consumer Genetic tests

Leonardo L. Pucheta ¹

Recibido: 4 de diciembre de 2017

Aprobado: 5 de febrero de 2018

Resumen: El artículo atiende a los novedosos estudios “genéticos directos al consumidor” y a la necesidad de reflexionar en torno a la utilidad y alcances, en la era de la revolución genética y del Big Data, del consentimiento informado tradicional, instrumento de indiscutible relevancia en el Derecho Nacional y Comparado en materia sanitaria y de investigación con seres humanos, pero que presentaría limitaciones para garantizar el respeto a los principios de autonomía, privacidad y confidencialidad.

Palabras claves: Genética - Consentimiento Informado - Big Data - Autonomía - Privacidad - Confidencialidad - Investigación con seres humanos - Relación médico-paciente - Medicina - Bioética.

Abstract: This article refers to the relatively new “direct to consumer genetic tests” and the need to ponder on the usefulness and scope, in the context of the rapidly evolving genetic and Big Data era, of the traditional informed consent, an instrument of indisputable relevance in national and comparative health law and research involving human subjects regulations, that would show to have limitations to ensure respect for the principles of autonomy, privacy and confidentiality.

¹ Abogado. Magíster en Ética Biomédica. Doctorando en Ciencias Jurídicas (UCA). El presente texto se inscribe en el marco del proyecto de investigación conjunto entre la Facultad de Derecho y el Instituto de Bioética de la UCA en torno a los aspectos éticos y jurídicos de la utilización de información genética. Correo electrónico: puchetaleo@hotmail.com.

Keywords: Genetics - Informed Consent - Big Data - Autonomy - Privacy - Confidentiality - Research Involving Human Subjects - Physician-patient relationship - Medicine - Bioethics.

Para citar este texto:

Pucheta, L. (2018). “El consentimiento informado en los exámenes genéticos directos al consumidor”, *Priudentia Iuris*, N° 85, pp. 137-150.

I. Introducción

El punto a partir del cual se ensayan las presentes reflexiones es relativamente pacífico, pues resulta muy sencillo advertir que los desarrollos tecno-científicos no avanzan necesariamente de la mano de la conciencia moral de los individuos que como sujetos activos o pasivos están involucrados en su aplicación. La misma afirmación cabría respecto del Derecho –cuanto menos limitado en su faz positiva–, toda vez que, en efecto, la realidad biotecnológica contemporánea ofrece un creciente abanico de opciones diagnósticas, terapéuticas o de mera *mejora de la condición humana* que las normas jurídicas aún no se encuentran en condiciones de afrontar eficazmente. En el marco de un rápidamente cambiante escenario en términos de acceso a nuevas y más potentes herramientas biotecnológicas, la Ética y el Derecho –disciplinas esencialmente prescriptivas– no pueden limitarse a describirlo, soslayando su impacto en las relaciones humanas y asumiendo un rol pasivo que no implica más que el abandono de su intrínseco rol normativo.

Interpeladas por realidades que exigen respuestas concretas y que ponen en jaque institutos tradicionales de los ordenamientos jurídicos vigentes, las referidas disciplinas comienzan a ensayar propuestas regulatorias y líneas argumentales tendientes a ofrecer pautas hermenéuticas para la resolución de los nuevos conflictos generados. Tal como sostiene Sgreccia, “nunca como ahora ha sido tan importante la ética en la medicina, en la biología y en la sociedad [pues] los descubrimientos científicos han hecho que la moral, la que se ocupa de la vida, interese a todos, que sea un problema de importancia prioritaria en la sociedad a nivel mundial”². En línea con ello, desde la perspectiva jurídica, Lafferriere señala que “a medida que crece el poder de intervención del hombre sobre el misterio de la vida humana, aumenta también la exigencia jurídica de tutelar a la persona humana, su

2 Sgreccia, E. (2007). *Manual de Bioética. Fundamentos y ética biomédica*. T. I. Madrid. Biblioteca de autores cristianos, 379.

dignidad y derechos fundamentales ante instrumentos mucho más invasivos y riesgosos”³.

Por su parte, la Medicina se encuentra transitando un proceso de profundos cambios. Sumado a la velocidad y la facilidad para el intercambio de la información –favorecido por el desarrollo de las comunicaciones en general y de internet en particular–, las nuevas tendencias legislativas, la “ampliación” del concepto de salud, y una evidente mutación de la relación médico-paciente, dan lugar a la que algunos denominan “medicina del deseo”⁴. Ésta se aparta del modelo tradicional según el cual el paciente acude al profesional de la salud con el objeto de superar el estado patológico y, así, alcanzar el estado saludable, para convertirse en un sistema de demandas apoyadas fundamentalmente en institutos propios de la relación de consumo, inclusivos de prestaciones no necesariamente asociadas a las respuestas terapéuticas esperables de los profesionales del arte de curar⁵. El fenómeno destacado se enmarcaría en un cambio paradigmático tanto en el ámbito del Derecho como en el de la Medicina, según el cual el traslado del Orden Público hacia la Autonomía de la voluntad, evidenciado en el plano jurídico, podría entenderse como un proceso análogo al avance de la autonomía del paciente en desmedro del llamado modelo médico-paternalista. En ese escenario, el concepto de “Consentimiento Informado” prorrumpe energicamente y se constituye como un concepto primordial en la relación médico-paciente y en materia de investigación con seres humanos.

El Código de Núremberg, piedra basal de la protección internacional de las personas sujetos de experimentación, consigna que “el consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial”⁶ y, a su turno, la

3 Lafferriere, J. (2011). *Implicancias jurídicas del diagnóstico prenatal. El concebido como hijo y paciente*. Buenos Aires. Editorial de la Universidad Católica Argentina, 18.

4 Escobar Triana M.D., J. (enero-junio 2007). “Bioética, cuerpo humano, biotecnología y medicina del deseo”. En *Revista Colombiana de Bioética*. Vol. 2, núm. 1, 33-51. Disponible en línea en: <http://www.redalyc.org/pdf/1892/189217294003.pdf>. [Último acceso: 5-7-2014].

5 Pucheta, L. L. y Eleta, J. B. (junio 2015). “Cobertura de Salud en la legislación argentina de los últimos ocho años”. En *Vida y Ética*, Año 16, N° 1.

6 “El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. Esto quiere decir que la persona implicada debe tener capacidad legal para dar su consentimiento; que debe estar en una situación tal que pueda ejercer su libertad de escoger, sin la intervención de cualquier elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción o algún otro factor coercitivo o coactivo; y que debe tener el suficiente conocimiento y comprensión del asunto en sus distintos aspectos para que pueda tomar una decisión consciente. Esto último requiere que antes de aceptar una decisión afirmativa del sujeto que va a ser sometido al experimento hay que explicarle la naturaleza, duración y propósito del mismo, el método y las formas mediante las cuales se llevará a cabo, todos los inconvenientes y riesgos que pueden presentarse, y los efectos sobre su salud o persona que puedan derivarse de su participación en el experimento. El deber y la responsabilidad de determinar la calidad del consentimiento recaen en la persona que inicia,

Declaración de Helsinki⁷ –adoptada por la Asamblea Médica Mundial en 1964 y reformada por última vez en el año 2013–, la que propone principios éticos aplicables a la investigación médica en seres humanos, incluida la investigación del material humano y de información identificables, asigna un lugar central al carácter voluntario de la participación de los sujetos de investigación, regulando pormenorizadamente la obtención del referido consentimiento.

Por otro lado, en el marco de la antes señalada mutación de la relación entre el paciente y el médico o entre aquel y el equipo médico tratante, el consentimiento informado luce como el principal medio a través del cual se explicita la autonomía del paciente. Al respecto, destacan Peralta y Parra, refiriendo a la opinión del bioeticista Diego Gracia, que “el consentimiento informado es el eje fundamental sobre el cual se desarrolla esta nueva relación médico-paciente”⁸.

En nuestro país, la Ley n° 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, establece, en el art. 2°, que “constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes: [...] e) Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad [...] [e] f) Información sanitaria. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información”⁹. Luego, la norma destina el Capítulo III a regular expresamente la figura del consentimiento informado, definiéndolo y estableciendo sus componentes esenciales¹⁰.

dirige, o implica a otro en el experimento. Es un deber personal y una responsabilidad que no puede ser delegada con impunidad a otra persona”.

7 Asociación Médica Mundial, “Declaración de Helsinki - Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos”. [En línea] <https://www.wma.net/es/policias-post/declaracion-de-helsinki-de-la-amm-principios-eticos-para-las-investigaciones-medicas-en-seres-humanos/> [Último acceso: 4-12-2017].

8 Peralta, M. T.; Parra, M. O. (2002). “Algunas reflexiones sobre el consentimiento informado”. En *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología*. [En línea] <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=195214305001>. [Último acceso: 6-7-2014].

9 <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/texact.htm>.

10 Ley N° 26.529, art. 5°. - “[...] Entiéndese por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos

Relativamente novedoso en el Derecho Nacional¹¹, el consentimiento informado tiene una larga tradición en ordenamientos comparados y en el Derecho Internacional Público. Tanto desde la mención genérica del naciente instituto en el ya señalado Código de Núremberg, como en las Guías Operacionales para Comités de Ética que evalúan Investigación Biomédica emitidas por la Organización Mundial de la Salud, los instrumentos emitidos en el ámbito de la UNESCO, el documento de Buenas Prácticas Clínicas aprobado en la IV Conferencia Panamericana para la armonización de la reglamentación farmacéutica de 2005, o la Declaración de Helsinki, para citar algunas, se recepta pacíficamente la necesidad de contar con el consentimiento del paciente o del sujeto de investigación con el fin de resguardar sus intereses¹².

Hemos destacado que “la doctrina moderna del consentimiento informado representa un elemento ético y jurídico esencial para cualquier intervención médica que pretenda la protección de los pacientes y de sus derechos fundamentales. El valor protegido por el mentado instrumento es el de la autonomía del paciente, derivado del concepto de dignidad humana, según la cual cada individuo de la familia humana debe ser tratado como un fin en sí mismo y no como un medio. La autora [Kollek] señala con precisión la importancia del consentimiento informado como un límite del poder estatal, de la medicina y de la comunidad por sobre el individuo. Pero al turno que el requisito del consentimiento informado tiende a garantizar la protección de los derechos de la persona en el contexto de un tratamiento

y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento”. Disponible en línea en <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/texact.htm> [Último acceso: 4-7-2014].

11 En los últimos años se han aprobado numerosas normas en el ámbito del Derecho Médico y en torno a la problemática bioética, entre las que cabe citar a modo de ejemplo las denominadas Ley de Identidad de Género y de Muerte Digna (reforma la Ley N° 26.529) o las normas relativas a la cobertura de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. A su vez, el proyecto de reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, introdujo el concepto de CI a las relaciones de familia, otorgándole un lugar central incluso para la determinación de la filiación. Hemos profundizado al respecto en Pucheta, L. L. “*Fictio Iuris*: La voluntad procreacional en el proyecto de reforma del Código Civil argentino”. En *El Derecho*. Buenos Aires, N° 13.035, 248.

12 Kollek, R. “Article 6°: Consent”. En *The UNESCO Universal Declaration on Bioethics and Human Rights. Background, principles and application*. Ethics series, 126.

médico o de una investigación científica, también implica cierta protección para los profesionales tratantes o el equipo investigador, en tanto podría cobrar relevancia en procesos de responsabilidad profesional¹³. En el contexto descrito, signado por la aparente avanzada de la autonomía del paciente frente al modelo clásico vertical y paternalista, el consentimiento informado aparece como un instrumento de relevancia indiscutible.

II. La novedad genética

En el año 2001 se logró conocer la estructura completa del ADN, uno de los hallazgos más relevantes de la ciencia moderna y que abrió un abanico de posibilidades diagnósticas y terapéuticas hasta el momento improbables y aún hoy, más de una década después, en vías de desarrollo. Mediante el uso de la información relacionada al patrimonio genético de la especie humana, por ejemplo, podría determinarse la presencia de genes productores de determinadas enfermedades en personas en estadio prenatal o incluso detectar patologías que el paciente padecería en el futuro¹⁴.

Luego, las herramientas de edición genética, tales como la recientemente divulgada técnica CRISPR/Cas 9 –aún en fase experimental–, representan para algunos el acceso a una nueva era de la biología molecular, debido al amplio margen de opciones que ofrecería en términos terapéuticos o de *enhancement*¹⁵. Semejante *revolución*, a la que sólo nos referimos sucintamente para no excedernos en la consigna planteada, genera nuevos y abundantes interrogantes.

En el intento por delimitar el problema planteado en estas líneas y algunos de sus rasgos característicos, se han señalado: la transformación de la relación médico-paciente y la revolución científica producida por el conocimiento del genoma humano y las potentes herramientas de edición genética, así como sus múltiples utilidades. Podría argumentarse que el alcance del avance de la autonomía del paciente-consumidor y de las aplicaciones

13 Pucheta, L. L. (2017). “La pretensión de universalidad de la Bioética a la luz de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos” [en línea]. Tesis de Maestría. Universidad Católica Argentina. Facultad de Ciencias Médicas. Instituto de Bioética. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/pretension-universalidad-bioetica-pucheta.pdf>. [Último acceso: 2-12-2017].

14 Novoa S., F. (2007). “Desafíos éticos en la investigación y aplicación clínica de la genética”. En *Revista chilena de neuropsiquiatría*. Vol. 45, N° 4, 305-313 [En línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0717-92272007000400006&script=sci_arttext [Último acceso: 2-7-2014].

15 Doudna, J. A. y Charpentier, E. “The new frontier of genome engineering with CRISPR-Cas9”. [En línea] <https://innovativegenomics.org/wp-content/uploads/2016/06/Doudna-Charpentier-Science-2014.pdf> [Último acceso: 2-12-2017].

biotecnológicas asociadas a la genética han sido favorecidas por la explosión en las comunicaciones causada por la aparición de internet y de todas las herramientas asociadas. De este modo, ha pretendido introducirse brevemente la tríada que a nuestro criterio aparece como la base propicia para la aparición de las denominadas *direct-to-consumer genetic testing*, las que de acá en más denominaremos DTC, vale decir: autonomía, genética e internet.

III. Estudios genéticos directos al consumidor

Los DTC son estudios genéticos comercializados principalmente a través de internet, sin la intervención de profesionales del servicio de salud¹⁶, mediante los que las empresas prestadoras ofrecen al consumidor resultados probabilísticos sobre el riesgo de contraer una serie de patologías comunes. Para ello, valiéndose de tecnologías *genome-wide* (GWT)¹⁷, se contrastan las muestras obtenidas con los descubrimientos realizados en el marco de investigaciones genéticas conocidas como *genome-wide association studies* (GWAS)¹⁸.

Las utilidades de los DTC no se limitan a estudios de riesgos relativos, sino que –además– son ofrecidos para determinar una paternidad o el origen ancestral o étnico de un individuo o grupo de individuos y existe también oferta orientada a brindar servicios de información tendientes a mejorar el estilo de vida o como “estudios de mera curiosidad”.

Cabe señalar que los DTC distan de ser pacíficamente receptados por la doctrina médica, bioética y jurídica. Se han señalado ventajas tales como el fácil acceso (resultados a través de correo electrónico), los bajos costos¹⁹ y una presunta profundización de la autonomía del individuo. Jane Kaye, por ejemplo, sostiene que los DTC presentan desafíos para las normas que actualmente regulan los exámenes genéticos, pues suponen un cambio en el control de la información genética, la que saldría del dominio clínico y de los profesionales de la salud para pasar a manos de los consumidores, poniendo

16 Su, P. “Direct-to-consumer genetic testing: a comprehensive view”. *Yale J Biol Med.* Sep. 2013; 86(3): 359–365. [En línea] <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3767220/#!po=4.16667-> [Último acceso: 4-7-2014].

17 La investigación en genética exige el acceso a muestras biológicas y a información adicional sobre condiciones de salud y estilo de vida de los individuos a las que pertenecen. Para lo primero, las GWT permiten obtener muestras biológicas a través de instrumentos diseñados al efecto (*buccal swab* o *spit vessel*).

18 Estudios de asociación al genoma completo.

19 Su, P. “Direct-to-consumer genetic testing: a comprehensive view”. *Yale J Biol Med.* Sep. 2013; pp. 359-365. [En línea] <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3767220/#!po=4.16667-> [Último acceso: 4-7-2014].

de relieve que los estudios genéticos no se estarían realizando sólo por razones médicas, ni en clínicas genéticas y sin la intervención de especialistas²⁰. Se advierte en este punto una transformación en la relación de las personas con su información personal, permitiendo un creciente control del individuo sobre la cantidad de información utilizada, el método y por quién²¹. Para sus defensores, los DTC empoderarían a los consumidores ya que podrían educarse y tomar decisiones respecto de su propia salud²² y en la medida en que habría un interés público en juego, limitar el acceso a tales estudios sería excesivamente paternalista.

Por otro lado, especialistas han realizado duras críticas a los DTC relacionadas con la falta de intervención –en general– de un prestador de salud, razón por la cual los resultados tendrían un valor muy limitado para la estimación de riesgos relativos. Se habría comprobado en un estudio publicado en Estados Unidos que sólo unos pocos prestadores de los DTC han examinado el impacto de los resultados obtenidos entre los consumidores. No obstante, se ha planteado como otro efecto negativo un posible aumento en los costos del sistema de salud, en tanto los consumidores acudirían en búsqueda de asesoramiento adicional por parte de especialistas o consultas a sus médicos de cabecera con mayor frecuencia²³.

IV. Un consentimiento informado para los DTC

Según destacan Casado da Rocha y Agiriano²⁴, la doctrina en general señala tres principios involucrados en el proceso de la investigación biomédica, a saber: a) respecto a la intimidad, b) consentimiento informado y c) confidencialidad. Como se ha dicho, el consentimiento informado es el instrumento fundamental propuesto por la normativa vigente para garantizar el respeto de tales principios.

20 Kaye, J. (2008). “The regulation of direct-to-consumer genetic tests”. *Hum Mol Genet*, 180-183. [En línea] <http://hmg.oxfordjournals.org/content/17/R2/R180.full>. [Último acceso: 4-7-2014].

21 Mathews, D.; Jamal, L. “Revisiting Respect for Persons in Genomic Research”. En *Genes*, 2014, 5, 1-12. [En línea] <http://www.mdpi.com/2073-4425/5/1/1> [Último acceso: 6-7-2014].

22 Bloss, C.; Darst, B.; Topol, E.; Schork, N. (2011). “Direct-to-consumer personalized genomic testing”. *Hum Mol Genet*. 2011 Oct. 15; 20(R2):R132-41 [En línea] <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/21828075>. [Último acceso: 5-7-2014].

23 Ídem.

24 Casado da Rocha, A.; Etxeberria Agiriano, A. (2008). “El consentimiento informado ante los biobancos y la investigación genética”. En *Arbor*, N° 184 [En línea] <http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/viewArticle/176>. [Último acceso: 6-7-2014].

Ahora, atendiendo a la sucinta definición de los DTC referida, cabría plantear algunos interrogantes. ¿Se condicen los consentimientos informados utilizados con los fines enunciados en la normativa aplicable en el contexto de los DTC? ¿Son coherentes sus presupuestos con los principios rectores en materia de investigación biomédica?

V. Estado de la cuestión

Si bien en el ámbito jurídico nacional aún no se ha profundizado el tema en análisis, la doctrina internacional cuenta con un desarrollo relativamente amplio en la materia, al que cabe aludir a continuación.

En efecto, parte de la doctrina se ha expresado en contra de la utilización de los consentimientos informados “tradicionales” debido a que por las particularidades de los estudios genéticos sería necesaria la obtención de un consentimiento “abierto”. Ello permitiría obtener el consentimiento del paciente/sujeto de investigación a pesar de no poder dar certeza respecto de las eventuales utilidades de la información obtenida. En ese sentido, podría sostenerse que el instrumento suscripto no cumpliría en resolver cuestiones centrales tales como la confidencialidad, la privacidad o la discriminación genética, lo que implicaría una ruptura con la normativa internacional en materia de investigación clínica en concreto y un modo más difuso, de DDHH.

Casado da Rocha y Agiriano, por ejemplo, han destacado que las bases de datos para investigación biomédica tienen por objetivo obtener conocimientos sobre la estructura y el funcionamiento del ADN o del genoma completo, razón por la cual es necesario preguntarse por las posibles utilidades de las muestras obtenidas. Afirman que “la necesidad práctica de reutilización de las muestras almacenadas genera conflictos para establecer un modelo de consentimiento informado adecuado para la recolección de las mismas”²⁵.

“[el] modelo tradicional de CI tiene hoy que afrontar los nuevos desafíos que han traído consigo los avances en la tecnología de investigación biomédica, en particular los asociados a la creación de biobancos de propósito general [...] ya que estos biobancos están diseñados para ser usados por muchos investigadores y por muchos proyectos presentes y futuros”²⁶.

Mathews y Jamal, por otro lado, entienden que las estructuras y las normas que regulan el desarrollo y el uso de biobancos fueron establecidas

²⁵ *Ibidem*, 251.

²⁶ *Ídem*.

en un momento histórico en el que la re-identificación de los aportantes de la información personal era poco probable y alcanzaba con proteger su anonimato para asegurar la confidencialidad y evitar eventuales discriminaciones. Las autoras afirman, a su vez, que limitar el uso de la información almacenada en biobancos implicaría reducir los beneficios de la investigación para la sociedad y atentaría contra la voluntad de los individuos que brindaron su información con conciencia o con la expresa intención de su posterior utilización. En esa línea, proponen complementar el uso de los CI tradicionales con otras estrategias que permitan asegurar que el proceso de investigación responde al debido respecto a las personas²⁷.

VI. Big Data entra en escena

En el mes de septiembre de 2017 el Comité Internacional de Bioética (CIB) de la UNESCO se expidió respecto del fenómeno de Big Data y su vinculación con la salud²⁸, relación que tendría impacto en institutos uniformemente receptados por normativas nacionales e internacionales, vale decir, la autonomía, el consentimiento informado y la protección de datos personales, entre otros.

El mentado fenómeno, caracterizado por la creciente cantidad de información digital existente, la multiplicidad de tipos y fuentes, el prácticamente inmediato acceso a ésta y su calidad, precisión y utilidades, podría dificultar el control de la información relativa a la salud por parte de sus titulares y, de ese modo, el ejercicio de la referida autonomía personal. En la medida en que los alcances de las herramientas informáticas disponibles potencian los alcances de la información existente –considérese, por ejemplo, la problemática de los biobancos ya señalada– se torna ciertamente más compleja la posibilidad de prever las utilidades derivadas de aquella.

Tomando lo dicho en consideración, el CIB de la UNESCO se manifestó sosteniendo la necesidad de reformular el contenido de los consentimientos informados utilizados en la actualidad, ya sea en el marco de la relación médico-paciente en la atención clínica, como para la participación en protocolos de investigación con seres humanos, debiendo superar los consentimientos *cerrados* en favor de los consentimientos *abiertos*²⁹.

27 Mathews, D.; Jamal, L. “Revisiting Respect for Persons in Genomic Research”. Ob. cit.

28 Disponible en línea en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002487/248724e.pdf> [Último acceso: 3-11-2017].

29 Pucheta, L. L. “Big Data y su impacto en el ámbito de la salud”. Reporte del Comité Internacional de Bioética (UNESCO). Disponible en línea en: <http://centrodebioetica.org>.

VII. ¿Una nueva medicina?

La Sociedad Europea de Genética Humana (ESHG), a su vez, se expidió en relación con los DTC manifestando que si bien puede sostenerse que dichos estudios favorecen la autonomía de los individuos, debe destacarse que el derecho a la información del sujeto está asociado a la calidad de la información, a su utilidad clínica, a la necesaria supervisión médica, a la provisión de asesoramiento previo y posterior a la práctica, al seguimiento y apoyo para la debida interpretación de los resultados y del posible impacto psicosocial, al respeto por el consentimiento informado, la privacidad y la confidencialidad y de todos los principios éticos vinculados³⁰.

La Asociación Americana de Genética Humana (ASHG) también se refirió a los exámenes genéticos en estudio en similares términos a lo manifestado por la ESHG. Se criticó la falta de intervención de un profesional de la salud independiente, la falta de control en relación con la calidad técnica de los prestadores, el inadecuado análisis de la evidencia obtenida y la ausencia de validez clínica en los resultados informados, lo que –sumado a la falta de asesoramiento– podría generar confusiones en el consumidor y la toma de malas decisiones en relación con el cuidado de su salud³¹.

Evidentemente, las críticas de las citadas organizaciones fueron planteadas desde una perspectiva eminentemente médica, por cuanto la falta de utilidad clínica, por ejemplo, no sería objetable desde la óptica comercial propia de los DTC. Entendemos que en la determinación del punto desde el que se analiza la problemática reside el centro de la discusión, pues se trata de una definición íntimamente relacionada con la determinación de los alcances de la medicina contemporánea. Los DTC, así como toda herramienta de diagnóstico o de ingeniería genética en general, pueden encontrar limitaciones en las fronteras propias de la medicina tradicional o bien superarlas adentrándose en un nuevo paradigma.

org/2017/11/big-data-y-su-impacto-en-el-ambito-de-la-salud-reporte-del-comite-internacional-de-bioetica-unesco/ [Último acceso: 2-12-2017].

30 European Society of Human Genetics, Statement of the ESHG on direct-to-consumer genetic testing for health-related purposes, *European Journal of Human Genetics*, 2010. [En línea] <https://www.eshg.org/fileadmin/www.eshg.org/documents/PPPC/2010-ejhg2010129a.pdf> [Último acceso: 6-7-2014].

