

PRUDENTIA IURIS N° 82

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



Diciembre 2016
Buenos Aires, Argentina.

ISSN: 0326-2774 (impresa)
ISSN: 2524-9525 (en línea)

AUTORIDADES

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

Rector

Mons. Víctor M. Fernández

Vicerrector de Asuntos Académicos e Institucionales

Dr. Gabriel Limodio

Vicerrectora de Investigación e Innovación Académica

Dra. María Clara Zamora de Najún

Administrador General

Dr. Horacio Rodríguez Penelas

FACULTAD DE DERECHO

Dr. Daniel A. 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

Secretaria de Redacción

Débora Ranieri de Cechini

Comité Editorial

Gabriel Limodio (UCA)
Daniel Herrera (UCA)
Francesco D'Agostino (Univ. de Tor Vergata de Roma)
Carlos I. Massini Correas (Univ. Mendoza)
Raúl Madrid (Pontificia U. Cat. de Chile)
Joaquín García Huidobro (Universidad de Los Andes)
Rafael Santa María D'Angelo (Universidad Católica San Pablo)
Andrés Ollero (Universidad Rey Juan Carlos)

Consejo Académico

Eduardo Quintana (UCA)
Rodolfo Vigo (UCA)
Eduardo Ventura (UCA)
Félix Adolfo Lamas (UCA)
Florencio Hubeňak (UCA)
Jorge Guillermo Portela (UCA)
Marcelo U. Salerno (UCA)
Carlos Mahiques (UCA)
Pedro Coviello (UCA)
Eugenio Palazzo (UCA)
Laura Corso de Estrada (UCA)
Fernando Ubiría (UCA)
Carlos Alberto Gabriel Maino (UCA)
Úrsula Cristina Basset (UCA)
Luis Fernando Barzotto (Universidad Federal de Porto Alegre)
Wambert Gomes Di Lorenzo (Pontificia Universidad Católica de Porto Alegre)
Claudio Sarteá (LUMSA)
José Chávez Fernández (Universidad Católica San Pablo)
Gabriella Gambino (Tor Vergata)
Fernando Toller (Universidad Austral)
Alfonso Santiago (Universidad Austral)
Renato Rabbi Baldi Cabanillas (Universidad de Buenos Aires)
Héctor Iribarne (Universidad de Buenos Aires)
Juan Cianciardo (Universidad Austral)
Ligia de Jesús (Ave María Law School)
Iván Garzón Vallejo (Universidad de La Sabana)
Ángela Vivanco (Universidad de Santo Tomás de Aquino – Chile)
Catalina E. Arias de Ronchietto (Universidad de Mendoza)

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 EBSCO Fuente Académica Premier, Catálogo Latindex, Dialnet, CLASE, Google Académico y REBIUN. Todos los contenidos también pueden ser encontrados 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/>.

ISSN: 0326-2774 (impresa)

ISSN: 2524-9525 (en línea)

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

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 EBSCO, Fuente Académica Premier, Catálogo Latindex, Dialnet, CLASE, Google Scholar, and REBIUN. All content can also be found in the Digital Library of the University.

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>.

ISSN: 0326-2774 (impresa)

ISSN: 2524-9525 (en línea)

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

PRUDENTIA IURIS

SUMARIO

DICIEMBRE 2016 – N° 82

Presentación	13
--------------------	----

PARTE I. Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana

SILVA ABBOTT, Max y DE JESÚS CASTALDI, Ligia ¿Se comporta la Corte Interamericana como Tribunal (Internacional)? Algunas reflexiones a propósito de la supervisión de cumplimiento del caso “Artavia Murillo c/ Costa Rica” (<i>Does The Inter-American Court be- have like an (International) Court? Some Reflections about monitoring compliance in the case “Artavia Murillo vs. Costa Rica”</i>)	19
---	----

HERNÁNDEZ DE LAMAS, Graciela B. La educación de la justicia: el contrapaso en la comedia dantesca (<i>Edu- cating justice: The contrapasso in Dante’s Comedy</i>)	59
--	----

BOSSINI, Lucila A. La inteligibilidad de los fenómenos jurídicos y la justicia (<i>Intelligibility of Legal Cases and Justice</i>)	67
---	----

PARTE II. Estudios Doctrinales

ROMERO BERDULLAS, Carlos M. Proceso penal en clave republicana: salvaguarda constitucional contra los analogados del cesarismo (<i>Criminal Process in Republican Key: Con- stitutional Safeguard against situations similar to Caesarism</i>)	79
--	----