31 Hudson, Kathy; Javitt, Gail [...], and ASHG Social Issues Committee, ASHG Statement* on Direct-to-Consumer Genetic Testing in the United States, *Am J Hum Genet*. Sep. 2007; 81(3): 635–637. [En línea] http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1950839/#__ffn_sectitle- [Último acceso: 6-7-2014].

VIII. Reflexiones finales

De acuerdo a lo hasta aquí expresado, cabría poner en crisis la eficacia de los consentimientos informados tradicionales para acceder a estudios genéticos directos al consumidor, debido a que no permitirían asegurar el ejercicio de la autonomía de los sujetos que los ordenaran. En el contexto de los DTC, los consentimientos informados cerrados no cumplirían en equilibrar la relación entre el paciente y el médico o, todavía menos, entre aquel y el prestador del servicio cuando en los exámenes no intervienen profesionales idóneos. Ello por cuanto la falta de precisión del instrumento en relación con la utilización de la información obtenida y la posibilidad de re-identificar al aportante parecieran atentar contra los principios de privacidad, confidencialidad y consentimiento, ampliamente consensuados a nivel internacional como estándares indispensables de toda investigación biomédica.

El descripto es un campo aún no explorado en profundidad en nuestro país y que ya es objeto de reflexión en ámbitos académicos y legislativos en el extranjero, pues como hemos dicho, el desarrollo de la biotecnología y sus aplicaciones se han impuesto en la vida cotidiana de los individuos, tornándose necesario generar contenidos suficientes para poder afrontar la problemática y, eventualmente, proponer normativa tendiente a regularla en nuestro país y a nivel regional. Lo instado luce ineludible ya que de dicha normativa dependerá, en gran medida, el respeto de los derechos de los pacientes y/o sujetos de investigación, los que son diariamente puestos en jaque por prácticas más estrechamente vinculadas a intereses biotecnológicos que al bienestar de la población.

Bibliografía

Libros

- Kollek, Regine, "Article 6: Consent". En *The UNESCO Universal Declaration on Bioethics and Human Rights. Background, principles and application*. Ethics series.
- Lafferriere, Jorge, *Implicancias jurídicas del diagnóstico prenatal. El concebido como hijo y paciente*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2011.
- Sgreccia, Elio, *Manual de Bioética. Fundamentos y ética biomédica*, Madrid, Biblioteca de autores cristianos, 2007.

Revistas

- Pucheta, Leonardo L. y Eleta, Juan Bautista, "Cobertura de Salud en la legislación argentina de los últimos ocho años", *Vida y Ética*, Año 16, N° 1, junio 2015.
- Pucheta, Leonardo L., "*Fictio Iuris*: La voluntad procreacional en el proyecto de reforma del Código Civil argentino", *El Derecho*, Buenos Aires, N° 13.035, ED 248.

En línea

- Bloss, C.; Darst, B.; Topol, E.; Schork, N., "Direct-to-consumer personalized genomic testing". *Hum Mol Genet*, 2011. Oct. 2015; 20 (R2):R132-41 [En línea] <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/21828075>. [Último acceso: 5-7-2014].
- Casado da Rocha, A.; Etxeberria Agiriano, A., "El consentimiento informado ante los biobancos y la investigación genética", en *Arbor*, N° 184, 2008 [En línea] <http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/viewArticle/176>. [Último acceso: 6-7-2014].
- Doudna, Jennifer A. y Charpentier, Emmanuelle, "The new frontier of genome engineering with CRISPR-Cas9". [En línea] <https://innovativegenomics.org/wp-content/uploads/2016/06/Doudna-Charpentier-Science-2014.pdf> [Último acceso: 2-12-2017].
- Escobar Triana M.D., Jaime, "Bioética, cuerpo humano, biotecnología y medicina del deseo", *Revista Colombiana de Bioética*, vol. 2, núm. 1, enero-junio, 2007, 33-51. Disponible en línea en: <http://www.redalyc.org/pdf/1892/189217294003.pdf>. [Último acceso: 5-7-2014].
- Kaye, Jane, "The regulation of direct-to-consumer genetic tests", *Hum Mol Genet*, 2008, 180-183. [En línea] <http://hmg.oxfordjournals.org/content/17/R2/R180.full>. [Último acceso: 4-7-2014].
- Mathews, D.; Jamal, L., "Revisiting Respect for Persons in Genomic Research". Disponible en línea en <http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002487/248724e.pdf> [Último acceso: 3-11-2017].
- Mathews, D.; Jamal, L., "Revisiting Respect for Persons in Genomic Research", en *Genes*, 2014, 5, 1-12. [En línea] <http://www.mdpi.com/2073-4425/5/1/1> [Último acceso: 6-7-2014].
- Novoa S., Fernando. "Desafíos éticos en la investigación y aplicación clínica de la genética", *Revista chilena de neuropsiquiatría*, 2007, vol. 45, N° 4, 305-313 [En línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0717-92272007000400006&script=sci_arttext [Último acceso: 2-7-2014].
- Peralta, María Teresa; Parra, Mario Orlando, "Algunas reflexiones sobre el consentimiento informado", *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología*, 2002. [En línea] <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=195214305001> [Último acceso: 6-7-2014].
- Pucheta, Leonardo L., "La pretensión de universalidad de la Bioética a la luz de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos" [En línea]. Tesis de Maestría. Universidad Católica Argentina, Facultad de Ciencias Médicas,

Instituto de Bioética, 2017. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/pretension-universalidad-bioetica-pucheta.pdf>. [Último acceso: 2-12-2017].

Pucheta, Leonardo L. “Big Data y su impacto en el ámbito de la salud”. Reporte del Comité Internacional de Bioética (UNESCO). Disponible en línea en: <http://centrodebioetica.org/2017/11/big-data-y-su-impacto-en-el-ambito-de-la-salud-reporte-del-comite-internacional-de-bioetica-unesco/> [Último acceso: 2-12-2017].

Su, Pascal, “Direct-to-consumer genetic testing: a comprehensive view”. *Yale J Biol Med.* Sep 2013, 359-365. [En línea] <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3767220/#!po=4.16667-> [Último acceso: 4-7-2014].

A MORAL READING OF ARGENTINE CONSTITUTIONAL CASE LAW

Una lectura moral sobre la jurisprudencia constitucional argentina

María del Pilar Zambrano¹

Recibido: 24 de octubre de 2017

Aprobado: 27 de abril de 2017

Resumen: Como han remarcado varias escuelas de Filosofía del Derecho, la naturaleza abstracta del lenguaje constitucional significa dejar una puerta abierta para diversas apreciaciones políticas, éticas y filosóficas. En dicha línea, Ronald Dworkin ha sostenido insistentemente que la dimensión creativa, moral y teleológica de la interpretación legal no es excepcional ni separable de una comprensión neutral de las fuentes legales de manera independiente.

Palabras claves: Derecho Constitucional - Ronald Dworkin - Jurisprudencia - Filosofía del Derecho.

Abstract: As has been previously remarked by various legal-philosophical schools of thought, the abstract nature of constitutional language remains an open door to political, ethical, and philosophical assessments. As Ronald Dworkin has insistently sustained that the creative, moral, and teleological dimension of legal interpretation is neither exceptional, nor separable from a neutral understanding of legal sources independently.

Keywords: Constitutional Law - Ronald Dworkin - Jurisprudence - Philosophy of Law.

¹ University of Navarra, Law Faculty, Spain.

Para citar este texto:
Zambrano, P. (2018). “A Moral Reading of Argentine Constitutional Case Law”, *Prudentia Iuris*, N° 85, pp. 151-173.

1. Introduction

As has been previously remarked by various legal-philosophical schools of thought, the abstract nature of constitutional language remains an open door to political, ethical, and philosophical assessments. In Rawlsian terms, this door opens the “comprehensive conceptions” of those who interpret and adjudicate Law². Such an inevitable combination of legal and moral reasoning is the object of an intense, ongoing discussion concerning Law’s ability to check the interpreter’s moral “pre-conceptions”.

Some authors take a negative stance either out of systematic distrust of the intentions of legal operators of sticking to the law, as is the case of Duncan Kennedy; or out of semantic skepticism, as is the case of Stanley Fish³. On the other extreme, Andrei Marmor argues, just as Hart had done some time before, that legal adjudication involves moral reasoning only on the rare occasions where the semantic meaning of legal discourse is under-determined⁴. Accordingly, Dennis Patterson distinguishes between understanding and interpretation. For Patterson, while understanding amounts to a neutral identification of the abstract *given* meaning of legal sources and of its applicability to concrete cases, interpretation “depends upon understanding [...] already being in place”. Interpretation would thus be a “therapeutic” activity, consisting of filling in the gaps left open by a “breakdown or failure in understanding”⁵.

Against this two-steps description, Ronald Dworkin has insistently sustained that the creative, moral, and teleological dimension of legal interpretation is neither exceptional, nor separable from a neutral understand-

2 See Rawls, J. (2005). *A Theory of Justice*. The belknap press of Harvard University Press Cambridge, Massachusetts.

3 Stanley Fish has settled his skeptical position mainly in opposition of Dworkin’s claim that interpretation may and should “fit” with legal practice, among other works, in Fish, S. (1982). “Working on the Chain Gang”. *Texas Law Review*, 551; and (1983). “Wrong Again”. *Texas Law Review*, 299. A good synthesis of the discussion may be found in Sadowski, M. (2001). “Language is not Life”. *Connecticut Law Review*, 1099, ss.

4 See Hart, H. L. (1994): “Postscript” to *The Concept of Law*, 2.^a ed. Oxford. Clarendon Press and Marmor, A. (1995). *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*. Clarendon Press, 23, where he distinguishes (neutral) understanding and (creative) interpretation from a general point of view; and *idem*: 122, applying this same distinction to the law.

5 See Patterson, D. (2005). “Interpretation in Law”. *San Diego Law Review*, 692.

ing of legal sources independently. In the first place, legal interpretation is always intermingled with moral reasoning because it is also necessarily “justificatory”, and therefore always teleological. In the second place, moral reasoning remains present at all of the partial judgments or stages of interpretation; including those which Patterson would call “understanding[s]”. Notwithstanding the holistic, moral nature of interpretation, he also sustains that it is possible to objectively distinguish between valid and invalid “moral readings” of the law, both in the case of dogmatic or scientific analysis and in the case of judicial adjudication⁶. In his view, so long as the moral reading “fits” both the general purpose of Law and the concrete way in which each legal practice has actualized its general purpose along its respective historical development, the practice does not amount to sheer construction⁷.

Under this double-fit condition, the moral reading of a constitution remains legal if, and only if, it is coherent with the final values that all legal practices claim to instantiate, and with the manner in which each particular legal practice determines, concretizes, or specifies in those common values. The former condition is intended to adjust legal interpretations to the goals that distinguish the law not only from other kinds of social practices, but also and mainly from sheer violence. The latter proposes to adjust legal interpretations to the specific legal practices *within which* each interpretation takes place⁸.

Focusing our analysis on the substantive content of these two conditions, they may be restated in a *frame* that confines the moral reading of constitutions within two margins: a justificatory-teleological “horizon”, and a semantic foundation. The justificatory horizon of interpretation

6 The term “moral reading” is taken from Dworkin, R. (1996). *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge. Harvard University Press, 17.

7 See Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. London. Duckworth, chaps. I-IV; (1985): chaps I-VI, specially, 17 and 143-145; (1986). *Law’s Empire*. New York. Harvard University Press, 65-68-, 411-413; (1996). *Ob. cit.*, 10; (2006). *Justice in Robes*. Cambridge Mass, 18-21; (2011). *Justices for Hedgeghos*. Cambridge. Harvard University Press, 130 et sq.

8 The idea that Law substitutes violence as a way of solving social conflicts entails the logical conclusion that the *claim* to replace violence is a necessary element of any legal system. At this level of abstraction, this idea does not yet involve any answer to the question “how should sheer violence be replaced?”, and it is partaken by the analytical tradition in the work of authors such as Hart, H. L. (1994): “Postscript” to *The Concept of Law*, 2.^a ed. Oxford. Clarendon Press, 172; or Raz, J. (2003). “About Morality and the Nature of Law”. *American Journal of Jurisprudence*, 13, and, most famously, by “non-positivist” authors such as Alexy, R. (2002). *The Argument From Injustice. A Reply to Legal Positivism*. Litschewski Paulson, B. and Paulson, Stanley, L. (transl.). Oxford University Press, 47. For an updated analysis of the current discussions around the conceptual relationship between Law and violence, see Weinrib, J. (2016). *Dimensions of Dignity. The Theory and Practice of Modern Constitutional Law*. Cambridge University Press, 78 et sq.

encompasses the values, goods, and ends that justify the existence of legal practices generally; and the anthropological and semantic (epistemic) tenets entailed in the assertion of these values⁹.

The semantic ground is composed, on its part, by the textual (in a lexicographic sense), grammatical, and discursive rules that govern the specific texts under interpretation¹⁰.

Discursive rules allow the reader to pass from a static to a “dynamic” understanding of the texts, by contextualizing the texts’ lexicographical and grammatical meanings, both in the general field of law and in the specific legal practice wherein the interpretation takes place. Given the fact that this contextualization can only be performed under the light of the very ends, values, or goods that justify legal practices generally, discursive rules should neither be conflated with, nor reduced to, the interpretative directives that govern each legal practice or each field of law therein. Discursive rules are the outcome of interpreting interpretative directives, but only under the light of the named, final justificatory values¹¹.

Three key conclusions should be made at this point. In the first place, as this brief incursion into the nature of discursive rules proves, the two margins of interpretation do not function separately but in a check and balance manner, both limiting and guiding each other. Thus, the identification of the *relevant* legal texts that make up the “semantic margin” of interpretation is the outcome of a preliminary, interpretative judgment (referred to by Ronald Dworkin as the “pre-interpretative judgment”), concerning the nature of both legal sources and the legal system to which the sources

9 See Zambrano, P. (2015). “Fundamental Principles, Realist Semantics and Human Action”. *Rechtstheorie*, 323-324.

10 It might be argued, as we do, that the semantic ground is never enough a reason for justifying an interpretative statement. Nevertheless, it is hardly discussable that it is always a necessary element of any justified act of interpretation. See, Wróblewski, J. and Mac Cormick, N. (1994). “On Justification and Interpretation”. *ARSP-Beiheft*, 260; Zambrano, P. (2009). *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*. México. UNAM, 65 et sq.

11 In a very similar vein, Jerzy Wróblewski argues that contextualization is a necessary condition of every act of interpretation, and that it engenders problems of fuzziness that should not be confused with semantic fuzziness, Wróblewski, J. (1985). “Legal Language and Legal Interpretation”. *Law and Philosophy*, 242. Focused on the field of international public law, Daniel Peat and Matthew Windsor notice that “a range of issues pertaining to the meaning of the Vienna Convention on the Law of Treaties rules continues to be debated, which is hardly surprising given that the rules on interpretation themselves require interpretation”, in Peat, D. and Windsor, M. (2015). “Playing the Game of Interpretation”. In *Interpretation in International Law*. Oxford University Press, 6. Against, finding that discursive rules are capable of being neutrally identified, see Patterson, D. (2005). *Ob. cit.*, 687.

pertain¹². The semantic frame of interpretation is therefore not somewhere “out there”, already made up, waiting to be discovered. It is, instead, the outcome of a preliminary interpretative act that involves giving prevalence to certain legal sources over others. So long as this act entails choice, it is blindly (and hence arbitrarily) made, or it is grounded on the values, ends, or goods that justify legal practices. In the latter case, the teleological frame of interpretation is at stake from the very beginning, when the semantic “ground” is set up by the interpreter. These considerations explain why the one-step moral reading model has more explanatory power than the two-step picture of legal interpretation, stuck in the distinction between understanding and interpretation.

The second conclusion is that the justificatory margin may be studied under from either a general or concrete perspective. In the first case, the question is which values, ends, or goods justify general legal practices, and which are the anthropological and semantic (epistemic) theories encompassed by these values. Under a concrete perspective, the question is which values, ends, or goods justify a certain legal practice as a matter of fact, according to the interpretative judgments historically entrenched in them. The answer to this question is that which Ronald Dworkin names “inclusive integrity”¹³.

Finally, asserting that the teleological margin of interpretation controls the whole of legal interpretation does not deem legal interpreters as Herculean philosophers, as has so frequently been understood following Dworkin’s interpretative theory¹⁴. It only means that each time a legal text is interpreted and applied, the named justificatory tenets are put at stake both at a general and at a concrete level, whether or not the interpreter is aware of it. In the face of the inevitable margin of choice that always remains open by the semantic margin of interpretation, any interpreter who sincerely aims at “playing the game of law”, should choose the answer that they believe best realizes the concrete values entrenched in the concrete practice wherein the interpretation takes place. However, given that the “entrenched” values may be understood and combined in different ways, all

12 Ronald Dworkin sustains that, even though the “pre-interpretative” judgment is inseparable from the justificatory one, he also notices that it is the less constructive dimension of interpretation. See Dworkin, R. (1986). Ob. cit., 69; Dworkin, R. (2006). Ob. cit., 169. We believe that this is an oversimplification, in view of the fact that one of the most controversial dimensions of interpretation is, precisely, the way that the sources (be them principles or rules) are ordered and balanced among themselves.

13 Dworkin, R. (1986). Ob. cit., 404-407.

14 On these critics and Dworkin’s response, see Dworkin, R. (2003). “Response to Overseas Commentators”. *International Journal of Constitutional Law*, 661-663.

of them feasible from a semantic point of view, the teleological values that justify legal practices from a general perspective are also at stake on this second level of decision¹⁵. Moreover, the fact that interpreters more often than not remain unaware of the justificatory or philosophical implications of their reasoning is a good reason for analyzing judicial decisions.

Against this backdrop, our general purpose is to analyze Argentinian constitutional case law regarding the legal status of unborn human life, under the guidance of the one-step moral reading model and in view of revealing its justificatory and semantic postulates.

Argentine constitutional case law may be divided in two distinct eras in regards to the legal *status* of unborn human life. The first era was initiated by the leading cases *Tanus* (2001) and *Portal de Belén* (2002), when courts upheld that constitutional and international human rights Covenants that are binding in Argentina, recognize a personal quality in each and every human being from the time of conception, which was, in turn, placed at the moment of fertilization¹⁶. On this basis, it was understood that these same norms proscribe making the legal term of human life –which is always the life of a person– dependent on its stage of development or on its (chances of) viability inside or outside the womb. Following, the second era commenced with the more recent case *F.A.L.* (2012)¹⁷. Even though the decision did not explicitly overturn *Tanus*' and *Portal*'s interpretative judgments, it strongly revised Argentina's constitutional and international legal obligations to protect unborn human life, almost to the point of turning down the former interpretative premises.

Three strands of study will be deployed in the next paragraphs in order to reveal the justificatory and semantic postulates sustaining these decisions. In the first place, a review of Argentine constitutional case law will be carried out, in order to identify the interpretative arguments that have been explicitly posed. This will focus on three leading cases, all regarding the acceptance or rejection of pre-natal legal personhood (Sections II and III). In the second place, analysis will be focused on the semantic margin of interpretation sustaining these interpretative arguments (Sections IV and V). At this stage, our analysis shows that a one-step moral reading interpretative model retains more explanatory power than the alternative two-steps one. Finally, the study will be directed towards the underpinning justificatory and semantic postulates (Section VI). In the final stage, we aim at

15 Dworkin, R. (1986). Ob. cit., 65-68; (2011). Ob. cit., 130 et sq.

16 "T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", *Fallos*: 324:5 (2001); "Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo", *Fallos*: 325:292 (2002).

17 Case F. 259. XLVI. "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva", 13-3-2012.

testing the coherence between the categorical nature of fundamental rights and the anthropological and semantic or epistemic theories assumed by the Court when interpreting the legal *status* of unborn human life (Section VII).

2. The Pro-Life Era (2001-2012): *Tanus* and *Portal de Belén*

In *Tanus* and *Portal de Belén*, the Argentine Supreme Court determined the sense and scope of the fundamental norms that expressively recognize the right to life in relation to pre-natal life. Both judicial decisions, when considered as a whole, give rise to the following interpretative rule: unborn human beings are entitled to the right to life, which scope is equal to the right to life of already born persons, and no differences based on the life's development stage or on its viability prospect shall be established.

In *Tanus*, the majority of the Court affirmed a previous judicial decision, which had authorized the induction of childbirth labor of an anencephalic fetus in a public hospital. In grounding this decision, the Court pointed out that, even though the authorization to perform the childbirth labor induction had been requested in the twentieth week of pregnancy, at the moment the case was to be decided by the Supreme Court, the mother had reached the eighth month of pregnancy. According to the Court, this temporal difference allowed for differentiating childbirth labor induction on the one hand and an abortion on the other. It was argued that the death of an anencephalic fetus outside the mother's womb, once the stage of extra-uterine viability is reached, is not to be endorsed by the anticipated childbirth labor induction, but by the congenital condition.

This noticeable effort to distinguish the facts of the case from those in the case of abortion, was grounded on the underpinning normative interpretation, according to which the fundamental right to life remains enforced since the moment of conception under the American Convention for Human Rights (Law 23.054), Article 4.1, and under Article 2, (Law 23.849), that approves the International Covenant on the Rights of the Child¹⁸.

18 "Tanus" (Cons. 11°). Art. 4th of the American Convention for Human Rights states: "Right to life. 1. Every person has a right to her life being respected. This right shall be granted by Law and, in general, from the moment of conception. Nobody shall be arbitrarily deprived of his life" (the translation is ours). Article 2° of Law 23.849 states: "When ratifying the Convention, the following reserves and declarations shall be stated: [...] In relation to article 1° of the Convention, the Argentine Republic declares that it shall be interpreted in the sense that the term 'child' is understood to refer to all human beings from the moment of conception and until eighteen years old" (The translation is ours). In Spanish: "Al ratificar la Convención, deberán formularse las siguientes reservas y declaraciones: [...] Con relación al artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe

In *Portal de Belén*, the Court reaffirmed this normative interpretation, further specifying that conception takes place at the moment of fertilization. In stating this, the Court relied on scientific findings:

“[...] it is a scientific fact that the ‘genetic construction’ of the person is there, all set and ready to be biologically aimed because ‘the egg’s [zigote] DNA contains the anticipated description of all the ontogenesis in its tiniest details”¹⁹.

From the factual point of view, the Court considered it proven that a contraceptive device, the marketing and distribution of which had been already authorized by the national Ministry of Health and Social Action, would operate under three key guidelines. Firstly, the device would prevent ovulation, or secondly, it would operate as a spermicide. These posed no constitutional objection from the point of view of an embryo’s right to life. However, in a third manner, and in order to prevent conception in the event that the two primary means were not successfully activated, the challenged contraceptive would operate by modifying the endometrial and therefore prevent embryo implantation. The Court found that it was this third purpose that violated the embryo’s right to life. On the basis of these normative and factual premises, the Supreme Court turned down the appellate court’s decision that had permitted the national Ministry of Health and Social Action to authorize the marketing and distribution of the contraceptive in question.

The ruling established in both cases regarding the legal *status* of prenatal life could be, thus, summarized as follows:

Legal personhood is acknowledged since the moment of conception, under both the Argentinian Constitution and International Human Rights Law. Based upon scientific findings, conception is deemed to occur at the moment of fertilization. Therefore, the scientific debate regarding the distinction between pre-embryos and embryos, or between viable embryos and non-viable embryos, lacks any legal basis.

The most relevant, normative roots for the recognition of a right to life from the moment of conception (fertilization) are Article 4.1 of the American Covenant on Human Rights (ACHR) and the declaration introduced by Argentina when ratifying the International Covenant on the Right of

interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”.

19 Cons. 7°).

the Child. Although the Court not explicitly argues its own interpretation of Article 4.1 (ACHR), the fact of having used it as a normative premise in the finding indicates that, in its view, the expression “in general” does not exempt Argentina from its international legal duty to refrain from deploying health policies that have an effect of interrupting the embryo’s development from the moment of fertilization. In the same vein, by using the declaration made by Argentina when ratifying the International Covenant on the Rights of the Child as a source of international human rights law, the Court equated its legal force to that of the main text of the Covenant itself.

Finally, it should be noted that the Court used a declaratory judgment of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) as sufficient normative ground for issuing a writ of mandamus against the executive branch of government. In so doing, it turned what some authors call “soft law”, into a valid source of international human rights law²⁰.

Summing up, the Court made at least three types of interpretative judgments. Firstly, it performed an underpinning “pre-interpretative” judgment (in Dworkin’s terms), according to which the sources of international human rights law include the main text of Conventions, the reservations and declarations introduced by signatory states, and the interpretative practices developed by the IACHR. Secondly, it issued a grammatical interpretative judgment, according to which the expression “in general,” stated in Article 4.1 ACHR, does not allow for exceptions to the State obligation to defend unborn human life. Thirdly, it stated a scientific or factual finding, according to which defines conception as taking place in the moment of fertilization.

Even though the abstract, pre-interpretative judgment concerning the sources of international human rights’ law would later be reaffirmed in *F.A.L.*, this decision drastically changed the criteria used in *Tanus-Portal* for balancing the relevant sources influencing the interpretation of Article 4.1 ACHR and the obligations undertaken by Argentina under this norm and in regards to unborn human life.

3. The Pro-Abortion Era initiated in F.A.L.

F.A.L. is the first decision of the Argentine Supreme Court directly concerned with the constitutional interpretation of Article 86, inc. 2 of the federal criminal code. This norm makes it a crime to procure an abortion,

20 Portal: cons. 15, citing Consultive Opinion 11/90:23.

“except when pregnancy is the outcome of rape, or of an offense to the honor of an idiot or insane woman”²¹. Since its promulgation in 1901, this rule has never been constitutionally challenged; however, it has become the object of fierce interpretative debates within the field of criminal law.

Those favoring a pro-abortion position argued that the comma inserted in between the words “rape” and “or” meant that the exception to the criminalization of abortion was double: it covered both the case of pregnancies that are the outcome of the rape of any woman, and the cases of pregnancies that are the outcome of an “offense to the honor” on insane women. Pro-life positions claimed that this interpretation was unsubstantiated, for pregnancy can never be the result of an “offense to honor”. Accordingly, it was argued that the coma had the function of distinguishing between pregnancies that are the effect of rape committed on an insane or idiot woman, and pregnancies through consensual sexual intercourse between a sane male and an insane woman, whose consent, precisely because of coming from an insane person, is inherently void²².

In *F.A.L.*, the Supreme Court decided a final ruling to this historical semantic dispute, not only based on the former grammatical argument, but also and mainly on a strictly constitutional one. The *holding* of the case was stated in the Eighth Consideration, where the Court affirmed “only the ample interpretation of Article 86, inc. 2 is valid, according to Constitutional and International human rights law”. This holding was sustained on the following normative and interpretative arguments:

- a) Article 75, inc. 23 of the national constitution does not affirm a state’s obligation to protect unborn human life with the force of criminal penalties, but only to pass on a social security normative framework (cons. 9).
- b) Under the fundamental rights of equality, non-discrimination, and dignity, recognized by Article Sixteen of the National Constitution, and “diverse” Human Rights Covenants; and under the fundamental principles of legality and *pro homine* recognized by Article

21 In Spanish: “[...] si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente”.

22 About this longstanding discussion in Argentine Criminal Law, see Zambrano, P.; Sacristán, E. (2014). “El derecho a la vida y el aborto en la Constitución Argentina”. *Tratado de Derechos fundamentales* (Legarre, S.; Rivera, J., eds.). Buenos Aires. La Ley, 655-701, 658-660; and Rabbi - Baldi Cabanillas, R. (2012). “Consideraciones sobre el sentido de la norma permisiva y prospectivas desde una Filosofía del Derecho Constitucional, a partir del caso ‘F., A. L.’ de la Corte Suprema”. *Pensar en Derecho*. Buenos Aires. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 331-378.

Seventeen of the National Constitution (Considerations 8 and 18), women have a right not to be criminally prosecuted for having an abortion in case of rape.

- c) Under these same rules, women that are the victims of rape also have a right to access to free, quick, secure and healthy abortion procedures in public health institutions.

The Court did not straightforwardly deny that the State is obliged to protect the *nasciturus* as a subject of rights. Nevertheless, it warned that neither the *nasciturus* remains entitled to an absolute right to life, nor is the state obliged to use the weight of criminal law in securing this (relative) right²³. Performing a double leap forward, the Court then jumped from the state's *faculty* not to turn abortion into a criminal offense, to the state's *obligation* not to criminalize it in cases of rape and, furthermore, to the positive state's obligation to facilitate quick, secure and healthy abortion procedures to any woman who claims to have been raped, being her mere assertion as sufficient evidence to sustain the allowance of the procedure.

This triple downgrade of the state's obligations concerning the protection of unborn human life was sustained on a radically different grammatical judgment from those issued previously in *Tanus* and *Portal*. Thus, the Court argued that the expression "in general" within Article 4.1 ACHR was explicitly intended by its drafters to constrain the obligations undertaken by States with respect to the protection of unborn human life, excluding the duty to secure it with the force of criminal law. This classical perspective of the interpretation of Article 4.1 ACHR was, in turn, sustained by a report from the Human Rights Committee of the Convention on the Human Rights of the Children (CHRCH).

Regarding the declaratory judgment introduced by Argentina while signing the CHRCH, the Court found that it lacked binding nature, for it was not a "reserve" under the terms of Article Two of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Finally, the Court cited the reports from different Human Rights Committees as a valid legal source for its interpretation that Argentina was under the international obligation not to place undue burdens on abortion procedures²⁴.

23 Cons. 10.

24 See Consideration 6, citing the Final Observations issued by the Committee on Human Rights CCPR/C/Arg/Co /4, of 22-3-2010, and the Final Observations issued by the Committee on the Rights of Children, CRC/C/Arg/Co/3-4, of 21-6-2010.

4. A shared plain monist conception of the international practice of Human Rights

As was formulated in the introduction, legal interpretation operates within two margins: a semantic or textual “ground”, and a justificatory or teleological horizon of interpretation. The semantic margin is made up by all the relevant legal sources applicable to the case, *plus* the textual, grammatical and discursive rules that apply to the language of these sources.

Along these lines, the most basic interpretative judgment that any Court is bound to make concerns the choice of the relevant normative sources that make up the semantic margin that is applicable to the case in question. This judgment entails, as was also noted above, a certain conception of the nature of legal sources and of the legal system to which these sources pertain.

According to Article 75.22 of the National Constitution, the constitutional Bill of Rights is complemented with those rights recognized in all of the Human Rights Conventions signed and ratified by Argentina. Therefore, Courts in Argentina are required to determine whether or not Argentine constitutional law integrates a loose monist system, under which Argentina would only be bound by the texts of the Conventions and by its own interpretative practice of them; or, else a plain monist system, under which Argentina would also be bound by the interpretative practice jointly developed by other relevant officials of international human rights law.

The answer to this question shouldn't be expected to be drawn from a “neutral” reading of the sources of international law, as if these were “out there”, waiting to be discovered²⁵. The question regarding which are the relevant sources of law is perhaps one of the most disputed ones in the field of international law, given the fact of the plurality of actors and practices that converge in its construction²⁶.

The discursive rules used by both compositions of the Court show that they share a plain monist conception of the system of international human rights law. In *Portal* and *Tanus*, the Court extended the formal (textual) frame of international sources of human rights law, incorporating as (new) binding sources, some interpretative rules issued by the American Court of Human Rights in cases not involving Argentina. Similarly, in *F.A.L.*, the

²⁵ About the impracticability of formalism in the field of international law, see for example Peat, D.; Windsor, M. (2015). *Ob. cit.*, 5.

²⁶ See Venzke, I. (2012). “Ethos, ethics and morality in international relations”. In *The Max Planck encyclopedia of public international law*. Rüdiger Wolfrum ed. Oxford University Press.

Court extended the formal textual frame, incorporating as binding, some interpretative rules stated in recommendations and reports that had been issued by different Human Rights Committees.

The Court thus assumed in both stages an underpinning plain monist conception of the international system and practice of human rights, according to which national and international bills of rights should be interpreted and applied in a unique, coherent, and systematic way, by all national and international authorities.

5. A different lecture of the “semantic” margin of interpretation

The concurrence of both Court’s compositions in a plain monist system of international human rights law does not hide a deep disagreement concerning the way of balancing the sources within the system. In effect, the Committees’ recommendations and reports that were used in *F.A.L.* as interpretative rules leading to the recognition of a right to abortion in cases of rape already existed at the time that *Tanus* and *Portal* were decided. Nevertheless, the Court did not even discuss their applicability to the interpretation of Article 4.1 ACHR, using instead the interpretative declaration introduced by Argentina to the CCHHR.

Instead, the Court in *F.A.L.* dismissed the interpretative force of this declaration, altering it in favor of the named recommendations and reports. In light of this deep disagreement, it is pertinent to analyze the extent to which one and other “pre-interpretative judgments” were actually respectful of the textual, grammatical and discursive rules that make up the semantic margins of interpretation.

Article Three of the ACHR asserts the right of every *person* to be recognized as a *legal* person, and Article Six of the ICCPR states that “every *human person* is entitled to its inherent right to life”. Had the Court interpreted these rules in isolation, the Court in *F.A.L.* could have argued that unborn human beings are neither “persons” in the language of the former Convention, nor “human persons” in the language of the latter. Nevertheless, at least from a textual point of view, this interpretation is undermined by Article 4.1 ACHR that adjudicates the right to life; not to every person, but to every human being. Thus, it clarifies that the concept of “person” in Article Three refers to every human being. This co-extensive scope of the concepts of person and human being remains even clearer in the case of UDHR Article Six, which directly recognizes the right of every human being (as well as every person) to be indeed recognized as a person.

Along these lines, it is understandable that the Court in *F.A.L.* did not make any effort to deny the *nasciturus*’ wholly legal personhood, as the

American Supreme Court had done previously in *Roe vs. Wade*²⁷. Simply put, the textual frame of interpretation did not allow this reading. On the contrary, and perhaps paradoxically, the Court affirmed both the personal *status* of the *nasciturus* and its right to life, while simultaneously denying the State's obligation to protect it in every case. Here it should be reminded that the Court asserted that the obligation of the state "to legally protect the *nasciturus* as a subject or rights", required by ACHR Article Three, should be interpreted together with Article 4.1 that only requires from States "a limited legal protection to the *nasciturus*' right to life"²⁸.

Regarding the choice made in *F.A.L.* not to abide to the Argentinian declaration in the CHRCH, neither a textual nor a discursive analysis leads to a *conclusive* denial of its binding force. From a textual point of view, an interpretative declaration is, by definition, a unilateral assertion of the meaning of one's statements. If the statements at stake are part of an International Convention, it necessarily follows that the declaration partakes the binding force of the rules to which it applies. In the context of international conventions, declarations are understood as unilateral expressions of the sense that a certain State bestows to the obligations thereby assumed, that might be useful in case of future interpretative conflicts, but which are not essential conditions either for their acceptance or continuation. Instead, reserves always function as a necessary and exclusionary condition both for becoming and for remaining a part of a Treaty or a Convention. Notwithstanding, it is widely accepted that this difference does not flow from the title under which either declarations or reserves are incorporated to Treaties and Conventions. States rather frequently introduce actual reserves under the name of interpretative declarations (so called "conditional declarations"), whose intended effects are exactly the same as those of the reserves. Under this light, the Court was required to argue (but did not argue) in this case why and how did it come to the conclusion that the interpretative declaration incorporated by Argentina was an actual declaration and not, instead, a "conditional" one²⁹.

Neither do the textual and discursive meanings of "recommendations" and "reports" lead to the conclusion that their binding force outweighs that of interpretative declarations. From a textual point of view, a recommendation is, by its very definition, an optional counsel. In respect to reports, nothing in the definition of a "report" includes a binding nature. From a discursive-contextual perspective, it should be added that none of the

27 *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973): 158.

28 Cons. 10.

29 See "Report from the UN Committee on International Law", 2011, directives 1.3.2, and 1.4.

norms ruling the effect of recommendations and reports state that these are binding for the admonished State, let alone third party States.

Sticking to this discursive analysis, it should be added that although the *stare decisis* strictly considered is not incorporated to Argentine constitutional law, there remains an entrenched practice of explicitly justifying brusque shifts in case law. Nevertheless, the Court in *F.A.L.* did not say a word regarding the need to overrule the use of *Tanus-Portal* in the interpretative declaration as a valid interpretative rule. At this point, we might conclude that the Court in *F.A.L.* was not respectful of the semantic margin of interpretation. Nevertheless, it may still be argued that this semantic margin left a thin, but real, open window for the named shift. In effect, once the Court in *Tanus-Portal* adopted a plain monist system conception of human rights law, what actually needed to be justified was the substantial conception of justice that led the Court to make such a brusque shift in its understanding of international human rights law. Is this shift sustained by compelling reasons of justice that justify the loss of legal coherence?

6. The deep discussion at the justificatory level

The Court's decision to give prevalence to the interpretative declaration of the CCHHR in *Tanus-Portal* was explicitly acknowledged as follows:

“The right to life is the chief natural right of the human person, previous to all positive law [...]. The human being is the central axis of the whole legal system and, as an end in itself –beyond its transcendental nature– its person is inviolable and constitutes a fundamental value respecting which all other values are instrumental” (Cons. 12).

This paragraph contains quite an explicit statement of the justificatory, anthropological and semantic postulates that sustain the Court's decision to give precedence to the Argentine interpretative declaration in the ICHR, over the rest of the sources. Regarding the justificatory postulate, the whole legal practice is justified on its potential to secure respect of pre-existing, natural rights that stem from the inviolable, personal nature of *every* human being. The final value that justifies the existence of legal practices, both in general and in the concrete case of Argentina, therefore acts in its ability to secure the named, natural rights and their root, human dignity.

The anthropological and semantic tenets implied in this final value are in fact two sides of the same coin. From an anthropological perspective, it is understood that all human beings are persons, independently of their physical conditions. Thus, all human beings are dignified, dignity

being the name for the “inviolable nature” of each and all persons or human beings. This anthropological view falls within the semantic postulate, according to which neither the legal concept of person nor rights generally are conceived as purely social or institutional constructions. They are, instead, comprehended as intelligible forms, stemming from the intelligible nature of the human being.

The teleological horizon sustaining the Court’s decision in *F.A.L.* is not as explicit as it was in *Tanus* and *Portal*. Nevertheless, even if the meanings of the concepts of person and dignity are not defined, they are somewhat made apparent in the way the Court uses them, notably when balancing the right to life of unborn human beings against women allegedly contradicting rights to dignity and non-discrimination.

In the first place, the Court switches the pivotal role assigned in *Portal* to “previous natural rights” from “principles of equality and non-discrimination”, which are now taken as “the axis of both the national and international human legal order”³⁰. In the second place, the meanings of both principles are determined following (a chosen section of) the international human rights’ interpretative practice. This switch reveals a conventional semantic postulate, according to which the meaning of legal concepts is not determined by any intrinsically intelligible reference, but rather by the legal interpretative practices themselves. Using Putnam’s distinctions, the meaning of legal concepts is conventionally constructed, and this construction “is prior to reference”³¹.

The Court then more deeply analyzes the (conventionally constructed) meaning of “non-discrimination”, asserting that decriminalizing abortion only in the case of insane women is an unreasonable discrimination against victims of rape and, furthermore, it entails using women as “means” and thereby affecting their dignity. One may ask at this point why is the Court only concerned with the use of women as a mean to protect unborn human beings, and not with the likewise use of unborn human beings as a mean to protect women’s dignity. The fact that the Court does not even pose this obvious question sufficiently reveals the justificatory horizon it is

30 (Cons. 16).

31 As it is well known, the alternative between giving priority to reference over meaning when determining the sense of concepts was stated and developed in the field of Philosophy of Language by Saul Kripke and Hillary Putnam, in Kripke, Saul (1980), and Putnam, Hillary (1975). These theories were applied to the problem of legal interpretation by Michael Moore, among many other works, in (2001): 2091 and, with some differences, by Nicos Stavropoulos (1996), and David Brink (2001): 12-65. For a critical revision of these theories see Bix B. (September 2003), “Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy?”. *Ratio Juri*, V 16, N° 3, 281-295. About the role of semantics in legal interpretation see, also, Wróblewski, Jerzy (2001): 108; and Zambrano, P. (2009). *Ob. cit.*, 131-152.

using in interpreting the legal practice as a whole. That is, a self-conflicted understanding of human rights according to which rights are undetermined spheres of liberty with no other limit than the most probable chance of clashing with others' liberties, and the entrenched way of solving similar clashes in a given legal practice³².

Conflictivism is actually the other side of the coin in semantic conventionalism. If legal concepts are pure conventional constructions, there are no reasons why they should be constructed in one way or another, nor why the scope of human rights should be traced to one point or another. All we are left with are more or less disguised but polite passing conflicts of interests, where the winning segment is blessed with the language of rights, while the losing segment is stricken from the discursive practice, at least for the time being.

7. A comparative synthesis from the justificatory and semantic points of view³³

The comparative synthesis between both stages of the Court's rulings show the unfolding of a semantic-justificatory debate relating to the most radical, conceptual distinction in the world of law: the one that separates things, on the one hand, and persons, on the other. The substantive question at stake is whom do we call the person or subject of the Law, why, and what does it mean to be a person from a legal point of view.

But this justificatory or teleological topic cannot be solved if no viewpoint is previously adopted in relation to the joint, but more abstract semantic and epistemic debate: how are things generally classified in the world, and, in particular, in the legal field? Are conceptual classifications the result of a reflexive and somewhat explicit social debate that the Law is destined to adopt, as far as there be prior consent? Are concepts the interested impositions of a social group, picked up by the Law and clothed with its coactive force? Or are they something similar to the representation of reality, which emerges before us, already classified, if not thoroughly, at least partially?

Regarding the unborn being's legal personhood, these questions could be restated in the following way: does the Constitutional judicial practice

32 See Cianciardo, J. (2009). *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. 2ª Edición. Buenos Aires. Ábaco, 130-131.

33 The reflections deployed under this title are deeply inspired in, and connected to, Zambrano, P.; Sacristán, E. (2013). "Semantics and Legal Interpretation. A Comparative Study of the Value of Embryonic life under Argentine and U.S. Constitutional Case law". *Journal of Civil Law Studies*, 130-140.

here reviewed *find* the personal or un-personal nature of unborn human life as the product of some sort of social construction? Or instead, does it view it as something already given to intelligence, as an *ob-jectum*? Which are the semantic and epistemic theories implied in the interpretative arguments used in one and other judicial stage?

Perhaps aiming for profit from the credibility of scientific discourse, the Argentine Supreme Court in *Portal* based its interpretation concerning the moment of conception almost exclusively on geneticists' findings³⁴. Nevertheless, it should be noticed that the Supreme Court in *F.A.L.* managed to uphold the same normative framework and scientific concepts and findings, and still attributed to them quite different moral and legal consequences. The availability of the same scientific findings and of the same normative framework for both compositions of the Court shows that the decisions in *Tanus*, *Portal*, and *F.A.L.* were neither grounded in a neutral scientific description of human life, nor in a downright legal interpretation of the normative framework. The main questions being posed to both compositions of the Court were neither "when do genetics situate the appearance of a new human being?", nor "do valid legal rules grant a right to life to unborn human beings"? The most fundamental question remains whether or not unborn human beings are entitled to the same concern and respect that is due to born human beings and, if so, why.

Along this line, the strongest reason sustaining the *Tanus-Portal* pre-interpretative and interpretative conclusions was an answer to this meta-legal question, according to which in the first place, the reference of the concept of dignity is co-extensive with the reference of the concept of human nature and therefore independent of the factual possibilities of either being actualized. Therefore, all human beings are persons both in an anthropological and legal sense. Secondly, it is this reference that determines the *legal* meaning of "dignity" and of the broad concept of fundamental rights, and not the other way round. Accordingly, the content of the obligations of the Head of the State in order to secure rights is not *only* determined by a self-sufficient legal tradition, but *also* and mainly, by the nature of this reference.

Although the deepest reason sustaining *F.A.L.*'s pre-interpretative and interpretative conclusions is not as obvious as it was in *Tanus-Portal*, it is still noticeable. Once it was recognized that unborn human beings were legal persons, what justification was there to assert that women are entitled to a right to receive public health assistance in receiving an abortion? It should be once more remarked that the Court could have only affirmed that women are entitled to a right to not be penalized. In so doing, it might have

34 See footnotes 15 et sq.

argued, for example, that criminalizing women in cases of abortion in rape induced pregnancies is a disproportionate and thus unreasonable politic. Notwithstanding how controversial this line of argument might be, it does not necessarily entail negating all practical effects to the recognition of legal personhood to unborn human beings.

On the contrary, the positive obligation of the Head of State to direct government assistance for abortion procedures is nothing more and nothing less than an obligation to sacrifice one holder of rights (the fetus) in favor of another (the mother). This in turn can only be understood as an underpinning downgrade of the inherent worth of the former in relation to the latter. The inquiry may still go further, in search of the reasons for this downgrade, to which the Court in *F.A.L.* would answer pointing to the discursive dynamics of the legal practice itself, and saying “it is the way the concept of “person”, as applied to unborn human beings, has been understood in the field of human rights international law”.

It is as if Wittgenstein’s theory of “language games” had been radically reinterpreted, and the “legal game” had been taken to be completely alien, both to other “language games” and to its own reference. This aspiration for a plain autonomy of legal language discloses at least two semantic assumptions. First, that the justificatory viewpoint of interpretation is internal to the legal practice. Secondly, that the reference of legal concepts is absolutely determined by their use within the practice. However, in application both assumptions are mutually dependent. If the legal concept of personhood bears no relation to the moral concept of the person, or even to scientific findings about human life, it seems that the legal concept is nothing more than a product of legal decisions³⁵.

8. Which semantic and justificatory theories best fit with constitutional law’s goal?

Two semantic postulates that ground the two interpretative stages are here compared: traditional or “criteria” semantics on the one side, and a sort of “light” –with ample space for social construction– realist semantics on the other. The last question to be posed is which of these is more coherent with the categorical and universal nature of fundamental rights?

The discussions regarding which semantic *praxis* better fits these features of fundamental rights are ample but unfit to be reviewed in this ar-

³⁵ For a critical comparison of these two ways of understanding “human dignity” in the legal field, see Zambrano, P. (2016). “Understanding Human Dignity, or Saving Dignity from Ockam’s Razor”. *Jurisprudence*. Hurt Publications, 150-155.

ticle. However, it seems appropriate to point out that they lead us back to the basic choice that was stated above, i.e., that either fundamental rights are social constructions that precede and determine their own reference or else their reference –some basic human good– precedes and determines its meaning.

If the meaning of fundamental rights is exclusively the product of a more or less controlled social construction, and what is more important, if construed meaning determines its own field of reference, it would be extremely hard explain the categorical and universal nature of rights. By contrast, both the universal extension as the categorical nature of rights would depend upon the will leading the social construction of meaning, which is almost impossible to reconcile with the purpose of any constitutional practice, of “making the exercise of public authority accountable neither to the many, nor to the few, but to human dignity of each and every person subject to law’s authority”³⁶.

Some political philosophers sustaining this constructive approach to fundamental rights principles have openly admitted that the approach is irreconcilable with their categorical and universal nature. Particularly, when applied to the legal concept of person³⁷. Others are much more reticent to admit this failure openly. For example, Ronald Dworkin has expressly rejected what he deems to be a criterial, semantic approach to Law, according to which all legal concepts –including the concept of Law– are constructed from inside the practice itself, with no grounds other than the sheer fact of convergence about their criteria of use within the practice. Against this claim, Dworkin contests that legal concepts are interpretative and thus there is no need of fundamental convergence in their use³⁸. Secondly, he has pointed out that legal and political concepts are the product of a collective, constructive practice in the light of moral and political values and, in the end, reflected in the light of a substantive conception of to what counts as a good life. In this sense, he aims at distinguishing himself not only from classical, positivistic approaches to Law which claim that the neutral nature of legal concepts’ constructive process; but also from Rawls’ *Theory of Justice*, which aspires to exclude “comprehensive conceptions” from the constructive process of political values³⁹.

Ronald Dworkin answers to both of them, explaining that all interpretative concepts are the product of a holistic, constructive practice that

36 See Weinrib, J. (2016). Ob. cit., 18.

37 See for example Rawls, J. (2005). XVI. A *Theory of Justice*. The belknap press of Harvard University Press Cambridge, Massachusetts.

38 See Dworkin, R. (1986). Ob. cit., 46; (2006). Ob. cit., 12, 151.

39 See Dworkin, R. (2006). Ob. cit., 160-161; 225-226.

synthesizes natural, moral, legal, and political concepts. This holistic account seems much more faithful to legal practice than the “criterial one”. In effect, as it has been shown above, both compositions of the Court rely on a holistic approach to the concept of legal personhood, no matter how much both compositions try to disguise this fact.

Now, as we have said above, it is obvious that criterial semantics imply a negative answer to the question of deference to reality. But the opposite is not obvious. For the question is not only how much are legal concepts related to moral, political or natural concepts, but also, if there is anything prior to the whole conceptual constructive process itself. And to this, Ronald Dworkin would answer “no”, or better, “it doesn’t matter”: the only ground for the whole constructive process is a “reflective equilibrium” between coherence and conviction⁴⁰. However, this mix of conviction and coherence is all that Dworkin claims for moral objectivism.

According to him, there is no place in his theory –nor any need–, neither for self-evident or self-justified practical propositions nor, at least, for the claim that these propositions bear any relationship with human nature⁴¹. As well, it should be noted that although self-justified practical propositions are generally the object of moral and political convictions, this is neither always the case nor, much more important, the epistemic justification.

Now, without a reference to self-justified practical propositions, there is no critical instance against which to confront the whole conceptual constructive process⁴². Instead, if reference leads the abstraction of meaning, when legal authorities construe intricate and obscure meanings –as, in fact, they have already done in relation to the legal concepts of “person”–, the reality referred to by these legal and moral concepts would cast light on their abuse in the use of language. For no matter how much *imperium* courts may have to construct and reconstruct concepts in the generic social sphere, and in the world of law in particular, they lack the power to transform and, least of all, to deny the referential frame of this construction. In other words, if reference precedes meaning, then the human or fundamental right principles, and their characteristic universality –for each and

40 See *Idem*, 162.

41 See Dworkin, R. *Idem*: 226-227.

42 Both the possibility of grounding moral and legal objectivity in self-evident practical principles, and the possibility of acknowledging a connection between these principles and natural human ends, has constantly be defended by the New Natural Law School and, especially in the field of Law, by John Finnis. See, among many other works, Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. 2nd. Edition. Oxford University Press, chapter 23-24; and Finnis, J. (1991). “Introduction”. In J. Finnis (comp.). *Natural Law*. Dartmouth. Volume I, xi.

every one– and absoluteness –in all cases– would be invulnerable to the abuses of language⁴³.