SWINNEN, Jérémie Las ventajas de los tribunales penales mixtos como modelo de justicia internacional para el futuro. ¿Una alternativa creíble a la jurisdicción internacional penal ad hoc? (<i>The benefits of Hybrid Criminal Tribunals as a model of International Justice for the future. A credible alternative to the ad hoc International Criminal Jurisdiction?</i>)	107
---	-----

SUMARIO

RICCARDI, María Soledad Una perspectiva constitucional sobre la educación religiosa en las escuelas públicas de Salta, a propósito del fallo “Castillo y otros c/ Salta” (<i>A Constitutional Perspective on Religious Education in Public Schools in Salta, concerning the case “Castillo et al. vs. Salta”</i>)	125
LAMANNA GUIÑAZÚ, Emiliano C. Disociación entre prevención y precaución (<i>Dissociation between prevention and precaution</i>)	147
TECHERA BARREIRO, Valeria La lesión calificada en el Derecho Civil uruguayo. Distintas posiciones doctrinarias sobre su admisibilidad (<i>The “laesio” in the Uruguayan Civil Law. Different doctrines about their admissibility</i>)	165
RIVERA RESTREPO, José Maximiliano Tres cuestiones en torno al derecho de opción del acreedor en España (<i>Three questions regarding the Right of Choice of the Creditor in Spain</i>)	187

PARTE III. Notas y Comentarios

Algunas reflexiones sobre el Libro V de la Ética a Nicómaco (<i>Some Thoughts on the Book V of Nicomachean Ethics</i>) por Carlos R. Sanz	207
Natural Law in Judaism Revisited (<i>Una revisión sobre el Derecho Natural en el Judaísmo</i>) por Santiago Legarre	239
Madres en prisión con hijos menores de edad (<i>Mothers in prison with minor children</i>) por Erman Tejada	251
Los estudios académicos chinos sobre la filosofía de MacIntyre (<i>Chinese Academic Studies on the MacIntyre’s Philosophy</i>) por Yanliang Zhang ...	261
La legitimidad de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (<i>The legitimacy of judges of the Inter-American Court of Human Rights</i>) por Manuel E. Ventura Robles	271

SUMARIO

PARTE IV. Documentos

Conferencia Episcopal Argentina. “Bicentenario de la Independencia. Tiempo para el encuentro fraterno de los argentinos”, 111° Asamblea Plenaria, abril 2016.....	289
---	-----

De Martini, Siro M. A., “Misericordia y Justicia (a partir de la Bula <i>Misericordiae vultus</i>)”, Parroquia Nuestra Señora del Carmen, 22 de junio de 2016	315
--	-----

RECENSIONES

LALANNE, Julio Esteban, <i>Si Dios no existe, ¿está todo permitido?</i> , Santiago, RIL Editores-Centro de Estudios Tomistas, 2016 (por Luciano D. Laise).....	331
--	-----

TORRES FLOR, Analucía, <i>Derecho a la identidad y reproducción humana asistida heteróloga</i> , Arequipa, Fondo Editorial UCSP, 2014 (por Giuliana Busso).....	336
---	-----

FLACHSLAND, Giselle, <i>Leibniz y el nominalismo. Sus consecuencias prácticas</i> , Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”, 2015 (por Julio Lalanne).....	339
--	-----

URBANEJA, Marcelo E., <i>Propiedad horizontal</i> , Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Colección Código Civil y Comercial de la Nación, El Derecho, 2016 (por Ludmila Ponce)	349
--	-----

Normas de publicación	353
------------------------------------	-----

PRESENTACIÓN

En el año del Bicentenario, ofrecemos a los lectores el número 82 de la Revista *Prudentia Iuris*, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

En esta ocasión, la Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana incorpora una contribución de los autores Max Silva Abbott y Ligia de Jesús Castaldi, quienes vuelven sobre un tema que ha sido tratado ampliamente en nuestra revista: el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica”. Los autores citados se refieren a la supervisión del cumplimiento de esa sentencia, que ha dado lugar a una nueva controversia y que pone en cuestión la actuación jurisdiccional de la Corte. La Corte ha sorprendido con un nuevo pronunciamiento contra el Estado de Costa Rica, insistiendo en una postura claramente contraria a la vida humana en las primeras etapas de su existencia. En esta sección incorporamos también dos comunicaciones que fueron leídas en las XIX Jornadas Abiertas de Profundización y Discusión sobre el Tema: “Reciprocidad en los cambios y usura”, que organizó la Facultad de Derecho de la UCA entre el 29 y el 31 de agosto de 2016. Por un lado, la profesora Graciela Hernández de Lamas se refiere a la educación de la justicia a partir de la obra de Dante, mientras que Lucila Adriana Bossini aborda la temática de la inteligibilidad de los fenómenos jurídicos y la justicia.