Having reached this stage of the discussion, it is worthwhile asking, one last time, which semantic practice fits better in the conceptual, and, therefore, the necessary characteristics of human rights? A practice that construes concepts from a *vacuum*, or a practice that construes them out with a grasp of reality? In the latter case, how does the reality referred to by the concept of human rights narrow down the construction of the legal concept of person? Is it not by imposing the only condition that its admittance be universal –for every human– and absolute –in each and every situation?

Bibliography

- Alexy, Robert (2002). *The Argument From Injustice. A Reply to Legal Positivism*. Litschewski Paulson, B. and Paulson, Stanley, L. (transl.). Oxford University Press.
- Breen, John M.; Scaperlanda, Michael A. (2006). “Never Get out the Boat. *Stenberg vs. Carhart* and the Future of American Law”. *Connecticut Law Review*, 39.
- Cianciardo, J. (2009). *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. 2ª Edición. Buenos Aires. Ábaco.
- Dworkin, Ronald (2011). *Justices for Hedgeghos*. Cambridge. Harvard University Press.
- Dworkin, Ronald (2006). *Justice in Robes*. Cambridge Mass.
- Dworkin, Ronald (2003). “Response to Overseas Commentators”. *International Journal of Constitutional Law*, 1.
- Dworkin, Ronald (1996). *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge. Harvard University Press.
- Dworkin, Ronald (1986). *Law’s Empire*. New York. Harvard University Press.
- Dworkin, Ronald (1983). “My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don’t Talk About Objectivity Any More”. In *The Politics of Interpretation*. W. J. T. Mitchell ed.
- Dworkin, Ronald (1977). *Taking Rights Seriously*. London. Duckworth.
- Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. 2nd. Edition. Oxford University Press.
- Finnis, J. (1991). “Introduction”. In *J. Finnis (comp.). Natural Law*. Dartmouth. Volume I.
- Fish, Stanley (1982). “Working on the Chain Gang”. *Texas Law Review*, 60.
- Fish, Stanley (1983). “Wrong Again”. *Texas Law Review*, 62.
- Marmor, Andrei (1995). *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*. Clarendon Press.

43 For an approach to the constructivist semantics that underlies the line of cases following *Roe*, see, Breen, J. M.; Scaperlanda, M. A. (2006). “Never Get out the Boat. *Stenberg vs. Carhart* and the Future of American Law”. *Connecticut Law Review*, 39, 304.

- Patterson, Dennis (2005). "Interpretation in Law". *San Diego Law Review*, 42.
- Peat, Daniel and Windsor, Matthew (2015). "Playing the Game of Interpretation". In *Interpretation in International Law*. Oxford University Press.
- Rabbi - Baldi Cabanillas, R. (2012). "Consideraciones sobre el sentido de la norma permisiva y prospectivas desde una Filosofía del Derecho Constitucional, a partir del caso 'F., A. L.' de la Corte Suprema". *Pensar en Derecho*. Buenos Aires. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 1.
- Raz, Joseph (2003). "About Morality and the Nature of Law". *American Journal of Jurisprudence*, 43.
- Sadowski, M. (2001). "Language is not Life". *Connecticut Law Review*, 33.
- Weinrib, Jacob (2016). *Dimensions of Dignity. The Theory and Practice of Modern Constitutional Law*. Cambridge University Press.
- Wroblewski, Jerzy (1985). "Legal Language and Legal Interpretation". *Law and Philosophy*, 4.
- Wróblewski, Jerzy; Mac Cormick, Neil (1994). "On Justification and Interpretation". *ARSP-Beiheft*, 53.
- Zambrano, Pilar (2016). "Understanding Human Dignity, or Saving Dignity from Ockam's Razor". *Jurisprudence*. Hurt Publications, 8-1, 143-155.
- Zambrano, Pilar (2015). "Fundamental Principles, Realist Semantics and Human Action". *Rechtstheorie*, 46.
- Zambrano, P.; Sacristán, E. (2014). "El derecho a la vida y el aborto en la Constitución Argentina". *Tratado de Derechos fundamentales* (Legarre, S.; Rivera, J., eds.). Buenos Aires. La Ley, 655-701.
- Zambrano, P.; Sacristán, E. (2013). "Semantics and Legal Interpretation. A Comparative Study of the Value of Embryonic life under Argentine and U.S. Constitutional Case law". *Journal of Civil Law Studies*, 6-1.
- Zambrano, Pilar (2009). *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*. México. UNAM.

PARTE IV

DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

**DISCURSO DEL SANTO PADRE FRANCISCO
A LOS MIEMBROS DEL CUERPO DIPLOMÁTICO ACREDITADO
ANTE LA SANTA SEDE
CON MOTIVO DE LAS FELICITACIONES DE AÑO NUEVO**

Sala Regia
Lunes, 8 de enero de 2018

*Excelencias,
señoras y señores:*

Es una hermosa costumbre este encuentro que, conservando la alegría que brota de la Navidad todavía viva en el corazón, me da la oportunidad de expresar personalmente los mejores deseos para el año que acaba de comenzar y manifestar mi cercanía y mi afecto a los pueblos que representáis. Agradezco al Decano del Cuerpo Diplomático, el Excelentísimo señor Armindo Fernandes do Espírito Santo Vieira, Embajador de Angola, las cordiales palabras que me ha dirigido en nombre de todo el Cuerpo Diplomático acreditado ante la Santa Sede. Doy mi especial bienvenida a los Embajadores llegados de fuera de Roma para esta ocasión, cuyo número ha aumentado tras el establecimiento de las relaciones diplomáticas con la República de la Unión de Myanmar en mayo pasado. También saludo a los embajadores residentes en Roma, cada vez más numerosos, entre los cuales está también ahora el Embajador de la República de Sudáfrica. Deseo dedicar un pensamiento particular al difunto Embajador de Colombia, Guillermo León Escobar-Herrán, que falleció pocos días antes de Navidad. Os agradezco las relaciones fructíferas y constantes que mantenéis con la Secretaría de Estado y con los demás Dicasterios de la Curia Romana, como muestra del interés de la Comunidad Internacional por la misión de la Santa Sede y por el compromiso de la Iglesia Católica en vuestros respectivos países. En esta perspectiva se sitúan también los acuerdos que la Santa Sede firmó el año pasado: en el mes de febrero, el Acuerdo marco con la República del Congo; y en agosto, el acuerdo entre la Secretaría de Estado y el

Gobierno de la Federación Rusa sobre los viajes sin visado para los titulares de pasaportes diplomáticos.

En relación con las Autoridades civiles, la Santa Sede no pretende otra cosa que favorecer el bienestar espiritual y material de la persona humana y la promoción del bien común. Son expresión de esta solicitud los viajes apostólicos que realicé el año pasado en Egipto, Portugal, Colombia, Myanmar y Bangladesh. A Portugal fui como peregrino, cuando se cumplía el centenario de las apariciones de la Virgen en Fátima, para celebrar la canonización de los pastorcitos Jacinta y Francisco Marto. Allí pude constatar la fe llena de entusiasmo y alegría que la Virgen María suscitó en muchos de los peregrinos venidos para dicha ocasión. También en Egipto, Myanmar y Bangladesh pude reunirme con las comunidades cristianas locales que, aunque numéricamente escasas, son dignas de aprecio por su contribución al desarrollo y a la convivencia civil de sus respectivos países. No faltaron los encuentros con los representantes de otras religiones, demostrando cómo las particularidades de cada una no son un obstáculo para el diálogo, sino la savia que lo alimenta con el deseo común de conocer la verdad y practicar la justicia. Por último, en Colombia deseé bendecir los esfuerzos y la valentía de ese amado pueblo, marcado por un vivo anhelo de paz tras más de medio siglo de conflicto interno.

Queridos Embajadores:

Durante este año se celebra el centenario del final de la Primera Guerra Mundial: un conflicto que redibujó el rostro de Europa y del mundo entero, con la aparición de nuevos Estados al puesto de los antiguos Imperios. De las cenizas de la Gran Guerra se pueden sacar dos advertencias, que lamentablemente la humanidad no supo comprender inmediatamente, llegando en el arco de veinte años a combatir un nuevo conflicto aún más devastador que el anterior. La primera advertencia es que ganar no significa nunca humillar al rival derrotado. La paz no se construye como la afirmación del poder del vencedor sobre el vencido. Lo que disuade de futuras agresiones no es la ley del temor, sino la fuerza de la serena sensatez que estimula el diálogo y la comprensión mutua para sanar las diferencias¹. De aquí se deriva la segunda advertencia: la paz se consolida cuando las naciones se confrontan en un clima de igualdad. Lo intuyó hace un siglo –un día como hoy– el Presidente estadounidense Thomas Woodrow Wilson, cuando propuso la creación de una Asociación general de las naciones destinada

1 Cf. Juan XXIII, Carta enc. *Pacem in terris* (11 de abril de 1963), 126-129.

a promover para todos los Estados indistintamente, grandes y pequeños, mutuas garantías de independencia e integridad territorial. Así se pusieron las bases de la diplomacia multilateral, que a lo largo de los años ha ido adquiriendo un papel y una influencia cada vez mayor en toda la comunidad internacional.

También las relaciones entre las naciones, como las relaciones humanas, “comprenden la esencia de la verdad, de la justicia, de la caridad, de la libertad”². Esto conlleva “como principio sagrado e inmutable que todas las comunidades políticas son iguales en dignidad natural”³, así como el reconocimiento de los mutuos derechos, junto al cumplimiento de los respectivos deberes⁴. La premisa fundamental de esta actitud es la afirmación de la dignidad de cada persona humana, cuyo desprecio y desconocimiento conducen a actos de barbarie que ofenden la conciencia de la humanidad⁵. Por otro lado, “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”⁶, como afirma la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Quisiera dedicar nuestro encuentro de hoy a este documento importante, cuando se cumplen setenta años desde su adopción por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que tuvo lugar el 10 de diciembre de 1948. Para la Santa Sede hablar de Derechos Humanos significa, ante todo, proponer la centralidad de la dignidad de la persona, en cuanto que ha sido querida y creada por Dios a su imagen y semejanza. El mismo Señor Jesús, curando al leproso, devolviendo la vista al ciego, deteniéndose con el publicano, perdonando la vida a la adúltera e invitando a preocuparse del caminante herido, nos ha hecho comprender que todo ser humano, independientemente de su condición física, espiritual o social, merece respeto y consideración. Desde una perspectiva cristiana hay una significativa relación entre el mensaje evangélico y el reconocimiento de los Derechos Humanos, según el espíritu de los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Estos derechos tienen su fundamento en la naturaleza que aúna objetivamente al género humano. Ellos fueron enunciados para eliminar los muros de separación que dividen a la familia humana y para favorecer lo que la doctrina social de la Iglesia llama desarrollo humano integral, puesto que se refiere a “promover a todos los hombres y a todo el hombre [...] hasta

2 Ibid., 45.

3 Ibid., 86.

4 Cf. *ibíd.*, 91.

5 Cf. Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948).

6 *Ibid.*, Preámbulo.

la humanidad entera”⁷. En cambio, una visión reduccionista de la persona humana abre el camino a la propagación de la injusticia, de la desigualdad social y de la corrupción.

Sin embargo, conviene constatar que, a lo largo de los años, sobre todo a raíz de las agitaciones sociales del “sesenta y ocho”, la interpretación de algunos derechos ha ido progresivamente cambiando, incluyendo una multiplicidad de “nuevos derechos”, no pocas veces en contraposición entre ellos. Esto no siempre ha contribuido a la promoción de las relaciones de amistad entre las naciones⁸, puesto que se han afirmado nociones contróvertidas de los Derechos Humanos que contrastan con la cultura de muchos países, los cuales no se sienten por este motivo respetados en sus propias tradiciones socio-culturales, sino más bien desatendidos frente a las necesidades reales que deben afrontar. Está también el peligro —en cierto sentido paradójico— de que, en nombre de los mismos Derechos Humanos, se vengán a instaurar formas modernas de colonización ideológica de los más fuertes y los más ricos en detrimento de los más pobres y los más débiles. Al mismo tiempo, es bueno tener presente que las tradiciones de cada pueblo no pueden ser invocadas como un pretexto para dejar de respetar los derechos fundamentales enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Después de setenta años, duele constatar cómo muchos derechos fundamentales están siendo todavía hoy pisoteados. El primero entre todos el derecho a la vida, a la libertad y a la inviolabilidad de toda persona humana⁹. No son menoscabados sólo por la guerra o la violencia. En nuestro tiempo, hay formas más sutiles: pienso sobre todo en los niños inocentes, descartados antes de nacer; no deseados, a veces sólo porque están enfermos o con malformaciones o por el egoísmo de los adultos. Pienso en los ancianos, también ellos tantas veces descartados, sobre todo si están enfermos, porque se les considera un peso. Pienso en las mujeres, que a menudo sufren violencias y vejaciones también en el seno de las propias familias. Pienso también en los que son víctimas de la trata de personas, que viola la prohibición de cualquier forma de esclavitud. ¿Cuántas personas, que huyen especialmente de la pobreza y de la guerra, son objeto de este comercio perpetrado por sujetos sin escrúpulos?

Defender el derecho a la vida y a la integridad física significa además proteger el derecho a la salud de la persona y de sus familias. Hoy, este derecho ha asumido implicaciones que superan los propósitos originarios de

7 Pablo VI, Carta enc. *Populorum Progressio* (26 de marzo de 1967), 14.

8 Cf. Declaración Universal de los Derechos Humanos, Preámbulo.

9 Cf. *ibíd.*, art. 3°.

la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que pretendía afirmar el derecho de cada uno a tener los cuidados médicos y los servicios sociales necesarios¹⁰. En esta perspectiva, deseo que, en los foros internacionales competentes, se trabaje también para favorecer, en primer lugar, un acceso fácil a todos los cuidados y tratamientos sanitarios. Es importante unir los esfuerzos para que se adopten políticas que garanticen, a precios accesibles, el suministro de medicamentos esenciales para la supervivencia de las personas más necesitadas, sin descuidar la investigación y el desarrollo de tratamientos que, aunque no sean económicamente relevantes para el mercado, son determinantes para salvar vidas humanas.

Defender el derecho a la vida implica también trabajar activamente por la paz, reconocida universalmente como uno de los valores más altos que hay que buscar y defender. Sin embargo, existen graves conflictos locales que siguen incendiando distintas regiones de la tierra. Los esfuerzos colectivos de la comunidad internacional, la acción humanitaria de las organizaciones internacionales y las incesantes peticiones de paz que provienen de las tierras ensangrentadas por los combates parecen ser cada vez menos eficaces ante la lógica aberrante de la guerra. Este escenario no puede lograr que disminuya nuestro deseo y nuestro compromiso por la paz, pues somos conscientes de que sin ella el desarrollo integral del hombre se convierte en algo inalcanzable.

El desarme completo y el desarrollo integral están estrechamente relacionados entre sí. Por otra parte, la búsqueda de la paz como condición previa para el desarrollo implica combatir la injusticia y erradicar, de manera no violenta, la causa de las discordias que conducen a las guerras. La proliferación de armas agrava ciertamente las situaciones de conflicto y supone grandes costes en términos materiales y de vidas humanas que socavan el desarrollo y la búsqueda de una paz duradera. El deseo de paz está siempre presente y lo manifiesta el resultado histórico alcanzado el año pasado con la aprobación del Tratado sobre la prohibición de armas nucleares, al término de la Conferencia de las Naciones Unidas, cuya finalidad era negociar un instrumento jurídicamente vinculante para prohibir las armas nucleares. La promoción de la cultura de la paz para un desarrollo integral requiere esfuerzos perseverantes hacia el desarme y la reducción del uso de la fuerza armada en la gestión de los asuntos internacionales. Deseo invitar a todos a un debate sereno y lo más amplio posible sobre el tema, que evite la polarización de la comunidad internacional sobre una cuestión tan delicada. Cualquier esfuerzo en esta dirección, aun cuando sea modesto, representa un logro importante para la humanidad.

10 Cf. *ibíd.*, art. 25.

Por su parte, la Santa Sede ha firmado y ratificado, también en nombre y por cuenta del Estado de la Ciudad del Vaticano, el Tratado sobre la prohibición de armas nucleares, en la idea expresada por san Juan XXIII en la *Pacem in terris*, según la cual “la justicia, la recta razón y el sentido de la dignidad humana exigen urgentemente que cese ya la carrera de armamentos; que, de un lado y de otro, las naciones que los poseen los reduzcan simultáneamente; que se prohíban las armas atómicas”¹¹. De hecho, “si bien parece difícilmente creíble que haya hombres con suficiente osadía para tomar sobre sí la responsabilidad de las muertes y de la asoladora destrucción que acarrearía una guerra, resulta innegable, en cambio, que un hecho cualquiera imprevisible puede de improviso e inesperadamente provocar el incendio bélico”¹².

La Santa Sede reitera la profunda “convicción de que las diferencias que eventualmente surjan entre los pueblos deben resolverse no con las armas, sino por medio de negociaciones”¹³. Por otra parte, precisamente la continua producción de armas cada vez más sofisticadas y “perfeccionadas”, y la persistencia de numerosos focos de conflicto –que en varias ocasiones he calificado como la “tercera guerra mundial a trozos”–, nos lleva a repetir con fuerza las palabras de mi santo predecesor: “En nuestra época, que se jacta de poseer la energía atómica, resulta un absurdo sostener que la guerra es un medio apto para resarcir el derecho violado. [...] Cabe esperar que los pueblos, por medio de relaciones y contactos institucionalizados, lleguen a conocer mejor los vínculos sociales con que la naturaleza humana los une entre sí y a comprender con claridad creciente que entre los principales deberes de la común naturaleza humana hay que colocar el de las relaciones individuales e internacionales que obedezcan al amor y no al temor, porque ante todo es propio del amor llevar a los hombres a una sincera y múltiple colaboración material y espiritual, de la que tantos bienes pueden derivarse para ellos”¹⁴.

En esta perspectiva, es primordial que se pueda sostener todo esfuerzo de diálogo en la península coreana, con el fin de encontrar nuevas vías para que se superen las actuales confrontaciones, aumente la confianza mutua y se asegure un futuro de paz al pueblo coreano y al mundo entero.

También es importante que continúen las distintas iniciativas de paz a favor de Siria en un clima propositivo de creciente confianza entre las partes, para que se logre poner fin, de una vez para siempre, al largo conflicto que ha afectado a todo el país y que ha causado enormes sufrimientos. El

11 Cf. Juan XXIII, Carta enc. *Pacem in terris*, 112.

12 *Ibíd.*, 111.

13 *Ibíd.*, 126.

14 *Ibíd.*, 127, 129.

deseo de todos es que, después de tanta destrucción, llegue el tiempo de la reconstrucción. Pero más que construir edificios es necesario reconstruir los corazones, volver a tejer la tela de la confianza mutua, premisa imprescindible para el crecimiento de cualquier sociedad. Es fundamental esforzarse en favorecer las condiciones jurídicas, políticas y de seguridad, para una recuperación de la vida social, donde cada ciudadano, independientemente de su condición étnica y religiosa, pueda participar en el desarrollo del país. En este sentido, es vital que se protejan a las minorías religiosas, entre las cuales se encuentran los cristianos, que desde hace siglos contribuyen activamente a realizar la historia de Siria.

Es igualmente importante que puedan regresar a su patria los numerosos refugiados que han encontrado acogida y protección en las naciones vecinas, especialmente en Jordania, Líbano y Turquía. El compromiso y el esfuerzo realizado por estos países en esta difícil circunstancia merece el reconocimiento y el apoyo de toda la comunidad internacional, la cual al mismo tiempo está llamada a trabajar para que se creen las condiciones que permitan el regreso de los refugiados procedentes de Siria. Es un compromiso que esta debe asumir concretamente, y empezando por el Líbano, para que ese amado país siga siendo un “mensaje” de respeto y convivencia, y un modelo a imitar para toda la región y para el mundo entero.

La voluntad de diálogo es necesaria también en el amado Irak, para que los distintos elementos étnicos y religiosos vuelvan a encontrar el camino de la reconciliación, la convivencia y la colaboración pacífica, así también en el Yemen y en otras partes de la región, igual que en Afganistán.

Un pensamiento particular dirijo a israelíes y palestinos, tras las tensiones de las últimas semanas. La Santa Sede expresa su dolor por los que han perdido la vida en los recientes enfrentamientos y renueva su llamamiento a ponderar toda iniciativa para que se evite exacerbar las contradicciones, e invita a un compromiso por parte de todos para que se respete, en conformidad con las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas, el *status quo* de Jerusalén, ciudad sagrada para cristianos, judíos y musulmanes. Setenta años de enfrentamientos obligan a que se encuentre una solución política que permita la presencia en la región de dos Estados independientes dentro de las fronteras internacionalmente reconocidas. A pesar de las dificultades, la voluntad de dialogar y de reanudar las negociaciones sigue siendo la vía maestra para llegar finalmente a una coexistencia pacífica de los dos pueblos.

También dentro de contextos nacionales, la apertura y la disponibilidad del encuentro son esenciales. Pienso especialmente en la querida Venezuela, que está atravesando una crisis política y humanitaria cada vez más dramática y sin precedentes. La Santa Sede, mientras que exhorta a responder sin demora a las necesidades primarias de la población, desea que

se creen las condiciones para que las elecciones previstas durante el año en curso logren dar inicio a la solución de los conflictos existentes, y se pueda mirar al futuro con renovada serenidad.

Que la Comunidad Internacional no olvide tampoco el sufrimiento en tantas partes del Continente africano, especialmente en Sudán del Sur, en la República Democrática del Congo, en Somalia, en Nigeria y en la República Centroafricana, en las que el derecho a la vida está amenazado por el abuso indiscriminado de los recursos, por el terrorismo, la proliferación de grupos armados y por los conflictos que perduran. No basta con indignarse ante tanta violencia. Es necesario más bien que cada uno en su ámbito propio se esfuerce activamente por remover las causas de la miseria y construir puentes de fraternidad, premisa fundamental para un auténtico desarrollo humano.

También en Ucrania es urgente que haya un compromiso común para reconstruir puentes. El año apenas terminado ha cosechado nuevas víctimas en el conflicto que aflige al país, y sigue produciendo gran sufrimiento a la población, en particular a las familias que habitan en las zonas afectadas por la guerra y que han perdido a sus seres queridos, con frecuencia ancianos y niños.

Quisiera dedicar un recuerdo especial precisamente a las familias. El derecho a formar una familia, en cuanto “elemento natural y fundamental de la sociedad y [que] tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”¹⁵, está reconocido efectivamente por la misma Declaración de 1948. Por desgracia, se sabe que la familia, especialmente en Occidente, está considerada como una institución superada. Frente a la estabilidad de un proyecto definitivo, hoy se prefieren vínculos fugaces. Pero una casa construida sobre la arena de los vínculos frágiles e inconstantes no se mantiene en pie. Se necesita más bien la roca, sobre la que se establecen cimientos sólidos. Y la roca es precisamente esa comunión de amor, fiel e indisoluble, que une al hombre y a la mujer, una comunión que tiene una belleza austera y sencilla, un carácter sagrado e inviolable y una función natural en el orden social¹⁶. Considero por eso urgente que se lleven a cabo políticas concretas que ayuden a las familias, de las que por otra parte depende el futuro y el desarrollo de los Estados. Sin ellas, de hecho, no se pueden construir sociedades que sean capaces de hacer frente a los desafíos del futuro. El desinterés por las familias trae además otra dramática consecuencia —especialmente actual en algunas regiones— como es la caída de la natalidad. Estamos ante un

15 Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 16.

16 Cf. Pablo VI, Discurso con motivo de la visita a la Basílica de la Anunciación, Nazaret (5 de enero de 1964).

verdadero invierno demográfico. Esto es un signo de sociedades que tienen dificultad para afrontar los desafíos del presente y que, volviéndose cada vez más temerosas con respecto al futuro, terminan por encerrarse en sí mismas.

Al mismo tiempo, no podemos olvidar la situación de las familias rotas a causa de la pobreza, de las guerras y las migraciones. Con demasiada frecuencia, tenemos ante nuestros ojos el drama de niños que cruzan solos los confines que separan al norte del sur del mundo, muchas veces víctimas del tráfico de seres humanos.

Hoy se habla mucho de migrantes y migraciones, en ocasiones sólo para suscitar miedos ancestrales. No hay que olvidar que las migraciones han existido siempre. En la tradición judeo-cristiana, la historia de la salvación es esencialmente una historia de migraciones. Tampoco hay que olvidar que la libertad de movimiento, como la de dejar el propio país y de volver a él, pertenece a los Derechos Humanos fundamentales¹⁷. Es necesario, por tanto, salir de una extendida retórica sobre el tema y partir de la consideración esencial de que ante nosotros se encuentran sobre todo personas.

Esto ha sido lo que he querido reafirmar con el Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz, celebrada el pasado 1º de enero, dedicado a: “Migrantes y refugiados: hombres y mujeres que buscan la paz”. Aun reconociendo que no todos están siempre animados por buenas intenciones, no se puede olvidar que la mayor parte de los emigrantes preferiría estar en su propia tierra, mientras que se encuentran obligados a dejarla “a causa de la discriminación, la persecución, la pobreza y la degradación ambiental. [...] Acoger al otro exige un compromiso concreto, una cadena de ayuda y de generosidad, una atención vigilante y comprensiva, la gestión responsable de nuevas y complejas situaciones que, en ocasiones, se añaden a los numerosos problemas ya existentes, así como a unos recursos que siempre son limitados. El ejercicio de la virtud de la prudencia es necesaria para que los gobernantes sepan acoger, promover, proteger e integrar, estableciendo medidas prácticas que, ‘respetando el recto orden de los valores, ofrezcan al ciudadano la prosperidad material y al mismo tiempo los bienes del espíritu’ (*Pacem in terris*, 57). Tienen una responsabilidad concreta con respecto a sus comunidades, a las que deben garantizar los derechos que les corresponden en justicia y un desarrollo armónico, para no ser como el constructor necio que hizo mal sus cálculos y no consiguió terminar la torre que había comenzado a construir (cf. *Lc 14, 28-30*)”¹⁸.

17 Cf. Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 13.

18 Mensaje para la LI Jornada Mundial de la Paz (13 de noviembre de 2017), 1.

Deseo una vez más agradecer a las autoridades de aquellos Estados que se han prodigado en estos años en ofrecer ayuda a los numerosos emigrantes llegados a sus fronteras. Pienso sobre todo en el esfuerzo de no pocos países en Asia, África y en América, que acogen y ayudan a numerosas personas. Conservo todavía vivo en el corazón el recuerdo del encuentro que tuve en Dacca con algunos miembros del pueblo Rohingya y deseo renovar mis sentimientos de gratitud a las autoridades de Bangladesh por la ayuda que les dan en su propio territorio.

Deseo además dar las gracias de modo especial a Italia, que en estos años ha mostrado un corazón abierto y generoso, y ha sabido ofrecer también ejemplos positivos de integración. Espero que las dificultades que el país ha atravesado en estos años, y cuyas consecuencias todavía perduran, no conduzcan a clausuras y preclusiones, sino más bien a descubrir de nuevo esas raíces y tradiciones que han alimentado la rica historia de la nación y que constituyen un tesoro inestimable para ofrecer a todo el mundo. Igualmente, expreso mi aprecio por los esfuerzos realizados por otros Estados europeos, especialmente Grecia y Alemania. No hay que olvidar que muchos refugiados y emigrantes buscan alcanzar Europa porque saben que allí pueden encontrar paz y seguridad, las cuales son por otra parte fruto de un largo camino alumbrado por los ideales de los Padres fundadores del proyecto europeo después de la Segunda Guerra Mundial. Europa debe sentirse orgullosa de este patrimonio, basado en principios firmes y en una visión del hombre que ahonda sus raíces en su historia milenaria, inspirada en la concepción cristiana de la persona humana. La llegada de los inmigrantes debe estimularla a redescubrir su propio patrimonio cultural y religioso, de tal manera que, adquiriendo nueva conciencia de los valores sobre los que está edificada, pueda mantener viva al mismo tiempo su propia tradición y seguir siendo un lugar de acogida, heraldo de paz y desarrollo.

Durante el año pasado, los gobiernos, las organizaciones internacionales y la sociedad civil se han planteado recíprocamente los principios básicos, las prioridades y el modo más conveniente de responder al movimiento migratorio y a las situaciones que todavía afectan a los refugiados. Las Naciones Unidas, después de la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes de 2016, ha puesto en marcha importantes procesos de preparación en vistas a la adopción de dos Pactos Mundiales (Global Compacts), sobre los refugiados y por una migración segura, ordenada y regulada, respectivamente.

La Santa Sede espera que estos esfuerzos, con las negociaciones que pronto comenzarán, darán unos resultados que sean dignos de una comunidad mundial cada vez más interdependiente, fundada en los principios de la solidaridad y la ayuda mutua. En el actual contexto internacional no faltan las posibilidades y los medios para que se aseguren unas condicio-

nes de vida digna del ser humano a cada hombre y mujer que viven en la tierra.

En el Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz de este año, sugerí cuatro “piedras angulares” para la acción: acoger, proteger, promover e integrar¹⁹. Me gustaría centrarme en particular en esta última, sobre la que existen posiciones contrapuestas en virtud de diferentes evaluaciones, experiencias, preocupaciones y convicciones. La integración es “un proceso bidireccional”, con derechos y deberes recíprocos. De hecho, quien acoge está llamado a promover el desarrollo humano integral, mientras que al que es acogido se le pide la conformación indispensable a las normas del país que lo recibe, así como el respeto a los principios de identidad del mismo. Todo proceso de integración debe mantener siempre, como aspecto central de la regulación de los diversos aspectos de la vida política y social, la protección y la promoción de las personas, especialmente de aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

La Santa Sede no tiene la intención de interferir en las decisiones que corresponden a los Estados, que a la luz de sus respectivas situaciones políticas, sociales y económicas, así como de sus propias capacidades y posibilidades de recepción e integración, tienen la responsabilidad principal de la acogida. Sin embargo, cree que debe desempeñar un papel de “llamada” del principio de humanidad y de fraternidad, que son fundamento de toda sociedad cohesionada y armónica. En esta perspectiva, es importante no olvidar la interacción con las comunidades religiosas, tanto a nivel institucional como asociativo, que pueden desempeñar un papel valioso reforzando la asistencia y la protección, la mediación social y cultural, la pacificación y la integración.

Uno de los Derechos Humanos sobre el que me gustaría hoy llamar la atención es el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que incluye la libertad de cambiar de religión²⁰. Se sabe, por desgracia, que el derecho a la libertad religiosa, a menudo, no se respeta y la religión con frecuencia se convierte en un motivo para justificar ideológicamente nuevas formas de extremismo o un pretexto para la exclusión social, e incluso para la persecución en diversas formas de los creyentes. La condición para construir sociedades inclusivas está en una comprensión integral de la persona humana, que se siente verdaderamente acogida cuando se le reconocen y aceptan todas las dimensiones que conforman su identidad, incluida la religiosa.

Por último, me gustaría recordar la importancia del derecho al trabajo. No hay paz ni desarrollo si el hombre se ve privado de la posibilidad

¹⁹ *Ibíd.*, 4.

²⁰ Cf. Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 18.

de contribuir personalmente, a través de su trabajo, en la construcción del bien común. En cambio, es triste ver cómo el trabajo en muchas partes del mundo es un bien escaso. Hay pocas oportunidades para encontrar trabajo, especialmente para los jóvenes. Con frecuencia resulta fácil perderlo, no sólo por las consecuencias de la alternancia de los ciclos económicos, sino también por el recurso progresivo a tecnologías y maquinarias cada vez más perfectas y precisas que reemplazan al hombre. Y aunque, por un lado, hay una distribución desigual de las oportunidades de trabajo, por el otro, existe una tendencia a exigir a los trabajadores ritmos cada vez más estresantes. Las exigencias del beneficio, dictadas por la globalización, han llevado a una reducción progresiva de los tiempos y días de descanso, perdiéndose así una dimensión fundamental de la vida —el descanso—, que sirve para regenerar a la persona tanto física como espiritualmente. Dios mismo reposó el séptimo día: lo bendijo y lo consagró, “porque en él descansó de toda la obra que Dios había hecho cuando creó” (*Gn* 2,3). En el sucederse de fatiga y sosiego, el hombre participa en la “santificación del tiempo” realizada por Dios y ennoblece su trabajo, liberándolo de la dinámica repetitiva de una vida cotidiana árida que no conoce descanso.

Los datos publicados recientemente por la Organización Mundial del Trabajo, sobre el aumento del número de niños empleados en actividades laborales y sobre las víctimas de nuevas formas de esclavitud, son también un motivo de especial preocupación. El flagelo del trabajo infantil pone en peligro seriamente el desarrollo psicofísico de los niños, privándolos de la alegría de la infancia, cosechando víctimas inocentes. No podemos pretender que se plantee un futuro mejor, ni esperar que se construyan sociedades más inclusivas, si seguimos manteniendo modelos económicos orientados a la mera ganancia y a la explotación de los más débiles, como son los niños. La eliminación de las causas estructurales de este flagelo debería ser una prioridad para los gobiernos y las organizaciones internacionales, que están llamados a intensificar sus esfuerzos para adoptar estrategias integradas y políticas coordinadas, destinadas a acabar con el trabajo infantil en todas sus formas.

Excelencias, señoras y señores:

Al recordar algunos de los derechos contenidos en la Declaración Universal de 1948, no pretendo ignorar un aspecto estrechamente relacionado con ella: todo individuo tiene también deberes hacia la comunidad, dirigidos a “satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bien-

estar general en una sociedad democrática”²¹. El reclamo a los derechos de todo ser humano debe tener en cuenta que cada uno es parte de un cuerpo más grande. Al igual que el cuerpo humano, también nuestras sociedades gozan de buena salud si cada miembro cumple su tarea, sabiendo que la misma está al servicio del bien común.

Entre los deberes particularmente urgentes en la actualidad se encuentra el cuidado de nuestra Tierra. Sabemos que la naturaleza puede ser cruenta, incluso cuando no es responsabilidad del hombre. Lo hemos visto el año pasado con los terremotos que han golpeado en distintos lugares de la tierra, especialmente en los últimos meses en México e Irán, provocando numerosas víctimas, así como con la fuerza de los huracanes que han afectado a varios países del Caribe, alcanzando las costas estadounidenses, y que, aún más recientemente, han golpeado Filipinas. Sin embargo, no debemos olvidar que hay también una responsabilidad primaria del hombre en la interacción con la naturaleza. El cambio climático, con el aumento global de las temperaturas y los efectos devastadores que conllevan, son también una consecuencia de la acción del hombre. Por lo tanto, es necesario afrontar, con un esfuerzo colectivo, la responsabilidad de dejar a las generaciones siguientes una Tierra más bella y habitable, trabajando a la luz de los compromisos acordados en París en 2015, para reducir las emisiones a la atmósfera de gases nocivos y perjudiciales para la salud humana.

El espíritu que debe animar a cada persona y a las naciones en esta obra se asemeja al de los constructores de catedrales medievales repartidas por toda Europa. Estos edificios impresionantes muestran la importancia de la participación de todos en un trabajo capaz de ir más allá de los límites del tiempo. El constructor de catedrales sabía que no vería la terminación de su trabajo. Sin embargo, trabajó activamente, entendiendo que era parte de un proyecto que sus hijos disfrutarían y que ellos, a su vez, embellecerían y ampliarían para sus hijos. Todos los hombres y mujeres de este mundo, y en particular los que tienen responsabilidades de gobierno, están llamados a cultivar el mismo espíritu de servicio y solidaridad intergeneracional, y así ser un signo de esperanza para nuestro mundo atribulado.

Con estas consideraciones, les renuevo a cada uno de ustedes, a sus familias y a sus pueblos, mi deseo de un año lleno de alegría, esperanza y paz. Gracias.

21 *Ibíd.*, art. 29.

CONSTITUCIÓN APOSTÓLICA
VERITATIS GAUDIUM
SOBRE LAS UNIVERSIDADES
Y FACULTADES ECLESIAÍSTICAS

PROEMIO

1. La alegría de la verdad –*Veritatis gaudium*– manifiesta el deseo vehemente que deja inquieto el corazón del hombre hasta que encuentre, habite y comparta con todos la Luz de Dios¹. La verdad, de hecho, no es una idea abstracta, sino que es Jesús, el Verbo de Dios en quien está la Vida que es la Luz de los hombres (cf. *Jn* 1,4); el Hijo de Dios que es a la vez el Hijo del hombre. Sólo Él, “en la misma revelación del misterio del Padre y de su amor, manifiesta plenamente el hombre al propio hombre y le descubre la grandeza de su vocación”².

En el encuentro con Él, el Viviente (cf. *Ap* 1,18) y el Primogénito entre muchos hermanos (cf. *Rm* 8,29), el corazón del hombre experimenta ya desde ahora, en el claroscuro de la historia, la luz y la fiesta sin ocaso de la unión con Dios y de la unidad con los hermanos y hermanas en la casa común de la creación, de las que él gozará por siempre en la plena comunión con Dios. En la oración de Jesús al Padre: “[...] para que todos sean uno, como tú, Padre, en mí, y yo en ti, que ellos también sean uno en nosotros” (*Jn* 17,21), se encierra el secreto de la alegría que Jesús nos quiere comunicar en plenitud (cf. 15,11) por parte del Padre con el don del Espíritu Santo: Espíritu de verdad y de amor, de libertad, justicia y unidad.

Jesús impulsa a la Iglesia para que en su misión testimonie y anuncie siempre esta alegría con renovado entusiasmo. El Pueblo de Dios peregrina a lo largo de los senderos de la historia, acompañado con sinceridad y solidaridad de los hombres y mujeres de todos los pueblos y de todas las culturas,

1 Cf. San Agustín. *Confesiones*, X, 23.33; I,1,1.

2 Conc. Ecum. Vat. II. Constitución pastoral *Gaudium et spes*, n. 22.

para iluminar con la luz del Evangelio el camino de la humanidad hacia la nueva civilización del amor. El vasto y multiforme sistema de los estudios eclesiásticos ha florecido a lo largo de los siglos gracias a la sabiduría del Pueblo de Dios, que el Espíritu Santo guía a través del diálogo y discernimiento de los signos de los tiempos y de las diferentes expresiones culturales. Dicho sistema está unido estrechamente a la misión evangelizadora de la Iglesia y, más aún, brota de su misma identidad, que está consagrada totalmente a promover el crecimiento auténtico e integral de la familia humana hasta su plenitud definitiva en Dios.

No sorprende, pues, que el **Concilio Vaticano II**, promoviendo con vigor y profecía la renovación de la vida de la Iglesia, en vistas de una misión más incisiva en esta nueva época de la historia, haya recomendado en el Decreto *Optatam totius* una revisión fiel y creativa de los estudios eclesiásticos (cf. nn. 13-22). Esta tarea, después de un estudio atento y de una comprobación prudente, culminó en la Constitución Apostólica *Sapientia christiana*, promulgada por san **Juan Pablo II** el 15 de abril de 1979. Gracias a esta se promovió y se perfeccionó aún más el compromiso de la Iglesia en favor de “las *Facultades* y las *Universidades Eclesiásticas*, es decir, aquellas que se ocupan especialmente de la Revelación cristiana y de las cuestiones relacionadas con la misma y que, por tanto, están más estrechamente unidas con la propia misión evangelizadora”, junto a todas las demás disciplinas que, “aunque no tengan un nexo particular con la Revelación cristiana, sin embargo pueden contribuir mucho a la labor de evangelización”³.

Después de casi cuarenta años, hoy es urgente y necesaria una oportuna revisión y actualización de dicha Constitución Apostólica en fidelidad al espíritu y a las directrices del Vaticano II. Aunque sigue siendo plenamente válida en su visión profética y en sus lúcidas indicaciones, se ha visto necesario incorporar en ella las disposiciones normativas emanadas posteriormente, teniendo en cuenta, al mismo tiempo, el desarrollo de los estudios académicos de estos últimos decenios, y también el nuevo contexto socio-cultural a escala global, así como todo lo recomendado a nivel internacional en cuanto a la aplicación de las distintas iniciativas a las que la Santa Sede se ha adherido.

Es un momento oportuno para impulsar con ponderada y profética determinación, a todos los niveles, un relanzamiento de los estudios eclesiásticos en el contexto de la nueva etapa de la misión de la Iglesia, caracterizada por el testimonio de la alegría que brota del encuentro con Jesús y del anuncio de su Evangelio, como propuse programáticamente a todo el Pueblo de Dios con la *Evangelii gaudium*.

3 *Sapientia christiana*, Proemio, III; cf. infra, Apéndice, I.

2. La Constitución apostólica *Sapientia christiana* supuso el fruto maduro de la gran reforma de los estudios eclesiásticos, que fue puesta en marcha por el Concilio Vaticano II. Supo recoger, en particular, los logros alcanzados en este ámbito crucial de la misión de la Iglesia bajo la guía sabia y prudente del beato Pablo VI y, al mismo tiempo, preanunciaba la aportación que el magisterio de san Juan Pablo II ofrecería inmediatamente después, siguiendo esa continuidad.

Como tuve ocasión de destacar: “Buscar superar este divorcio entre teología y pastoral, entre fe y vida, ha sido precisamente uno de los principales aportes del Concilio Vaticano II. Me animo a decir que ha revolucionado en cierta medida el estatuto de la teología, la manera de hacer y del pensar creyente”⁴. La *Optatam totius* se sitúa en esta perspectiva cuando invita con fuerza a que los estudios eclesiásticos “contribuyan en perfecta armonía a descubrir cada vez más a las inteligencias de los alumnos el misterio de Cristo, que afecta a toda la historia de la humanidad, e influye constantemente en la Iglesia”⁵. Para alcanzar este objetivo, el Decreto conciliar exhorta a conjugar la meditación y el estudio de la Sagrada Escritura, en cuanto “alma de toda la teología”⁶, junto con la participación asidua y consciente en la Sagrada Liturgia, “la fuente primera y necesaria del espíritu verdaderamente cristiano”⁷, y el estudio sistemático de la Tradición viva de la Iglesia en diálogo con los hombres de su tiempo, en escucha profunda de sus problemas, sus heridas y sus necesidades⁸. De este modo –subraya la *Optatam totius*– “la preocupación pastoral debe estar presente en toda la formación de los alumnos”⁹, para que se acostumbren a “superar las fronteras de su propia diócesis, nación o rito y ayudar a las necesidades de toda la Iglesia, con el ánimo dispuesto a predicar el Evangelio por todas partes”¹⁰.

Las etapas principales de este camino, que van desde las orientaciones del Vaticano II hasta la *Sapientia christiana*, son en modo particular: la *Evangelii nuntiandi* y la *Populorum progressio* de Pablo VI, así como la *Redemptor hominis* de Juan Pablo II, que fue publicada sólo un mes antes de la promulgación de la Constitución Apostólica. El sople profético de la Exhortación apostólica sobre la evangelización en el mundo contemporáneo del Papa Montini resuena con fuerza en el *Proemio* de la *Sapientia chris-*

4 Videomensaje al Congreso Internacional de Teología organizado por la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, 1-3 de septiembre de 2015.

5 *Optatam totius*, n. 14.

6 *Ibíd.*, n. 16.

7 *Ibíd.*

8 *Cf. ibíd.*

9 *Ibíd.*, 19.

10 *Ibíd.*, 20.

tiana, donde se afirma que “la misión de evangelizar, que es propia de la Iglesia, exige no sólo que el Evangelio se predique en ámbitos geográficos cada vez más amplios y a grupos humanos cada vez más numerosos, sino también que sean informados por la fuerza del mismo Evangelio el sistema de pensar, los criterios de juicio y las normas de actuación; en una palabra, es necesario que toda la cultura humana sea henchida por el Evangelio”¹¹. Juan Pablo II, por su parte, sobre todo en la Encíclica *Fides et ratio*, dentro del marco del diálogo entre filosofía y teología, ha reiterado y profundizado la convicción que vertebra la enseñanza del Vaticano II según la cual “el hombre es capaz de llegar a una visión unitaria y orgánica del saber. Este es uno de los cometidos que el pensamiento cristiano deberá afrontar a lo largo del próximo milenio de la era cristiana”¹².

También la *Populorum progressio* ha jugado un papel decisivo en la reconfiguración de los estudios eclesiásticos a la luz del Vaticano II, y ha ofrecido junto con la *Evangelii nuntiandi* –como se corrobora por la trayectoria de las diversas iglesias locales– importantes impulsos y orientaciones concretas para la inculturación del Evangelio y para la evangelización de las culturas en las diversas regiones del mundo, respondiendo así a los desafíos del presente. De hecho, esta encíclica social de Pablo VI subraya incisivamente que el desarrollo de los pueblos –clave imprescindible para fomentar la justicia y la paz a nivel mundial– “debe ser integral, es decir, promover a todos los hombres y a todo el hombre”¹³, y recuerda la necesidad de “pensadores de reflexión profunda que busquen un humanismo nuevo, el cual permita al hombre moderno hallarse a sí mismo”¹⁴. La *Populorum progressio* interpreta con visión profética la cuestión social como un tema antropológico que afecta al destino de toda la familia humana.

Esta es la clave fundamental de lectura que inspiró el sucesivo magisterio social de la Iglesia, desde la *Laborem exercens* hasta la *Sollicitudo rei socialis*, desde la *Centesimus annus* de Juan Pablo II, pasando por la *Caritas in veritate* de **Benedicto XVI**, hasta la *Laudato si'*. El Papa Benedicto XVI retomó la invitación de la *Populorum progressio* para impulsar una nueva etapa de pensamiento y explicó la necesidad urgente de “vivir y orientar la globalización de la humanidad en términos de relación, comunión y participación”¹⁵, destacando que Dios quiere asociar la humanidad a ese misterio inefable de comunión que es la Santísima Trinidad, del que

11 Proemio n. I.

12 *Fides et ratio*, n. 85.

13 n. 14.

14 n. 20.

15 Carta Encíclica *Caritas in veritate*, n. 42.

la Iglesia es en Jesucristo, signo e instrumento¹⁶. Para alcanzar de manera realista este fin, invita a “ensanchar la razón” para hacerla capaz de conocer y orientar las nuevas e imponentes dinámicas que atormentan a la familia humana, “animándolas en la perspectiva de esa ‘civilización del amor’, de la cual Dios ha puesto la semilla en cada pueblo y en cada cultura”¹⁷ y haciendo que “los diferentes ámbitos del saber humano sean interactivos”: el teológico, el filosófico, el social y el científico¹⁸.

3. Ha llegado el momento en el que los estudios eclesiásticos reciban esa renovación sabia y valiente que se requiere para una transformación misionera de una Iglesia “en salida” desde ese rico patrimonio de profundización y orientación, que ha sido confrontado y enriquecido –por así decir– “sobre el terreno” del esfuerzo perseverante de la mediación cultural y social del Evangelio, que ha sido realizada a su vez por el Pueblo de Dios en los distintos continentes y en diálogo con las diversas culturas.

En efecto, la tarea urgente en nuestro tiempo consiste en que todo el Pueblo de Dios se prepare a emprender “con espíritu”¹⁹ una nueva etapa de la evangelización. Esto requiere “un proceso decidido de discernimiento, purificación y reforma”²⁰. Y, dentro de ese proceso, la renovación adecuada del sistema de los estudios eclesiásticos está llamada a jugar un papel estratégico. De hecho, estos estudios no deben sólo ofrecer lugares e itinerarios para la formación cualificada de los presbíteros, de las personas consagradas y de laicos comprometidos, sino que constituyen una especie de laboratorio cultural providencial, en el que la Iglesia se ejercita en la interpretación de la performance de la realidad que brota del acontecimiento de Jesucristo y que se alimenta de los dones de Sabiduría y de Ciencia, con los que el Espíritu Santo enriquece en diversas formas a todo el Pueblo de Dios: desde el *sensus fidei fidelium* hasta el magisterio de los Pastores, desde el carisma de los profetas hasta el de los doctores y teólogos.

Y esto tiene un valor indispensable para una Iglesia “en salida”, puesto que hoy no vivimos sólo una época de cambios sino un verdadero cambio de época²¹, que está marcado por una “crisis antropológica”²² y “socio-ambiental”²³ de ámbito global, en la que encontramos cada día más “sín-

16 Cf. *ibíd.*, 54; Conc. Ecum. Vat. II. Constitución dogmática. *Lumen gentium*, n. 1.

17 Carta Encíclica *Caritas in veritate*, n. 33.

18 *Ibíd.*, n. 30.

19 Cf. Exhortación Apostólica *Evangelii gaudium*, cap. 5.

20 *Ibíd.*, n. 30.

21 Cf. *Discurso al V Convenio nacional de la Iglesia italiana*, Florencia, 10 de noviembre de 2015.

22 Cf. Exhortación Apostólica *Evangelii gaudium*, n. 55.

23 Cf. Carta Encíclica *Laudato si'*, n. 139.

tomas de un punto de quiebre, a causa de la gran velocidad de los cambios y de la degradación, que se manifiestan tanto en catástrofes naturales regionales como en crisis sociales o incluso financieras”²⁴. Se trata, en definitiva, de “cambiar el modelo de desarrollo global” y “redefinir el progreso”²⁵: “El problema es que no disponemos todavía de la cultura necesaria para enfrentar esta crisis y hace falta construir liderazgos que marquen caminos”²⁶.

Esta enorme e impostergable tarea requiere, en el ámbito cultural de la formación académica y de la investigación científica, el compromiso generoso y convergente que lleve hacia un cambio radical de paradigma, más aún –me atrevo a decir– hacia “una valiente revolución cultural”²⁷. En este empeño, la red mundial de las Universidades y Facultades eclesiásticas está llamada a llevar la aportación decisiva de la levadura, de la sal y de la luz del Evangelio de Jesucristo y de la Tradición viva de la Iglesia, que está siempre abierta a nuevos escenarios y a nuevas propuestas.

Cada día es más evidente la “necesidad de una auténtica hermenéutica evangélica para comprender mejor la vida, el mundo, los hombres, no de una síntesis sino de una atmósfera espiritual de búsqueda y certeza basada en las verdades de razón y de fe. La filosofía y la teología permiten adquirir las convicciones que estructuran y fortalecen la inteligencia e iluminan la voluntad... pero todo esto es fecundo sólo si se hace con la mente abierta y de rodillas. El teólogo que se complace en su pensamiento completo y acabado es un mediocre. El buen teólogo y filósofo tiene un pensamiento abierto, es decir, incompleto, siempre abierto al *maius* de Dios y de la verdad, siempre en desarrollo, según la ley que san Vicente de Lerins describe así: ‘*annis consolidetur, dilatetur tempore, sublimetur aetate*’ (*Commonitorium primum*, 23: *PL* 50,668)”²⁸.

4. En este horizonte amplio e inédito que se abre ante nosotros, ¿cuáles deben ser los criterios fundamentales con vistas a una renovación y a un relanzamiento de la aportación de los estudios eclesiásticos a una Iglesia en salida misionera? Podemos enunciar aquí al menos cuatro, siguiendo la enseñanza del Vaticano II y la experiencia que la Iglesia ha adquirido en estos decenios de aprendizaje, escuchando al Espíritu Santo y las necesidades más profundas y los interrogantes más agudos de la familia humana.

24 *Ibíd.*, n. 61.

25 *Cf. ibíd.*, n. 194.

26 *Ibíd.*, n. 53; *cf. n.* 105.

27 *Ibíd.*, 114.

28 Discurso a la Comunidad de la Pontificia Universidad Gregoriana y a los miembros de los asociados Pontificio Instituto Bíblico y Pontificio Instituto Oriental, 10 de abril de 2014, *AAS* 106 (2014), p. 374.

a) En primer lugar, el criterio prioritario y permanente es la contemplación y la introducción espiritual, intelectual y existencial en el corazón del *kerygma*, es decir, la siempre nueva y fascinante buena noticia del Evangelio de Jesús²⁹, “que se va haciendo carne cada vez más y mejor”³⁰ en la vida de la Iglesia y de la humanidad. Este es el misterio de la salvación del que la Iglesia es en Cristo signo e instrumento en medio de los hombres³¹: “Un *misterio* que hunde sus raíces en la Trinidad, pero tiene su concreción histórica en un pueblo peregrino y evangelizador, lo cual siempre trasciende toda necesaria expresión institucional [...] que tiene su fundamento último en la libre y gratuita iniciativa de Dios”³².

Desde esta concentración vital y gozosa del rostro de Dios, que ha sido revelado como Padre rico de misericordia en Jesucristo (cf. *Ef* 2,4)³³, desciende la experiencia liberadora y responsable que consiste en la “mística de vivir juntos”³⁴ como Iglesia, que se hace levadura de aquella fraternidad universal “que sabe mirar la grandeza sagrada del prójimo, que sabe descubrir a Dios en cada ser humano, que sabe tolerar las molestias de la convivencia aferrándose al amor de Dios, que sabe abrir el corazón al amor divino para buscar la felicidad de los demás como la busca su Padre bueno”³⁵. De ahí que el imperativo de escuchar en el corazón y de hacer resonar en la mente el grito de los pobres y de la tierra³⁶, concrete la “dimensión social de la evangelización”³⁷, como parte integral de la misión de la Iglesia; porque “Dios, en Cristo, no redime solamente la persona individual, sino también las relaciones sociales entre los hombres”³⁸. Es cierto que “la belleza misma del Evangelio no siempre puede ser adecuadamente manifestada por nosotros, pero hay un signo que no debe faltar jamás: la opción por los últimos, por aquellos que la sociedad descarta y desecha”³⁹. Esta opción debe impregnar la presentación y la profundización de la verdad cristiana.

De aquí que, en la formación de una cultura cristianamente inspirada, el acento principal esté en descubrir la huella trinitaria en la creación, pues

29 Cf. Exhortación Apostólica *Evangelii gaudium*, nn. 11; 34ss.; 164-165.

30 *Ibid.*, n. 165.

31 Cf. Conc. Ecum. Vat. II. Constitución dogmática *Lumen gentium*, n. 1.

32 Exhortación Apostólica *Evangelii gaudium*, n. 111.

33 Cf. Bula de convocación del Jubileo Extraordinario de la Misericordia, *Misericordiae Vultus* (11 de abril de 2015).

34 Cf. Exhortación Apostólica *Evangelii gaudium*, nn. 87 y 272.

35 *Ibid.*, n. 92.

36 Cf. Carta encíclica *Laudato si'*, n. 49.

37 Cf. Exhortación Apostólica *Evangelii gaudium*, cap. 4.

38 Consejo Pontificio Justicia y Paz, *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, 52; cf. Exhortación Apostólica *Evangelii gaudium*, n. 178.

39 Exhortación Apostólica *Evangelii gaudium*, n. 195.

hace que el cosmos en el que vivimos sea “una trama de relaciones”, y en el que “es propio de todo ser viviente tender hacia otra cosa”, favoreciendo “una espiritualidad de la solidaridad global que brota del misterio de la Trinidad”⁴⁰.

b) Un segundo criterio inspirador, que está íntimamente relacionado con el anterior y que es fruto de ese, es el diálogo a todos los niveles, no como una mera actitud táctica, sino como una exigencia intrínseca para experimentar comunitariamente la alegría de la Verdad y para profundizar su significado y sus implicaciones prácticas. El Evangelio y la doctrina de la Iglesia están llamados hoy a promover una verdadera cultura del encuentro⁴¹, en una sinergia generosa y abierta hacia todas las instancias positivas que hacen crecer la conciencia humana universal; es más, una cultura –podríamos afirmar– del encuentro entre todas las culturas auténticas y vitales, gracias al intercambio recíproco de sus propios dones en el espacio de luz que ha sido abierto por el amor de Dios para todas sus criaturas.

Como subrayó el Papa Benedicto XVI, “la verdad es ‘lógos’ que crea ‘diálogos’ y, por tanto, comunicación y comunión”⁴². En esta luz, la *Sapientia christiana*, remitiéndose a la *Gaudium et spes*, deseaba que se favoreciera el diálogo con los cristianos pertenecientes a otras Iglesias y comunidades eclesiales, así como con los que tienen otras convicciones religiosas o humanísticas, y que también se mantuviera una relación “con los que cultivan otras disciplinas, creyentes o no creyentes”, tratando de “valorar e interpretar sus afirmaciones y juzgarlas a la luz de la verdad revelada”⁴³.

De esto deriva que se revise, desde esta óptica y desde este espíritu, la conveniencia necesaria y urgente de la composición y la metodología dinámica del *currículo* de estudios que ha sido propuesto por el sistema de los estudios eclesiásticos, en su fundamento teológico, en sus principios inspiradores y en sus diversos niveles de articulación disciplinar, pedagógica y didáctica. Esta conveniencia se concreta en un compromiso exigente pero altamente productivo: repensar y actualizar la intencionalidad y la organización de las disciplinas y las enseñanzas impartidas en los estudios eclesiásticos con esta lógica concreta y según esta intencionalidad específica. Hoy, en efecto, “se impone una evangelización que ilumine los nuevos modos de relación con Dios, con los otros y con el espacio, y que suscite los valores fundamentales. Es necesario llegar allí donde se gestan los nuevos relatos y paradigmas”⁴⁴.

40 Cf. Carta Encíclica *Laudato si'*, n. 240.

41 Cf. Exhortación Apostólica *Evangelii gaudium*, n. 239.

42 Carta Encíclica *Caritas in veritate*, n. 4.

43 Proemio, III; cf. Conc. Ecum. Vat. II. Constitución pastoral *Gaudium et spes*, n. 62.

44 Exhortación Apostólica *Evangelii gaudium*, n. 74.

c) De aquí el tercer criterio fundamental que quiero recordar: la inter- y la trans-disciplinarietà ejercidas con sabiduría y creatividad a la luz de la Revelación. El principio vital e intelectual de la unidad del saber en la diversidad y en el respeto de sus expresiones múltiples, conexas y convergentes es lo que califica la propuesta académica, formativa y de investigación del sistema de los estudios eclesiásticos, ya sea en cuanto al contenido como en el método.

Se trata de ofrecer, a través de los distintos itinerarios propuestos por los estudios eclesiásticos, una pluralidad de saberes que correspondan a la riqueza multiforme de lo verdadero, a la luz proveniente del acontecimiento de la Revelación, que sea al mismo tiempo recogida armónica y dinámicamente en la unidad de su fuente trascendente y de su intencionalidad histórica y metahistórica, desplegada escatológicamente en Cristo Jesús: “En Él –escribe el apóstol Pablo–, están encerrados todos los tesoros de la sabiduría y del conocimiento” (*Col 2,3*). Este principio teológico y antropológico, existencial y epistémico, tiene un significado especial y está llamado a mostrar toda su eficacia no sólo dentro del sistema de los estudios eclesiásticos, garantizándole cohesión y flexibilidad, organicidad y dinamismo, sino también en relación con el panorama actual, fragmentado y no pocas veces desintegrado, de los estudios universitarios y con el pluralismo ambiguo, conflictivo o relativista de las convicciones y de las opciones culturales.

Hoy –como afirmó Benedicto XVI en la *Caritas in veritate*, profundizando el mensaje cultural de la *Populorum progressio* de Pablo VI– hay “una falta de sabiduría, de reflexión, de pensamiento capaz de elaborar una síntesis orientadora”⁴⁵. Aquí está en juego, en concreto, la *misión* que se le ha confiado al sistema de estudios eclesiásticos. Esta orientadora y precisa hoja de ruta no sólo expresa el significado intrínseco de verdades del sistema de los estudios eclesiásticos, sino que también resalta, sobre todo hoy, su efectiva importancia humana y cultural. En este sentido, es sin duda positivo y prometedor el redescubrimiento actual del principio de la interdisciplinarietà⁴⁶: No sólo en su forma “débil”, de simple multidisciplinarietà, como planteamiento que favorece una mejor comprensión de un objeto de estudio, contemplándolo desde varios puntos de vista; sino también en su forma “fuerte”, de transdisciplinarietà, como ubicación y maduración de todo el saber en el espacio de Luz y de Vida ofrecido por la Sabiduría que brota de la Revelación de Dios.

De tal manera que, quien se forme en el marco de las instituciones promovidas por el sistema de los estudios eclesiásticos –como deseaba el

45 n. 31.

46 Cf. Exhortación Apostólica *Evangelii gaudium*, n. 134.

beato J. H. Newman— sepa “dónde colocar a sí mismo y la propia ciencia, a la que llega, por así decirlo, desde una cumbre, después de haber tenido una visión global de todo el saber”⁴⁷. También el beato Antonio Rosmini, entorno al año 1800, invitaba a una reforma seria en el ámbito de la educación cristiana, restableciendo los cuatro firmes pilares sobre los que se apoyaba durante los primeros siglos de la era cristiana: “La unicidad de la ciencia, la comunicación de santidad, la costumbre de vida, la reciprocidad de amor”. Lo esencial —sostenía él— es devolver la unidad de contenido, de perspectiva, de objetivo, a la ciencia que se imparte desde la Palabra de Dios y desde su culmen en Cristo Jesús, Verbo de Dios hecho carne. Si no existe este centro vivo, la ciencia no tiene “ni raíz ni unidad” y sigue siendo simplemente “atacada y, por así decir, entregada a la memoria juvenil”. Sólo de este modo será posible superar la “nefasta separación entre teoría y práctica”, porque en la unidad entre ciencia y santidad “consiste propiamente la índole verdadera de la doctrina destinada a salvar el mundo”, cuyo “adiestramiento [en los tiempos antiguos] no terminaba en una breve lección diaria, sino que consistía en una continua conversación que tenían los discípulos con los maestros”⁴⁸.

d) Un cuarto y último criterio se refiere a la necesidad urgente de “crear redes” entre las distintas instituciones que, en cualquier parte del mundo, cultiven y promuevan los estudios eclesiásticos, y activar con decisión las oportunas sinergias también con las instituciones académicas de los distintos países y con las que se inspiran en las diferentes tradiciones culturales y religiosas; al mismo tiempo, establecer centros especializados de investigación que promuevan el estudio de los problemas de alcance histórico que repercuten en la humanidad de hoy, y propongan pistas de resolución apropiadas y objetivas.

Como señalé en la *Laudato si'*, “desde mediados del siglo pasado, y superando muchas dificultades, se ha ido afirmando la tendencia a concebir el planeta como patria y la humanidad como pueblo que habita una casa de todos”⁴⁹. La toma de conciencia de esta interdependencia “nos obliga a pensar en *un solo mundo*, en un *proyecto común*”⁵⁰. La Iglesia, en particular —en sintonía convencida y profética con el impulso que le ha dado el Vaticano II hacia su presencia renovada y su misión en la historia—, está llamada a experimentar cómo la catolicidad, que la califica como fermento de unidad en la diversidad y de comunión en la libertad, exige para sí misma y propicia

47 (1976). *L'Idée di Università*. Vita e Pensiero. Milano, p. 201.

48 Cf. (1998). “Delle cinque piaghe della Santa Chiesa”. En *Opere di Antonio Rosmini*, vol. 56. Roma. Ed. Ciudad Nueva, cap. II, Passim.

49 *Laudato si'*, n. 164.

50 *Ibid.*

“esa polaridad tensional entre lo particular y lo universal, entre lo uno y lo múltiple, entre lo simple y lo complejo. Aniquilar esta tensión va contra la vida del Espíritu”⁵¹. Se trata, pues, de practicar una forma de conocimiento y de interpretación de la realidad a la luz del “pensamiento de Cristo” (cf. *1 Co* 2,16), en el que el modelo de referencia y de resolución de problemas “no es la esfera [...] donde cada punto es equidistante del centro y no hay diferencias entre unos y otros”, sino “el poliedro, que refleja la confluencia de todas las parcialidades que en él conservan su originalidad”⁵².

En realidad, “como podemos ver en la historia de la Iglesia, el cristianismo no tiene un único modo cultural, sino que, ‘permaneciendo plenamente uno mismo, en total fidelidad al anuncio evangélico y a la tradición eclesial, llevará consigo también el rostro de tantas culturas y de tantos pueblos en que ha sido acogido y arraigado’⁵³. En los diferentes pueblos que experimentan el don de Dios según la propia cultura, la Iglesia manifiesta su genuina catolicidad y muestra ‘la belleza de este rostro pluriforme’⁵⁴. En las manifestaciones cristianas de un pueblo evangelizado, el Espíritu Santo embellece a la Iglesia, mostrándole nuevos aspectos de la Revelación y regalándole un nuevo rostro”⁵⁵.

Esta perspectiva –evidentemente– traza una tarea exigente para la Teología, así como para las demás disciplinas contempladas en los estudios eclesiásticos según sus específicas competencias. Benedicto XVI, refiriéndose con una bella imagen a la Tradición de la Iglesia, afirmó que “no es transmisión de cosas o de palabras, una colección de cosas muertas. La Tradición es el río vivo que se remonta a los orígenes, el río vivo en el que los orígenes están siempre presentes”⁵⁶. “Este río va regando diversas tierras, va alimentando diversas geografías, haciendo germinar lo mejor de esa tierra, lo mejor de esa cultura. De esta manera, el Evangelio se sigue encarnando en todos los rincones del mundo de manera siempre nueva”⁵⁷. No hay duda de que la Teología debe estar enraizada y basada en la Sagrada Escritura y en la Tradición viva, pero precisamente por eso debe acompañar simultáneamente los procesos culturales y sociales, de modo particular las transiciones difíciles. Es más, “en este tiempo, la teología también debe

51 Videomensaje al Congreso Internacional de Teología organizado por la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, 1-3 de septiembre de 2015.

52 Exhortación Apostólica *Evangelii gaudium*, n. 236.

53 Juan Pablo II. Carta Apostólica *Novo Millennio ineunte*, 6 de enero de 2001, n. 40.

54 *Ibid.*

55 Exhortación Apostólica *Evangelii gaudium*, n. 116.

56 *Catechesis*, 26 de abril de 2006.

57 Videomensaje al Congreso Internacional de Teología organizado por la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, 1-3 de septiembre de 2015, en referencia a la *Evangelii gaudium*, n. 115.

hacerse cargo de los conflictos: no sólo de los que experimentamos dentro de la Iglesia, sino también de los que afectan a todo el mundo”⁵⁸. Se trata de “aceptar sufrir el conflicto, resolverlo y transformarlo en el eslabón de un nuevo proceso”, adquiriendo “un modo de hacer la historia, en un ámbito viviente donde los conflictos, las tensiones y los opuestos pueden alcanzar una unidad pluriforme que engendra nueva vida. No es apostar por un sincretismo ni por la absorción de uno en el otro, sino por la resolución en un plano superior que conserva en sí las virtualidades valiosas de las polaridades en pugna”⁵⁹.

5. Al relanzar los estudios eclesiásticos, se advierte la viva necesidad de dar un nuevo impulso a la investigación científica llevada a cabo en nuestras Universidades y Facultades eclesiásticas. La Constitución Apostólica *Sapientia christiana* introducía la investigación como un “deber fundamental” en “contacto asiduo con la misma realidad [...] para comunicar la doctrina a los hombres contemporáneos, empeñados en diversos campos culturales”⁶⁰. Pero las nuevas dinámicas sociales y culturales imponen una ampliación de estos fines en nuestra época, marcada por la condición multicultural y multiétnica. Para cumplir la misión salvífica de la Iglesia “no basta la preocupación del evangelizador por llegar a cada persona, y el Evangelio también se anuncia a las culturas en su conjunto”⁶¹. Los estudios eclesiásticos no pueden limitarse a transmitir a los hombres y mujeres de nuestro tiempo, deseosos de crecer en su conciencia cristiana, conocimientos, competencias, experiencias, sino que deben adquirir la tarea urgente de elaborar herramientas intelectuales que puedan proponerse como paradigmas de acción y de pensamiento, y que sean útiles para el anuncio en un mundo marcado por el pluralismo ético-religioso. Esto no sólo exige una profunda conciencia teológica, sino también la capacidad de concebir, diseñar y realizar sistemas de presentación de la religión cristiana que sean capaces de profundizar en los diversos sistemas culturales. Todo esto pide un aumento en la calidad de la investigación científica y un avance progresivo del nivel de los estudios teológicos y de las ciencias que se le relacionan. No se trata sólo que se amplíe el ámbito del diagnóstico, ni que se enriquezca el conjunto de datos a disposición para leer la realidad⁶², sino que se profundice para “comunicar mejor la verdad del Evangelio en un contexto determinado, sin renunciar a

58 Carta al Gran Canciller de la Pontificia Universidad Católica Argentina en el Centenario de la Facultad de Teología, 3 de marzo de 2015.

59 Exhortación Apostólica *Evangelii gaudium*, nn. 227-228.

60 Proemio, n. III.

61 Exhortación Apostólica *Evangelii gaudium*, n. 133.

62 Cf. Carta Encíclica *Laudato si'*, n. 47; Exhortación Apostólica *Evangelii gaudium*, n. 50.

la verdad, al bien y a la luz que pueda aportar cuando la perfección no es posible”⁶³.

Encomiendo entonces, en primer lugar, a las Universidades, Facultades e Institutos eclesiásticos la misión de desarrollar en su labor de investigación esa “original apologética” que indiqué en la *Evangelii gaudium*, para que ellas ayuden “a crear las disposiciones para que el Evangelio sea escuchado por todos”⁶⁴.

En este contexto, es indispensable la creación de nuevos y cualificados centros de investigación en los que estudiosos procedentes de diversas convicciones religiosas y de diferentes competencias científicas puedan interactuar con responsable libertad y transparencia recíproca –según mi deseo expresado en la *Laudato si’*–, a fin de “entrar en un diálogo entre ellas orientado al cuidado de la naturaleza, a la defensa de los pobres, a la construcción de redes de respeto y de fraternidad”⁶⁵. En todos los países, las Universidades constituyen la sede principal de investigación científica para el progreso del conocimiento y de la sociedad, y desempeñan un papel determinante para el desarrollo económico, social y cultural, sobre todo en un tiempo, como el nuestro, caracterizado por rápidos, constantes y evidentes cambios en el campo de la ciencia y la tecnología. También en los acuerdos internacionales se subraya la responsabilidad central de la Universidad en las políticas de investigación y la necesidad de coordinarlas, creando redes de centros especializados para facilitar, entre otras cosas, la movilidad de los investigadores.

En este sentido, se están proyectando polos de excelencia interdisciplinares e iniciativas destinadas a acompañar la evolución de las tecnologías avanzadas, la cualificación de los recursos humanos y los programas de integración. También los estudios eclesiásticos, en el espíritu de una Iglesia “en salida”, están llamados a dotarse de centros especializados que profundicen en el diálogo con los diversos ámbitos científicos. La investigación compartida y convergente entre especialistas de diversas disciplinas constituye un servicio cualificado al Pueblo de Dios y, en particular, al Magisterio, así como un apoyo a la misión de la Iglesia que está llamada a anunciar la Buena Nueva de Cristo a todos, dialogando con las diferentes ciencias al servicio de una cada vez más profunda penetración y aplicación de la verdad en la vida personal y social.

Así, los estudios eclesiásticos serán capaces de dar su contribución específica e insustituible, inspiradora y orientadora, y podrán dilucidar y

63 Exhortación Apostólica *Evangelii gaudium*, n. 45.

64 *Ibid.*, n. 132.

65 n. 201.

expresar su tarea de modo nuevo, interpelante y real. ¡Siempre ha sido y siempre será así! La Teología y la cultura de inspiración cristiana han estado a la altura de su misión cuando han sabido vivir con riesgo y fidelidad en la frontera. “Las preguntas de nuestro pueblo, sus angustias, sus peleas, sus sueños, sus luchas, sus preocupaciones poseen valor hermenéutico que no podemos ignorar si queremos tomar en serio el principio de encarnación. Sus preguntas nos ayudan a preguntarnos, sus cuestionamientos nos cuestionan. Todo esto nos ayuda a profundizar en el misterio de la Palabra de Dios, Palabra que exige y pide dialogar, entrar en comunicación”⁶⁶.

6. Esto que hoy emerge ante nuestros ojos es “un gran desafío cultural, espiritual y educativo que supondrá largos procesos de regeneración”⁶⁷, también para las Universidades y Facultades eclesiológicas.

Que la fe gozosa e inquebrantable en Jesús crucificado y resucitado, centro y Señor de la historia, nos guíe, nos ilumine y nos sostenga en este tiempo arduo y fascinante, que está marcado por el compromiso en una renovada y clarividente configuración del planteamiento de los estudios eclesiológicos. Su resurrección, con el don sobreabundante del Espíritu Santo, “provoca por todas partes gérmenes de ese mundo nuevo; y aunque se los corte, vuelven a surgir, porque la resurrección del Señor ya ha penetrado la trama oculta de esta historia”⁶⁸.

Que María Santísima, quien a través del anuncio del Ángel concibió con gran alegría al Verbo de la Verdad, acompañe nuestro camino obteniendo del Padre de toda gracia la bendición de luz y de amor que, con la confianza de hijos, aguardamos en la esperanza de su Hijo y Nuestro Señor Jesucristo, en la alegría del Espíritu Santo.

66 Videomensaje al Congreso Internacional de Teología organizado por la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, 1-3 de septiembre de 2015.

67 Carta Encíclica *Laudato si'*, n. 202.

68 Exhortación Apostólica *Evangelii gaudium*, n. 278.

DECLARACIÓN EN DEFENSA DE LA VIDA ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA

Ante el debate legislativo acerca de la despenalización del aborto, la Academia Nacional de Medicina reitera los preceptos que ha sostenido desde siempre, recordando los principios básicos de la ciencia y la práctica médicas que obligan y vinculan a todos los profesionales del país. La salud pública argentina necesita de propuestas que cuiden y protejan a la madre y a su hijo, a la vida de la mujer y a la del niño por nacer. La obligación médica es salvar a los dos, nada bueno puede derivarse para la sociedad cuando se elige la muerte como solución. Si el aborto clandestino es un problema sanitario corresponde a las autoridades tomar las mejores medidas preventivas y curativas sin vulnerar el derecho humano fundamental a la vida y al de los profesionales médicos a respetar sus convicciones. Por ello: la Academia Nacional de Medicina considera: Que el niño por nacer, científica y biológicamente, es un ser humano cuya existencia comienza al momento de su concepción. Desde el punto de vista jurídico, es un sujeto de derecho como lo reconoce la Constitución Nacional, los tratados internacionales anexos y los distintos Códigos nacionales y provinciales de nuestro país. Que destruir a un embrión humano significa impedir el nacimiento de un ser humano. Que el pensamiento médico a partir de la ética hipocrática ha defendido la vida humana como condición inalienable desde la concepción. Por lo que la Academia Nacional de Medicina hace un llamado a todos los médicos del país a mantener la fidelidad a la que un día se comprometieron bajo juramento. Que el derecho a la “objeción de conciencia” implica no ser obligado a realizar acciones que contrarían convicciones éticas o religiosas del individuo (arts. 14, 19 y concordantes de la Constitución Nacional).

Buenos Aires, 22 de marzo de 2018

RECENSIONES

Hernández, Héctor H., *Inseguridad y Garantismo abolicionista: Bases para la reconstrucción de la Justicia Penal*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2017, 364 pp.

Tema de especial actualidad es el “Garantismo abolicionista”, fenómeno precursoramente denominado por Hernández, quien en el libro recensionado sostiene la tesis de que el movimiento “en favor del delincuente” (p. 21) es el motivo principal de la inseguridad experimentada a diario por la sociedad argentina.

El llamado “Garantismo abolicionista”

La primera parte de la obra (caps. 1-17) brinda una radiografía sobre el Garantismo abolicionista, movimiento caracterizado como una cierta actitud de rechazo del orden social, cuyo designio es abolir la justicia penal (p. 3). Amén de que el garanto-abolicionismo abreva en diversas fuentes doctrinarias y sus ideas seminales pueden otearse en el marxismo (pp. 6-7 y 20-21), con buen tino se adopta como punto de referencia para estudiarlo a Eugenio R. Zaffaroni, autor tipo del “Derecho Penal Antipenal” en la República Argentina, ex juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación e ideólogo del Plan de Lucha que hace más de una década horada el sistema de justicia, a través de un discurso tendente a demonizar las penas y el Estado, so capa de enarbolar la bandera de los Derechos Humanos (caps. 1-2).

En capítulos breves, pero profundos e ilustrativos, el lector se aproxima con facilidad a los medios de lucha trazados por un garanto-abolicionismo ideado e instrumentado para demoler la justicia penal “por implosión”, mediante las categorías del Derecho Penal de fondo o el Derecho Procesal (cap. 2). De esta manera, la lectura propuesta evidencia cómo la literatura abolicionista pregonaba la inconstitucionalidad, inmoralidad e inutilidad de las penas aplicadas por la potencia puniendo de un Estado expropiador del conflicto, que ejercería su violencia de manera arbitraria (cap. 3). Así, el libro permite espigar cómo la prédica de Zaffaroni finca la ilegitimidad del Derecho Penal en un poder punitivo, a su entender, irracional, antirrepu-

blicano e incompatible con una ideología de los Derechos Humanos sujeta a una progresiva evolución, que correría al ton y son de los dictados de una casta sacerdotal ungida por el autor tipo, según su autoproclamación como sacerdote en esta clase de cuestiones (pp. 12-24).

Pivoteando ágilmente sobre la bibliografía del referente abolicionista, la obra desnuda con acribia los artificios aplicados para cerrar el espacio de punición y suprimir el Derecho Penal, a través de un Plan de Lucha ejecutado desde el interior del sistema por la agencia judicial, que encarnaría el polo defensor del Estado de Derecho frente a la maldad de la agencia policial y estatal (caps. 4-5).

Con perspicacia, el estudio descoyunta y refuta con aguda crítica las piezas del iridiscente mosaico de tácticas pergeñadas en ese desandar hacia el abolicionismo, además de evidenciar la orfandad de fundamentos filosóficos y políticos serios. La lectura permite, entonces, advertir, cómo este movimiento signado por el culmen de derruir el Derecho Penal procura la deslegitimación del ius puniendi a través de disímiles vías. Se destaca la infiltración de un discurso jurídico anti-penal, solapado bajo visos de Derecho Penal y patente, por ejemplo, con el reemplazo de la palabra “delito” por “conflicto”; la redefinición de las categorías del Derecho Penal e introducción de la maldad dentro del discurso del Derecho Penal con el afán de deslegitimarlo; y la inculturación en las universidades del ADN de la mentalidad abolicionista de los “futuros juristas o pichones de jueces”, todos engranajes de un hado reductor de una potestad punitiva, que al resultar amputada vuelve inermes a las víctimas y comunidad política frente a una inseguridad latente (caps. 5-8).

Sin perder dinamismo, la obra hiende el estilete crítico sobre ese anti-penalismo definido por Diana Cohen Agrest como un “caballo de Troya” en el sistema penal argentino (según cita en p. 71), sin obviar el estudio de la instauración de “no penas como alternativas a las penas” (caps. 10 y 15), una suerte de mitología cincelada en derredor al proceso acusatorio (caps. 13 y 16) y un conjunto de dogmas reñidos contra el sentido común, que tornan vacua de aplicabilidad la prisión preventiva (caps. 9 y 12).

Dentro del cap. 14 se tratan las nulidades procedentes de la regla de exclusión y la doctrina del fruto del árbol venenoso (DOFAV), recursos aprontados por el garanto-abolicionismo –según el texto– para ajar la justicia penal. El valor agregado de este capítulo estriba en que el autor, ya constituido en autoridad de referencia sobre esta temática¹ [tal como

1 Tratada vastamente por el autor en (2010). *Fines de la Pena. Abolicionismo, impunidad*, AA. VV. (dirigido por Hernández, H. H.). Buenos Aires. Cathedra jurídica, caps. XXIV-XXVI; y en Hernández, H. H. (2013). *El garantismo abolicionista*. Buenos Aires. Marcial Pons, cap. 41.

se puede recoger en Carrió, A. D. (2015). *Garantías Constitucionales en el proceso penal*. 6ª ed. Buenos Aires. Hammurabi, 309], logra exponer las aporías de los apologetas de esta doctrina, las contradicciones del balance de valores y la errada interpretación del adagio “el fin no justifica los medios”.

Basta destacar, sobre esta primera parte, cómo se coloca al descubierto una característica ingénita al garanto-abolicionismo, que se hace palpable a lo largo de toda la obra (caps. 11, 14-15 y 24). Puntualmente, se alude a la inquina de un movimiento guiado por una doble vara, al punto de peraltar una expresión más de un Derecho Penal del enemigo fundado en una especie de Derecho Penal de autor, que negaría garantías a determinadas personas e incurriría en una supina contradicción al exhortar la aplicación de ese Derecho Penal combatido por el mismo garanto-abolicionismo, enseñando así la hilacha de la arbitrariedad de un manodurismo sin garantías contra los etiquetados como enemigos por los oráculos de la ideología de los Derechos Humanos.

Planes y efectos del garanto-abolicionismo

Naturalmente, al compás de una ágil y amena escritura, el interés originado por los primeros capítulos invita a descubrir los “Proyectos y resultados del garanto-abolicionismo” (caps. 18-29), en donde se efectúa un novedoso estudio del Anteproyecto de Código Penal de 2013 (caps. 18-24) que demuestra los sofismas utilizados para inserir la aconitina abolicionista en las normas. Así, se coloca la lupa sobre el principio de oportunidad (p. 168), la derogación de la parte especial del Código Penal, a través de la parte general (p. 181 y sigs.); la despenalización del aborto consagrada pretoriamamente por la Corte Suprema (pp. 194-196); y una colección de inepticias (caps. 10 y 22).

Prosiguen los caps. 25-29, con el fiel retrato de una inseguridad lamentablemente naturalizada en nuestra Patria y testimoniada por una implacable realidad superadora de la mera sensación. Sin incurrir en una visión cortical o exacerbaciones innecesarias, con pericia se logran enhebrar los episodios cotidianos de este flagelo con declaraciones de las víctimas de una Argentina indefensa y las peligrosas secuelas de la venganza privada (caps. 25-26). Claro que este trágico cuadro es revitalizado, a partir de su relectura en clave con la obra recensionada, pues se infieren con nitidez los aspectos políticos, culturales y académicos de la trama urdida en torno al garanto-abolicionismo, que constituyen a este movimiento de base anárquica en la principal causa de criminalidad (cap. 28). Más aún, al escrutar la hontana de este pensamiento anti-penal se alcanza a precisar cómo la universidad

hace las veces de agencia de reproducción ideológica del garanto-abolicionismo (caps. 27 y 29).

Refundación de la Justicia Penal

La tercera parte, titulada “Reconstruir la Justicia Penal” (caps. 30-42), es una lección esencial de Filosofía del Derecho Penal que presenta doble razón de mérito. Por un lado, atesora en sencillas lecciones el fecundo magisterio del pensamiento clásico; y por otra parte, logra ajustar la expresión a la comprensión del penalista, el filósofo del Derecho y el público lego. Esto enseña el valor de una obra imbuida de una generosidad ardua de conquistar, pues apelando al sentido común, permite al principiante comprender con simpleza los principios, fines y fundamentos filosóficos de la justicia penal.

De esta forma, con ejemplos cercanos a cualquier argentino (como el conocido caso del puñetazo en la mesa), los caps. 30-36 expresan con claridad meridiana que “[...] en el comienzo de la justicia penal está el delito [...]” (p. 252), “causa meritoria de la pena” (p. 272) y “Dado el delito, debe darse en justicia, la pena al delincuente” (p. 271), es decir, no al inocente, sino sólo a quien delinquirió y una vez probado el delito, por lo que en ese primer principio se enraízan las justas garantías (cap. 33), además de suponerse la libertad-responsabilidad del hombre. Se explica así, en base a la experiencia: “Si se reacciona contra el delito cometido porque es un mal social grave, se está aplicando el principio moral primero [...], que es ‘hacer el bien y evitar el mal’” (p. 278), concretado en el campo jurídico en ese “dar a cada uno lo suyo”, lo suyo de las víctimas, la comunidad política y quien delinque

Siguiendo la línea argumental, se expone la doctrina mixta solidarista de los fines de la pena, donde prevalece el fin esencial de la justicia penal (caps. 35-36); y luego se despliegan los fundamentos filosóficos que justifican el sistema penal (caps. 37-42). La consistencia de la teoría solidarista se impone, así, cuando se mueve al lector a echar mano a un sentido común, que auxiliado por la metafísica demuestra la distinción entre un obrar bueno y malo (cap. 37), la importancia de reconstruir una justicia penal respetuosa de la verdad sobre el hombre (cap. 38), la evidente naturaleza sociopolítica del ser humano (cap. 39), la significancia del bien común político (cap. 40); la legitimidad del ius puniendi de la autoridad (cap. 41); y la existencia de Dios como fuente de todo el orden moral, político y jurídico (cap. 42).

Completa la obra: “El ansiado final de la inseguridad” (cap. 43), donde se sella que la causa principal de la inseguridad argentina es el Plan de Lucha del abolicionismo; e interpela a recuperar la universidad (p. 364) y restaurar las murallas de la República Argentina.

Conclusiones

El libro es la lograda síntesis de “El Garantismo abolicionista” (escrito por el autor cuando señeramente denunciaba esta acuciante realidad) y “Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad” (por él dirigido), libros que aportan una respuesta superadora a la problemática planteada.

Gran riqueza enseñan las declaraciones recogidas en la obra de exponentes de la Usina de Justicia (a quien el autor adhiere), los “Consejos para políticos” y las deleitables lecciones de “Filosofía del Derecho Penal para principiantes”, que partiendo de la simpleza conducen a la comprensión de las verdades más elevadas.

La solidez científica de la obra, que es garantizada mediante el ascenso a los primeros principios del orden práctico, se conjuga con un delicado equilibrio entre un estilo literario fluido, la erudición y una retórica sobresaliente por su claridad. De esta manera, el libro se enseña potente, persuasivo y educativo, ya que al adecuar el lenguaje a la comprensión del público lego reafirma la capacidad de juicio de una ciudadanía llamada a ser educada en la virtud en una República donde el binomio justicia-seguridad concierne a todos.

Así, Hernández alcanza a derribar los mitos hilvanados en derredor al sofisma del garanto-abolicionismo, pero además, con caridad intelectual, oficia de lazarillo del lector hacia “el despertar de un hombre jurídico penal argentino” que se reconcilia con la filosofía del sentido común. Un sentido común que es esencial para rescatar la comunidad doliente de este espiral de inseguridad, refundar el Derecho Penal y restaurar las murallas de la República animados por la piedad. Una desiderata que concierne a todo hombre guiado por el faro del bien común y el amor a la patria. De ahí que el libro recensionado merezca en justicia un lugar entrañable en la biblioteca de todo amigo del buen mirar, pues en el amor a la magnanimidad, la filosofía del sentido común (que según Chesterton es la filosofía de Santo Tomás²) y a la gran familia Argentina se encuentran las bases para reconstruir la justicia penal.

CARLOS MANUEL ROMERO BERDULLAS

2 Cf. Chesterton, G. K. (2009). *Santo Tomás de Aquino*. Madrid. Homolegens, 149.

Fiocchi Malaspina, Elisabetta, *L'eterno ritorno del Droit des gens di Emer de Vattel (secc. XVIII-XIX): L'impatto sulla cultura giuridica in prospettiva globale*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, 2017.

El libro que tengo el gusto y el honor de presentar tiene como punto de partida el doctorado de la autora, Elisabetta Fiocchi, italiana de nacionalidad y, al momento de escribirse estas líneas, profesora de Historia del Derecho en la Universidad de Zurich. Fiocchi defendió su tesis doctoral en 2012 en la Universidad de Génova, aunque su interés en el jurista suizo Emer de Vattel viene de antes y fue, de hecho, lo que me llevó a conocerla personalmente en 2009, en un congreso organizado por el Instituto Max Planck para la Historia del Derecho Europeo, en el cual yo mismo expuse un trabajo relacionado con Vattel, publicado en las actas del congreso que, con forma de libro, llevan el título *Constructing International Law: The Birth of a Discipline* (Luigi Nuzzo y Miloš Vec, eds., Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2012).

Cuando comencé mi propia investigación doctoral, el internacionalista de Neuchâtel se convirtió en un actor tan importante como inesperado de mi tesis. Jamás se me habría ocurrido la posible relevancia de Vattel (cuyo nombre me sonaba de alguna clase en la Facultad a cargo del profesor Luis María de Pablo Pardo, erudito si los hubo). Fue mi director de tesis, el profesor John Finnis, cuando en una jornada inglesa gris de 1998 le comenté de mi interés en profundizar el tema de la moralidad pública, quien sugirió que debía leer la magna obra sobre la cual gira el libro de Fiocchi. Y, al igual que ella unos años más tarde, me encontré con muchas sorpresas, que la colega italiana explica con claridad en su monografía. Voy a mencionar primeramente una sorpresa minúscula, porque el hecho de que la autora la haya detectado en su libro es una muestra cabal del trabajo eficientemente minucioso que ha llevado a cabo.

Le Droit des gens fue traducido al inglés y publicado en esa lengua (con el título *The Law of Nations*) apenas un año después de haber sido publicado en francés en 1758. (Valga aclarar que el título completo del libro es mucho más largo, pero es bien conocido así que me siento autorizado a ahorrar tinta o, más bien, espacio). Pues bien, aunque he dicho “un año después” no fue poca mi perplejidad cuando en la biblioteca de la Universidad de Oxford me encontré con que el Volumen I de la primera edición inglesa llevaba fecha 1760 –o sea, dos años después de la publicación original francesa– mientras que el Volumen II ¡estaba fechado en 1759! Fiocchi también detectó esta aparente anomalía y tuve que esperar a leer el libro de ella para entender lo que me había dejado perplejo veinte años antes: la magnífica tabla de ediciones y traducciones del libro de Vattel, incluida al final

del libro que reseño, da cuenta de que algunos ejemplares del Volumen I de la primera edición inglesa fueron datados, vaya a saber uno el porqué, en 1760. Evidentemente, el de la Bodleian Library que usé hasta el cansancio se encontraba entre esos “algunos”.

A propósito de la temprana traducción al inglés de Vattel, el libro de Fiocchi analiza con detalle el impacto de la obra francesa (traducida) en Inglaterra y, especialmente, en Estados Unidos. Otro tanto hace la autora con el impacto de las traducciones a otros idiomas, pero dado mi particular interés en el mundo angloamericano, y la velocidad y profundidad con la que el libro caló en él, circunscribiré acordemente mi comentario. En el Capítulo IV del libro reseñado, titulado “Comentar y anotar el *Droit de Gens* en el siglo diecinueve” (según mi versión casera del título en italiano), Fiocchi hace referencia a la edición a cargo de Joseph Chitty, publicada en 1834 y con numerosísimas reimpresiones. Esta versión, basada en la edición inglesa de 1797, se encuentra anotada por Chitty y tuvo una gran repercusión en ambos lados del Atlántico. Chitty, nos explica la profesora novaresa, era un abogado inglés litigante y, de consecuencia, hombre práctico; razón por la cual, incluyó numerosas notas con referencias a los principales casos del *common law* en materia de Derecho Internacional Público (en especial, del mar). El equivalente a Chitty en Estados Unidos fue Edward Duncan Ingraham, quien, entre otras cosas, se ocupó de descubrir y señalar numerosas inexactitudes en las que había incurrido Chitty en la cita de casos en los que sobresalía la autoridad de Vattel. El señalamiento del descubrimiento de Ingraham por parte de la autora me permite señalar a mí, nuevamente, el valor de la obra de Fiocchi, que pone sobre la mesa este tipo de errores fácticos cuya detección, al ser típica de una buena tesis doctoral, ahorra tiempo y energía al lector de ella (ahora transformada en libro). En otras palabras, la tesis la hace una sola persona pero nos beneficiamos del trabajo volcado en ella todos los que necesitamos nutrirnos de su contenido.

A propósito de los Estados Unidos, Fiocchi concluye, en el mismo Capítulo IV, que el llamado allí *Law of Nations* era “el texto por excelencia”. No solamente tenía una influencia gigante en el campo del Derecho Internacional; también gozaba de predicamento en el Derecho Interno y, en especial, en el Derecho Constitucional. De ello no se sigue, por cierto, que fuera aceptado acríticamente. El balance de la autora parece ser, más bien, que coexistía un cierto cuestionamiento de sus bases teóricas y filosóficas, con su uso casi irrefrenable en la práctica política, diplomática y forense. Como un mero ejemplo de esto último, que pude corroborar al realizar mi propia tesis doctoral, en el siglo XIX la Corte Suprema de Estados Unidos recurría al libro de Vattel, una y otra vez, como fuente de autoridad.

El balance de la autora, en su primera faz (al que acabo de hacer alusión), guarda acaso alguna relación con el balance –o, más exactamente,

RECENSIONES

la valoración— de Vattel de su propia obra, a la que estimaba como una mera divulgación del pensamiento de Wolff. El libro de Fiocchi muestra de manera excelente que la riqueza del *Droit de Gens*, en sus traducciones y ediciones, y en sus impactos y consecuencias, excede en mucho la modesta apreciación del jurista suizo.

SANTIAGO LEGARRE

Fazio, Mariano, *El Siglo de Oro Español. De Garcilaso a Calderón*, Madrid, Rialp, 2017.

Este es un momento de redescubrimientos. ¿No es siempre un motivo de alegría encontrar una joya perdida? En los clásicos, nos descubre Fazio, se esconde la fascinación de esas verdades perennes que han sido oscurecidas en la conciencia social por el polvo del relativismo dominante, pero que están ahí, intactas y prontas para ser descubiertas por las nuevas generaciones. Ellas nos esperan desde el fondo de los siglos, saben que en algún momento necesitaremos de su inefable sabiduría.

Un suave soplo permite avivar las brasas, y esto es lo que el libro se ha propuesto. Al brindar, aún hoy, una respuesta a los resortes fundamentales de la naturaleza humana, existen realidades, se nos recuerda, que siguen siendo tan actuales como cuando fueron expresadas allá en un tiempo lejano, a través de un inefable arte literario del brazo de escritores como Garcilaso, Lope o Calderón, Luis de León o Juan de la Cruz.

Tal es el cometido de este nuevo volumen que traza un recorrido por lo mejor de la literatura española de los siglos XVI y XVII, para hacernos ver que desde su condición de obras maestras, ese precioso patrimonio cultural mantiene intacto su potencial de transmitir a los hombres de todos los tiempos la fuerza inigualable de su arte, en el que alientan enseñanzas ejemplares. Si hay algo que se deja ver con nitidez, aun en la brevedad del volumen de Fazio, es su intención de mostrar a quienes, por los motivos que sean, no han podido acceder a ese tesoro, poder sentir cómo en la literatura clásica se unen lo humano y lo divino en una armoniosa unidad.

En un mundo contemporáneo lleno de estridencias (el mundanal ruido), no solo exteriores sino en primer lugar interiores, reflexiona el historiador, Luis de León nos puede ayudar a comprender la conveniencia de acallar ese bullicio que reina en nuestra alma, y así poder conocernos mejor. El místico Juan de la Cruz, justamente considerado la cima de la poesía castellana, emplea expresiones del amor humano para referirse al Amor divino. No puede ser de otra manera, concluye Fazio, porque tenemos un solo corazón, el mismo para amar a Dios y a las criaturas.

Otros portentos elegidos en esta tarea son Miguel de Cervantes, Lope de Vega, Tirso de Molina y Pedro Calderón de la Barca. En el Barroco, nos recuerda el autor, se subraya (entre tantas otras cosas) la fugacidad de la vida: el tema del *memento mori* es omnipresente en la escultura, la pintura y la literatura de dicha corriente cultural. Todo ello lleva a subrayar la vanidad de las cosas de este mundo, que necesariamente tienen un carácter intrínsecamente transeúnte.

Al calor de su recorrido por la obra cumbre de Cervantes, el autor se interroga sobre si no hará falta un cierto espíritu quijotesco en tantas exis-

tencias aburguesadas para enfrentarse a otros tantos males que reclaman una actitud firme en resguardo de la propia dignidad humana. ¿Es digno –se pregunta Fazio– adoptar la postura del “y yo qué puedo hacer”, o la del “todo el mundo lo hace”, para lavarnos las manos y evitar la responsabilidad de mejorar nuestro mundo?

Dar la vida por los demás; ser defensor de causas justas en sí mismas, aunque en esa defensa se juegue uno el futuro profesional o social; no entrar en diálogo con la corrupción que nos ofrece una solución ventajosa a nuestros problemas, son manifestaciones de una cierta locura de tono quijotesco para un mundo que ha perdido la capacidad de ver más allá de los horizontes terrenos, nos dice el autor. Si estas obras magnas son consideradas clásicas, lo son porque albergan en sus pliegues estéticos temáticas universales como el amor, el dolor y la felicidad que reflejan un sentir común de la humanidad.

Lope de Vega supo interpretar las ansias de justicia del pueblo. En efecto, en sus obras más representativas, el fénix de los ingenios aborda la alianza establecida entre el rey y el pueblo llano para poner un límite de racionalidad a los abusos de la nobleza. Se percibe aquí un espíritu que alienta en la tradición más propiamente democrática del pueblo español, donde se escucha palpitar la conciencia viva de una común dignidad.

Sí, los clásicos nos siguen hablando hoy. Fazio podría haber recurrido incluso a Quevedo, el satírico denunciante de la seducción del dinero, tan censurada hoy por el papa Francisco: poderoso caballero es Don dinero. En el mundo secularizado en el que vivimos tendemos a dar un valor absoluto a las cosas sin darnos cuenta de su carácter esencialmente transitivo. Uno de los grandes temas calderonianos gira en torno a la realidad y a las apariencias. Si este mundo es un gran teatro, en la vida humana a veces es difícil distinguir entre la ficción y los hechos concretos.

En palabras del propio Fazio, se trata de un tema clásico presente en las tradiciones religiosas de la India, como en la teoría del velo de Maya, en la cosmovisión budista y en la filosofía platónica, y más modernamente en Schopenhauer, que hoy despierta particular interés con el desarrollo de la psicología y de las comunicaciones, y que ha llevado a la creación de un mundo virtual que tiene para muchos más apariencias de realidad que el auténticamente real.

En otra obra sublime que es también una cumbre de las letras clásicas, *El alcalde de Zalamea*, encuentra nuestro guía una de las afirmaciones más claras de la conciencia del Siglo de Oro: toda persona posee la misma dignidad por el hecho de ser tal. Junto a esto, se refuerza la idea de que el poder es necesariamente limitado, y hay ámbitos de la existencia humana a los que la autoridad política no llega ni debe llegar si quiere actuar con justicia.

Fazio extrae algunas consecuencias que desprende del patrimonio calderoniano: contemplar esta vida como un paso por el escenario del mundo, pero con la vista fija en el más allá; hacer buen uso de la libertad para que cuando despertemos del sueño de esta existencia terrena nos encontremos con una realidad desbordante de belleza y armonía; luchar democráticamente para que los poderes políticos no sobrepasen unos límites y se ajusten al orden natural. Todo esto sigue teniendo plena vigencia si queremos superar una visión plana e individualista, nos dice Fazio, en este escenario en el que nos ha tocado vivir, donde hay, como en el arte literario, tanta comedia y tanta tragedia.

Es así que al correr de las páginas el lector descubre cómo los autores clásicos diversifican temáticas fundamentales y perennes del espíritu humano de una manera que a partir de sus obras ellos nos siguen hablando a través del tiempo a las sucesivas generaciones.

Pero ¿dónde radica la actualidad de estos autores de los acaso algo lejanos siglos XVI y XVII?, se pregunta Fazio, para responder: el lector puede comprobar que desde Garcilaso hasta Calderón recibimos muchas invitaciones.

Los tres poetas del siglo XVI que el autor ha elegido nos hacen un llamado a la contemplación de la naturaleza, a la búsqueda del silencio interior, y a la intimidad con Dios, estableciendo una relación de amor. Hay que decirlo una vez más. Garcilaso, fray Luis y Juan de la Cruz son tan actuales como en el siglo en el que vivieron. Quizá su lectura sea hoy más urgente que ayer, concluye Fazio, porque hemos perdido el espíritu contemplativo.

Las conclusiones que se desprenden de este recorrido histórico-literario, dicho en términos castizos, tienen su miga, y el autor de esta magnífica pequeña joya nos lo explicita. Cervantes nos invita a tener ideales altos, incluso a dar la vida por ellos. También nos anima a dialogar y a vivir la amistad en su plenitud. Lope nos abre las puertas para esperar la misericordia de Dios. En Don Juan se nos señala un camino descendente que lleva al precipicio, pero también otro ascendente que termina en la gloria. Calderón de la Barca nos sitúa como actores de una historia que necesariamente encuentra un fin, y nos invita al uso responsable de la libertad. Los grandes escritores del siglo XVII, inmersos en las contradicciones del Barroco, nos enseñan que si bien esta vida es finita, termina, hay una realidad última que le brinda su pleno sentido.

ROBERTO BOSCA

AA. VV., *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Eds. G. Duke & R.P. George, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 458 pp.

La principal debilidad que tienen los libros que recogen conjuntos de artículos sobre un mismo tema es su tendencia a ser desparejos en la calidad e interés de sus diferentes capítulos, lo que suele afectar casi inevitablemente la jerarquía integral del volumen. No es este el caso del libro que ahora se comenta, en el que se reúnen dieciséis trabajos, todos de autores muy destacados, en los que se desarrollan los principales aspectos y las dimensiones de la llamada por los anglosajones *Natural Law Jurisprudence*. En efecto, en esta obra, inteligentemente editada, coordinada por dos relevantes intelectuales: Robert P. George y George Duke, se ha logrado una destacada muestra de pareja calidad, interés y exhaustividad en el tratamiento de los temas centrales del pensamiento iusnaturalista hodierno.

El libro que presentamos se divide en una Introducción, a cargo de los editores, y tres partes: la primera, referida a los fundamentos de la ciencia del Derecho Natural; la segunda contiene trabajos acerca de la razón práctica, la normatividad y la ética, y la tercera se refiere específicamente al Derecho y la teoría del Derecho. Los autores que tienen a cargo la elaboración de los textos son: George Duke, de la Deakin University en Australia; Robert P. George, de Princeton; John Finnis, de Oxford y Notre Dame; Knud Haakonssen, de la Universidad de St. Andrews; Jonathan Crowe, de la Bond University, también australiana; Christopher Tollefsen, de la University of South Carolina; Verónica Rodríguez-Blanco, de la Universidad de Surrey; Thomas Pink, del King's College London; Jacqueline Laing, del Emmanuel College-Cambridge; Nigel E. Simmonds, Dean del Corpus Christie College-Cambridge; Mark Greenberg, de la University of California en Los Ángeles; Robert Alexy, catedrático de Kiel; Mark C. Murphy, de la Georgetown University; Gerald V. Bradley, de la Universidad de Notre Dame y Kristen Rundle, de la Melbourne Law School.

En lo que sigue, se hará mención brevemente a las ideas contenidas en la Introducción y en solo uno de los trabajos de cada una de las partes del volumen, de modo de ofrecer una visión general del libro, que a la vez no exceda demasiado el espacio habitualmente dedicado a una recensión bibliográfica. Todo esto dejando expresa constancia de la unidad de la problemática abordada, de la vastedad y pertinencia de la bibliografía citada y trabajada, de la especial calidad de la argumentación ofrecida en todos los capítulos, así como de la muy cuidada y atractiva presentación del libro.

En la Introducción, George Duke y Robert P. George intentan precisar la noción de iusnaturalismo o teoría del Derecho Natural, contraponiéndola al grupo de doctrinas que conforman el denominado positivismo jurídico

o iuspositivismo. Para la mayoría de los autores, la diferencia entre estos dos grupos de doctrinas radica en que el primero, el iusnaturalismo, sostiene la existencia de una relación necesaria entre el Derecho y la moral, mientras que los positivistas niegan esta pretensión, aunque en dos niveles: algunos (positivistas incluyentes) conceden la posibilidad de una conexión entre Derecho y moralidad, mientras que otros (positivistas excluyentes) niegan radicalmente esa posibilidad. Duke y George afirman que este esquema de división es demasiado simplista y ofrece una imagen engañosa (*misleading*) de la distinción, y que muy pocos teóricos de nuestros días estarían dispuestos a aceptarla de ese modo; para ellos, “pocos positivistas de hoy –ciertamente no Raz, Gardner, Green o Schapiro– suscribirían una visión tan parcial, con su cruda reducción de las consideraciones normativas que informan la promulgación, adjudicación y aplicación del Derecho, a simples hechos acerca del poder” (p. 9). Estos autores sostienen que “lo que distingue al punto de vista del Derecho Natural [...], es un compromiso autoconsciente con la investigación de la relación entre la ley positiva y su fundamento racional [...] así como la imposibilidad de proveer una teoría jurídica satisfactoria sin una consideración amplia de la razón práctica, la normatividad y la justicia” (p. 9).

En la primera parte del libro (*Foundations*), John Finnis ha titulado su contribución *Aquinas and Natural Law Jurisprudence*, y en ella efectúa un resumen de su interpretación personal del pensamiento práctico-jurídico de Tomás de Aquino en lo que se refiere a cada uno de los temas tratados en el volumen. Al comenzar su trabajo, el profesor australiano afirma que “la mejor manera de comprender al Aquinate, aun históricamente, es leerlo como un participante activo en los debates de nuestros días. Y aunque esto implica cierto riesgo y una cierta contextualización, el esfuerzo resulta recompensado, y puede ser bastante fiel a lo que él ha querido decir” (p. 17). Y luego, el profesor de Notre Dame aplica este método a problemáticas tales como el análisis de los elementos que componen la lectura actual del pensamiento del Aquinate, el estudio de la naturaleza y alcances de la dignidad humana, las diferencias entre la tradición iusnaturalista clásica y la de los pensadores modernos, los fundamentos metafísicos de la teoría de la ley natural, sus fundamentos epistemológicos, las relaciones con las nociones de razón práctica, normatividad y obligación, el impacto de la moral en el Derecho, la naturaleza del Derecho, la noción de autoridad y las ideas iusnaturalistas de Lon Fuller.

En especial, al tratar el valor del discutido dicho “ley injusta no es ley”, Finnis sostiene que “la posición del Aquinate respecto de la relación entre la obligación jurídica y su justicia tiene tres elementos: (i) el primero [...] es que en el interior de un sistema jurídico en general justo, cada norma intra-sistémicamente válida que impone una obligación jurídica intra-sistémica

implica presuntivamente una obligación moral; (ii) pero esta presuntiva obligatoriedad jurídico-moral es derrotada por cada injusticia significativa en la motivación de la norma o en la ecuanimidad de las cargas que impone sobre los diferentes sujetos [...] La posición del Aquinate es menos tolerante con la injusticia que la de Radbruch; (iii) el tercer elemento en la posición de Tomás de Aquino es que las normas y decisiones desprovistas de obligatoriedad moral-jurídica en virtud de su injusticia, pueden ser no obstante de tal manera que en ciertas o muchas ocasiones [...] ellas deben ser aplicadas/cumplidas [...] La obligación colateral (*per accidens*) de cumplirlas/aplicarlas surge cuando el conocimiento de la propia desobediencia puede dar lugar a ‘desorden y desmoralización’ (*turbatio*) o bien a *scandalum*, el tipo de ejemplo que lleva a otros a actuar mal” (p. 41).

Con esta interpretación personal del pensamiento del Aquinate en este punto, Finnis pareciera haber superado la polémica que mantuvo hace poco con Robert Alexy sobre este tema, en el ámbito del *American Journal of Jurisprudence*, y que comenzó con una impugnación del profesor de Kiel a las ideas de Finnis, acusándolo de no adherir a la doctrina, necesariamente iusnaturalista, que sostiene la existencia de un doble validez en el Derecho: la genética, según la cual la validez de una norma se determina por su origen en ciertas fuentes positivas, y la ético-valorativa, según la cual las normas jurídicas deben superar, para ser válidas, un cierto umbral ético. En este trabajo, Finnis deja en claro que su interpretación de Tomás de Aquino, aunque fuertemente matizada, sigue la doctrina del Aquinate en este punto y defiende, por lo tanto, la doctrina de la existencia de una validez ético-moral en el Derecho.

En la segunda parte (*Practical Reason, Normativity and Ethics*) conviene hacer referencia al capítulo a cargo de Christopher Tollefsen, donde, con el título de *Natural Law, Basic Goods and Practical Reason*, el autor realiza una notable síntesis de la propuesta efectuada en el marco del iusnaturalismo por la denominada Nueva Escuela de Derecho Natural. En primer lugar, realiza un análisis y una explicación del sentido que se da en ese contexto a la noción de razón práctica, poniendo de relieve la diferencia entre la concepción moderna de la razón, conforme a la cual no puede pensarse más que en un papel meramente instrumental de esa facultad en el ámbito práctico, con la de la tradición iusnaturalista, para la cual la acción humana resulta ser, en sus fundamentos, una labor de la razón. Todo esto especialmente desde que el Aquinate identificó la razón como “el primer principio de los actos humanos” y como su “regla y medida”. “Pero la razón —escribe este autor— operando como un principio, y por lo tanto como regla y medida de la acción humana, resulta ser, de hecho, una descripción del Derecho; luego, la razón humana práctica no es otra cosa que el Derecho Natural” (p. 133).

A continuación, Tollefsen expone cómo la razón práctica tiene su punto de partida en los bienes humanos básicos, es decir, en la captación práctica de los beneficios inteligibles y racionalmente deseables por los agentes humanos en razón de que ofrecen algún aspecto o dimensión del perfeccionamiento humano, no sólo para el agente sino también para todos los demás hombres. El autor discute brevemente las diferentes nóminas de bienes humanos que se han propuesto por los autores y propone una lista de síntesis, para pasar después a explicar la relación que existe entre esos bienes humanos y las inclinaciones humanas naturales, es decir, que se siguen de su índole propia. En este punto, pone de relieve la influencia que tiene el conocimiento experiencial sensible en la captación de las inclinaciones y de los bienes humanos, aunque resulta necesario que en esta captación se trascienda decisivamente el nivel puramente sensorial.

También expone las principales dificultades que plantea la metaética contemporánea a la explicación iusnaturalista de la razón práctica, que divide en tres principales: (i) la denominada “Ley de Hume”, con su negación de la posibilidad de una derivación lógicamente válida del “debe” a partir del “es”; (ii) la reducción, por parte de numerosos y notorios autores, de las razones para la acción al nivel de los meros deseos o bien de las construcciones de la razón que las constituirían en cuanto tales; y (iii) finalmente, la reducción que a veces se hace de las razones para la acción a razones simplemente artefactuales o técnicas, dejando de lado la dimensión principalmente ética que ellas revisten. En todos los casos, el autor muestra y explicita las diferentes maneras en que la tradición de la ley natural supera todos esos cuestionamientos y ofrece a esos problemas respuestas satisfactorias para la inteligencia humana.

Y en lo que se refiere a la tercera parte de la obra (*Law*), y en un texto especialmente relevante, George Duke realiza una exposición de la doctrina tradicionalmente iusnaturalista del bien común, que reviste un carácter primordialmente normativo-valorativo y que es comúnmente rechazada por las orientaciones liberales (quizá con la destacable excepción de Joseph Raz) y en general las individualistas. En este capítulo, Duke efectúa un notable resumen de las doctrinas de Aristóteles y de Tomás de Aquino acerca del bien común, poniendo de relieve cómo ambas superan tanto las concepciones holistas como las individualistas del bien humano. Escribe este autor que “esta reconciliación (de las dimensiones comunitarias e individualistas) es coherente con el uso por Aristóteles [y del Aquinate] de la ventaja común tanto como razón motivadora para que los individuos entren en la *polis* y como razón normativa –identificable con el bien político de la justicia– que provee un criterio para la valoración de la corrección de las constituciones (*politeiai*)” (p. 372).

A continuación, Duke desarrolla el concepto de bien común tal como aparece en las doctrinas del Derecho Natural, consignando que “el bien común de las doctrinas iusnaturalistas puede ser definido en términos amplios como un estado de cosas en el cual cada individuo en una comunidad política y la misma comunidad como un todo están florecientes” (p. 376). El autor contrapone esta concepción a la liberal, que ejemplifica con el pensamiento de John Rawls de la “justicia como imparcialidad”, concepción que falla en el cumplimiento de la exigencia de “comunidad”, ya que su propuesta de buscar ciertas “condiciones para la ventaja de todos” resulta ser meramente relativa a los agentes individuales y radicalmente anti-comunitaria.

Pero lo que más se destaca en este trabajo es la agudeza con la que Duke logra distinguir las diferentes interpretaciones que se han realizado dentro del iusnaturalismo de la naturaleza del bien común, categorizándolas –siguiendo aquí a Mark Murphy– en tres principales: (i) la concepción *instrumental*, defendida por Finnis, que se refiere a ese bien como al conjunto de condiciones que habilita a los miembros de la comunidad para alcanzar por ellos mismos objetivos [bienes] razonables, o realizar razonablemente por ellos mismos los valores en razón de los cuales tienen razones para colaborar con los demás (positiva y/o negativamente) en una comunidad; dicho en otras palabras, según esta concepción el bien común, en especial el político, está subordinado a la realización de los bienes humanos básicos; (ii) la concepción *agregativa* del bien común, defendida por Mark Murphy, según la cual este bien consiste en la realización de cierto conjunto (*set*) de bienes intrínsecos individuales, especialmente los bienes de todas (y solo) aquellas personas que son miembros de la comunidad política en cuestión; se trata aquí de aquel estado de cosas en el cual todos los miembros de la comunidad política están en completo florecimiento; (iii) finalmente, la concepción *distintiva* del bien común, donde se lo concibe como “la obtención de un cierto estado de cosas que es literalmente el bien de la comunidad en su conjunto” (p. 381); es decir, se efectúa una apelación al bien de la comunidad en su totalidad, de un modo irreductible a los bienes básicos de los individuos discretamente considerados.

El especial interés de la posición personal del autor radica en que, a la inversa de lo que ocurre en la mayoría de los casos, no intenta defender a ultranza una posición entre otras, desacreditando definitivamente las demás, sino que sostiene que “una interpretación más plausible, no obstante, es afirmar que las tres concepciones representan diferentes dimensiones del bien común político” (p. 382). En efecto, para Duke, “si existe un aspecto distintivo del bien común, por ejemplo, este no impide que ese bien común contenga un aspecto instrumental (en cuanto el bien común no es sólo un bien distintivo, sino que también sirve para asistir a los individuos en su logro de los bienes básicos) y un aspecto agregativo (en la medida en que

el bien común sirve tanto a la comunidad como un todo, cuanto al bien de cada uno de los individuos)” (p. 382). Este intento de conciliación es bastante complejo y necesitaría una exposición más extensa, pero resulta especialmente interesante y sugestivo de soluciones armónicas e integrales.

En definitiva, en el caso del presente volumen se está frente a una contribución de especial importancia para la ciencia del Derecho contemporánea; en efecto, en él no solo se exponen y desarrollan las principales contribuciones de la tradición iusnaturalista al debate actual del pensamiento jurídico, sino que se explicitan las controversias que tienen lugar internamente a esa tradición y se abordan los supuestos metafísicos, antropológicos, éticos y epistémicos de las doctrinas de la teoría de la ley natural. Y todo ello se lleva a cabo con una especial agudeza y precisión en las perspectivas, una erudición que llama la atención por lo completa, un conocimiento riguroso de las posiciones que compiten con esta tradición en las polémicas hodiernas, en especial con el positivismo jurídico, y una claridad expositiva que es necesario destacar.

Por todo ello, corresponde recomendar la lectura atenta y detallada de los contenidos de este libro, que resulta indispensable para todos aquellos que pretendan estudiar, ya sea de modo puntual o colateralmente, la Filosofía del Derecho de nuestros tiempos y en especial la correspondiente a la tradición iusnaturalista. Y esto último es relevante, toda vez que varios autores tienden a excluir a las ideas de esa tradición en las querellas acerca de los temas centrales de la iusfilosofía contemporánea. Este libro se constituye, entonces, en un instrumento indispensable tanto para introducirse como para profundizar en las aportaciones más recientes de la teoría del Derecho Natural, que aparece en nuestros días como una tradición viva y operante en la comunidad científica.

CARLOS I. MASSINI CORREAS

PRUDENTIA IURIS

NORMAS DE PUBLICACIÓN

A) Normas referidas a cada sección

1. Artículos de Investigación:

- 1.1. Se publicarán dentro de esta sección trabajos que cumplan con los siguientes requisitos:
 - que el tema tratado realice aportes científicos y ofrezca conceptos novedosos que enriquezcan el conocimiento;
 - que exista coherencia en la estructura demostrativa o argumentativa entre el problema, los objetivos, el método, los resultados y las conclusiones;
 - que la bibliografía sea actualizada y pertinente con la temática y que el texto sea inédito.
- 1.2. Los trabajos enviados a esta sección no podrán tener una extensión menor a las 4.000 ni mayor a las 12.000 palabras.
- 1.3. Estos trabajos serán sometidos al arbitraje de evaluadores conforme al procedimiento respectivo.
- 1.4. Los trabajos de investigación propuestos para esta sección deberán ser originales, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos sin autorización de la revista *Prudentia Iuris*. Los autores harán constar a través del sistema de gestión en línea de la Revista, o bien por una carta firmada remitida, la originalidad del texto.
- 1.5. El trabajo deberá enviarse con el título en idioma castellano e inglés; un resumen de entre 150 y 250 palabras y palabras claves en un número no mayor a 6, ambos en idioma castellano e inglés. Al final del trabajo se debe incluir la lista de bibliografía utilizada.

2. Notas y Comentarios:

- 2.1. Se publicarán en esta sección trabajos breves sobre tópicos jurídicos, jurisprudencia o legislación. La extensión debe ser menor a 4.000 palabras.
- 2.2. Los trabajos propuestos para esta sección deberán ser originales, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultá-

neamente a otra publicación, ni a publicarlos sin autorización de la revista *Prudentia Iuris*. Los autores harán constar a través del sistema de gestión en línea de la Revista, o bien por una carta firmada remitida, la originalidad del texto.

- 2.3. Deberá enviarse el título en idioma original y en inglés; un resumen de entre 150 y 250 palabras y palabras claves en un número no mayor a 6, ambos en idioma original y en inglés. Al final del trabajo se debe incluir la lista de bibliografía utilizada.
 - 2.4. Los trabajos se someterán a evaluación por un árbitro externo conforme a las normas respectivas.
3. Recensiones:
Se publicarán en esta sección reseñas de libros de aparición reciente (en principio no más de dos años) con una extensión máxima de 2.000 palabras. Los trabajos, para su inclusión en esta sección, deberán ser aprobados por, al menos, un miembro del Comité Editorial.
4. Cátedra Ley Natural y Persona Humana:
Se publicarán en esta sección artículos de investigación o notas y comentarios que se relacionen con la Cátedra, incluyendo ponencias y comunicaciones que se presenten en Jornadas atinentes a la Cátedra que a criterio de la Dirección Editorial merezcan ser publicadas por su relevancia académica. Los requisitos son los mismos que los puntos 1 y 2 del presente apartado según sea la índole del texto.
5. Documentos y crónicas:
La Dirección Editorial de *Prudentia Iuris* seleccionará para cada número aquellos documentos que considere relevantes conforme a la temática o problemas atinentes a los objetivos de la Revista, tales como textos del Magisterio de la Iglesia, Declaraciones de la Facultad de Derecho o Corporaciones o Colegios de Abogados, o de las múltiples Academias Jurídicas, Políticas y Científicas, etc. Igualmente se incluirán en esta sección crónicas de actividades académicas o de relevancia para el ámbito de la investigación jurídica.
6. Podrán agregarse otras secciones según la necesidad o planificación que se realice desde la Dirección Editorial.

B) Proceso de revisión por pares

1. Los documentos recibidos pasarán por una evaluación inicial realizada por los editores u otros especialistas a pedido de la Dirección

Editorial, para discernir la originalidad, relevancia e interés científico y decidir su aceptación o no para la publicación. La Revista se reserva la posibilidad de rechazar trabajos en forma anticipada, brindando los motivos respectivos. En caso de desacuerdo con la decisión, el eventual pedido de reconsideración será sometido al Comité Editorial de la Revista.

2. Además, la Revista hace una corrección preliminar de estilos. Por ese motivo, los autores pueden recibir sugerencias o una versión revisada del texto o ser consultados para solucionar dudas, antes de iniciar el proceso de arbitraje.
3. *Prudentia Iuris* sólo iniciará el proceso de arbitraje de trabajos que se ajusten a las normas de publicación. La adaptación de los originales a las normas de la Revista es responsabilidad de los autores. La Revista no cobra aranceles por el proceso de evaluación de trabajos para publicación.
4. Los textos enviados a *Prudentia Iuris* para las secciones que requieren evaluación por pares serán evaluados por un especialista externo a la Pontificia Universidad Católica Argentina y al Cuerpo Editorial de la Revista, designados por la Dirección de la Revista. Estos textos se someterán a arbitraje según el sistema de “doble ciego” para preservar el anonimato de los autores y de los árbitros. La Dirección Editorial asegurará el anonimato del artículo eliminando del texto y archivo los nombres o referencias al autor.
5. Los árbitros solicitados, previa aceptación del arbitraje, deberán evaluar los trabajos conforme a las normas de publicación, según el formulario correspondiente y guardar confidencialidad respecto a todo lo referido a su intervención como evaluadores.
6. El plazo para la realización del arbitraje desde su aceptación será como máximo de 30 días. Como agradecimiento a su colaboración se le entregará al árbitro un ejemplar del número de la Revista en que hubiere intervenido y se le expedirá un certificado por su actuación. La Revista no publicará los nombres de los árbitros como modo de garantizar el anonimato de la revisión.
7. El dictamen del árbitro deberá indicar: Aprobado - Aprobado con cambios opcionales - Aprobado con cambios obligatorios, a verificar por la Dirección Editorial - Aprobado con cambios obligatorios, a verificar por el árbitro - Rechazado. El dictamen será comunicado al autor, garantizando el anonimato del árbitro. En caso de que se trate de un texto aprobado con sujeción a cambios, el autor contará con un plazo de 30 días para el envío de la nueva versión. Por su parte, en caso que corresponda, el árbitro deberá verificar las correcciones en un plazo de 15 días.

8. En caso de controversia en el proceso de arbitraje, la Dirección de la Revista podrá solicitar la opinión de un segundo árbitro externo. En caso de subsistir la controversia, la cuestión será resuelta por el Comité Editorial de la Revista.
9. En todos los casos, se publicará la fecha de recepción del trabajo y la fecha de su aceptación, sea por el árbitro académico, o bien por la Dirección Editorial, según corresponda.

C) Normas referidas a los autores

1. Los autores se registrarán en el sistema de gestión en línea de la Revista (<http://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA>) para el envío de sus contribuciones, debiendo completar los datos personales y los de la institución a la que pertenecen. El autor deberá indicar además su dirección de correo electrónico para ser publicada en la Revista.
2. Se autorizará a los autores a que publiquen total o parcialmente sus trabajos en otras revistas, siempre y cuando aparezca al comienzo del artículo la referencia del número de *Prudentia Iuris* en el cual haya aparecido.
3. Los autores recibirán como agradecimiento y cortesía dos ejemplares del número de *Prudentia Iuris* en el que fue publicado su artículo.
4. Los autores de los artículos publicados además cederán sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que incorpore la versión digital de los mismos al Repositorio Institucional y al Portal de Revistas de la Universidad Católica Argentina como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica. Las obras estarán sujetas a las licencias Creative Commons conforme se indica en el sitio de internet de la revista: <http://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA>.
5. Los autores deberán declarar además todo lo relacionado con algún conflicto de intereses, tales como si la investigación ha sido financiada por alguna institución, o si ha sido realizada en el marco de una beca, o si ha existido colaboración de personas que merezcan reconocimiento, etc.
6. Los autores deberán declarar la originalidad de los trabajos enviados conforme a las normas de publicación. La Revista revisará que no se incurra en plagio a través del sistema Plagium (<https://www.plagium.com/>) y de la búsqueda de coincidencias por Google Scholar. En caso de detectarse esta situación, el trabajo será rechazado.

7. La Revista adhiere al Código de ética del Comité de Ética en las Publicaciones (Committee on Publication Ethics - Code of Conduct and Best Practices Guidelines for Journals Editors, COPE) y los autores al remitir los trabajos se comprometen a cumplir tales normas.
8. Para las secciones de Recensiones y Crónicas, excepcionalmente, a criterio de la Dirección Editorial, se aceptarán trabajos de alumnos de grado de destacado desempeño académico.

D. Normas sobre formato y citas bibliográficas

1. Formato de textos

Papel A4; interlineado 1,5; tipo de letra Times New Roman: **NEGRI-
TA DE** 14 puntos para el título, **negrita y cursiva** de 12 puntos para los subtítulos de primer nivel, **cursiva** de 12 puntos para los subtítulos de segundo nivel, 12 puntos para el cuerpo del texto y 10 puntos para las notas a pie de página.

El título deberá ser acompañado además por una versión en inglés en letra **Negrita** de 11 puntos Times New Roman.

2. Citas bibliográficas

La Revista adopta en general las normas internacionales de referencia pautadas por APA (American Psychological Association) que se utilizan en las publicaciones atinentes a las Ciencias Sociales, con la única adaptación de admitir el uso habitual de notas al pie de página como sucede en las revistas jurídicas.

Al final del trabajo se debe incluir la lista de bibliografía utilizada.

Libros: Apellido autor, Iniciales nombre autor. (Año). Título en cursiva. Ciudad. Editorial.

Ej. Gilson, É. (1997). *El realismo metódico*. Madrid. Encuentro.

En versión electrónica: Apellido, A. A. (Año). *Título*. Recuperado de <http://www.wwwww>.

Ej. Carpintero Benítez, F. (1999). La ley natural. *Historia de un concepto controvertido*. Recuperado de.

Capítulo de un libro: Apellido, A. A. "Título del capítulo". En A. A. Apellido. Título del libro (páginas). Ciudad. Editorial.

Ej. Barrow, R. H. (1980), "El genio práctico romano". En Barrow, R. H. *Los romanos* (35-48). Buenos Aires, FCE.

Artículos científicos: Apellido autor, Iniciales nombre. (Año). Título del artículo. Nombre de la Revista (cursiva), Volumen, Número, Páginas.

Ej. De Martini, S. M. A. (Junio 2013). Raíces ideológicas de la perspectiva de género. *Prudentia Iuris*, Nro. 75, 67-89.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Conferencias, Ponencias en Simposio o Congresos: Apellido autor (es), Iniciales nombre. (Año). Título de la conferencia o ponencia. “En” Nombre del editor (Ed.), Nombre del Congreso, Simposio o Jornada (cursiva) (páginas). Ciudad. Editorial.

Ej. Arias de Ronchietto, C. E. (2003). Reglamentación legal de la filiación por dación o abandono del concebido crioconservado y reglamentación legal de las técnicas de procreación humana asistida en la República Argentina. En Casiello, J. J. y Nicolau, N. L. (Eds.), *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Tomo 1, 37-44). Rosario. Lux.

Artículo de diario: Apellido autor, inicial del nombre (año, día y mes). Título del artículo. Nombre del diario (cursiva), páginas.

Ej. Ventura, A. (2013, 29 de noviembre). La Corte se distancia de la aprobación del proyecto sin consenso. *La Nación*, 7.

La Dirección de *Prudentia Iuris* se reserva el derecho de ajustar el estilo del aparato crítico a las normas de la Revista.