En la sección de Estudios Doctrinales, contamos con tres contribuciones en el campo del Derecho Privado. Nos referimos a los trabajos de Emiliano Lamanna Guiñazú sobre la disociación entre prevención y precaución; de Valeria Techera Barreiro, desde Uruguay, quien estudia las posiciones de la doctrina en torno a la lesión calificada en el Derecho Civil del hermano país oriental, y de José M. Rivera Restrepo, profundizando sobre el derecho de opción del acreedor en España. En el terreno del Derecho Penal, Carlos Romero Berdullas ahonda en la temática del Derecho Procesal Penal, sobre todo en medio de los cambios planteados por los proyectos de reforma al Código Procesal, mientras que Jérémie Swinnen escribe sobre las ventajas

de los tribunales penales mixtos como modelo de justicia internacional para el futuro. Por su parte, la joven María Soledad Riccardi presenta el fallo “Castillo y otros c/ Salta”, analizando desde una perspectiva constitucional la educación religiosa en las escuelas públicas de Salta.

La sección de Notas y Comentarios se abre con la valiosa contribución de quien fuera Director de nuestra Revista, el Dr. Carlos Sanz. En su texto, a partir de la sabiduría de quien fuera destacado profesor de nuestra Facultad, podemos adentrarnos con hondura en el Libro V de la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles. Por su parte, Santiago Legarre propone reflexionar sobre el lugar de la ley natural en el judaísmo a partir de los estudios de David Novak. Un tema social delicado y que expresa la vulnerabilidad de manera muy elocuente es el referido a las madres en prisión con hijos menores de edad, y es abordado por el joven Erman Tejeda. Finalmente, un novedoso texto de Yanliang Zhang nos introduce en la presencia de estudios académicos sobre la filosofía de MacIntyre en China, y quien fuera juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Manuel E. Ventura Robles, se refiere a la legitimidad de los jueces de esa Corte.

En la sección de Documentos, publicamos completo el que emitieron los Obispos de la Conferencia Episcopal Argentina con motivo del Bicentenario de la Independencia, y que presenta un valioso recorrido histórico sobre la decisiva presencia de la fe cristiana en los inicios de la Patria. Por su parte, incorporamos una conferencia dada por el Dr. Siro De Martini en el ámbito de las actividades por el Año de la Misericordia, con el título “Misericordia y Justicia (a partir de la Bula *Misericordiae vultus*)” y que fue pronunciada en la Parroquia Nuestra Señora del Carmen de la Ciudad de Buenos Aires, el 22 de junio de 2016.

Finalmente, en las Recensiones, Luciano Laise reseña la excelente y gran obra del Dr. Julio Lalanne: *Si Dios no existe, ¿está todo permitido?*; mientras que el texto de la joven abogada peruana, Analucía Torres Flor, sobre las técnicas de procreación artificial heterólogas y el derecho a la identidad, es reseñado por la alumna de la UCA, Giuliana Busso. Julio Lalanne ofrece una recensión del libro de Giselle Flachsland, titulado *Leibniz y el nominalismo. Sus consecuencias prácticas*. Y en relación a las publicaciones vinculadas con el Código Civil y Comercial, Ludmila Ponce reseña la obra del profesor Marcelo Urbaneja sobre *Propiedad horizontal*.

Nos encontramos ante un número con muchas y variadas contribuciones. Nos alegra ver la respuesta de juristas de nuestro país y del extranjero que se suman a la tarea de elaborar un pensamiento jurídico coherente con los principios fundamentales de la ley natural y en diálogo con las principales corrientes de pensamiento de nuestro tiempo.

Debemos destacar que en septiembre de 2016, nuestra revista fue aceptada en la base de datos CLASE creada en 1975 en la Universidad

PRESENTACIÓN

Nacional Autónoma de México (UNAM) y que ofrece alrededor de 350 mil registros bibliográficos de artículos, ensayos, reseñas de libro, revisiones bibliográficas, notas breves, editoriales, biografías, entrevistas, estadísticas y otros documentos publicados en cerca de 1500 revistas de América Latina y el Caribe, especializadas en ciencias sociales y humanidades. Esta noticia, que se suma a la también reciente incorporación de *Prudentia Iuris* a Catálogo Latindex, nos confirma y nos estimula para continuar el trabajo editorial y científico en el campo del Derecho. Un agradecimiento especial a la Secretaria de Redacción, Débora Ranieri de Cechini, por su invaluable tarea de preparación de todas las ediciones.

Esperamos que el presente número sea de interés y utilidad para nuestros lectores y nos encomendamos a Dios, para que cooperemos en la obra de servir a la justicia desde la perspectiva prudencial.

JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE
Director

PARTE I

**CÁTEDRA INTERNACIONAL
LEY NATURAL Y PERSONA HUMANA**

**¿SE COMPORTA LA CORTE INTERAMERICANA COMO
TRIBUNAL (INTERNACIONAL)?
ALGUNAS REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA SUPERVISIÓN
DE CUMPLIMIENTO DEL CASO “ARTAVIA MURILLO
C/ COSTA RICA”**

***Does The Inter-American Court behave like an (International) Court?
Some Reflections about monitoring compliance in the case
“Artavia Murillo vs. Costa Rica”***

Max Silva Abbott¹
y Ligia De Jesús Castaldi²

Recibido: 11 de julio de 2016
Aprobado: 14 de julio de 2016

Resumen: El presente artículo describe la supervisión de cumplimiento del fallo “Artavia Murillo c/ Costa Rica (‘fecundación in vitro’), emitido por la Corte Interamericana en el año 2012, en el que se condenó a Costa Rica a legalizar la reproducción artificial y a subsidiarla con fondos públicos por medio de la Caja Costarricense del Seguro Social. Particularmente, se analiza la actuación que ha tenido la Corte con posterioridad a la sentencia definitiva, manifestada en la medida provisional, la audiencia de supervisión de cumplimiento y la resolución de supervisión de cumplimiento del caso “Artavia”, en las cuales es posible apreciar diversas irregularidades de forma y fondo que afectan tanto a esta causa en particular como al Sistema Interamericano de Derechos Humanos en general.

1 Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor de Filosofía del Derecho y de Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho, Universidad San Sebastián, sede Concepción, Chile. Correo electrónico: max.silva@uss.cl.

2 Master of Laws (LL.M.) por Harvard Law School. Profesora de Derecho Internacional y Derechos Humanos, Ave Maria School of Law, Estados Unidos. Correo electrónico: lcastaldi@avemarialaw.edu.

Palabras claves: Corte Interamericana - Artavia - Costa Rica - Fecundación in vitro - Sala Constitucional - Medida provisional - Supervisión de cumplimiento - Cosa juzgada - Control de convencionalidad.

Abstract: This article describes the monitoring of compliance with the judgment in “Artavia Murillo et al. v/ Costa Rica (‘in vitro fertilization’ case)”, issued by the Inter-American Court of Human Rights in 2012, where the court ordered Costa Rica to lift its ban on in vitro fertilization and to subsidize it through its Social Security System. In particular, the paper analyzes the Court’s actions in the aftermath of the judgment, in provisional measures, the supervision of compliance hearing and the supervision of compliance resolution in relation to the “Artavia” case, all of which show different substantive and formal irregularities that affect both the case in point as well as the Inter-American System of Human Rights in general.

Keywords: Inter-American Court - Artavia - Costa Rica - In vitro fertilization - Constitutional Chamber - Provisional measure - Monitoring/supervision of compliance - Res judicata - Conventionality control.

1. Introducción

En el caso “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica” (“fecundación in vitro”, en adelante FIV), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte o Corte IDH) condenó a Costa Rica a legalizar la reproducción artificial y a subsidiarla con fondos públicos por medio de la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS)³. Tres años después de la sentencia, el Estado costarricense ha cumplido con la mayor parte de las disposiciones en el fallo “Artavia”⁴. Sin embargo, la orden que dio la Corte de modificar el ordenamiento jurídico interno para autorizar y regular la FIV y subsidiarla través de la CCSS⁵ encontró significativa resistencia a nivel nacional entre la mayoría de los legisladores, la Procuraduría General de la República y la Sala Constitucional de la Corte Suprema.

3 Corte IDH, caso “Artavia Murillo y otros (‘fecundación in vitro’) c/ Costa Rica” (en adelante, “Artavia”). Sentencia del 28 noviembre de 2012. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 257, párr. 223. Disponible en web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

4 Véase Corte IDH, “Artavia”. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 26 de febrero de 2016. Supervisión de cumplimiento de sentencia (en adelante, *Supervisión de cumplimiento*), p. 26 (puntos resolutivos 1 y 2). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artavia_26_02_16.pdf.

5 Corte IDH, “Artavia”, cit., párr. 317-380.

Ante la resistencia de los dos poderes del Estado a modificar inmediatamente el ordenamiento jurídico interno para autorizar y subsidiar la FIV, la Corte optó por intervenir directamente en el orden jurídico interno, a petición de la Presidencia, pretendiendo anular una sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica que había declarado, a su vez, nulo el Decreto Ejecutivo 39210-MP-S, que pretendía regularla y que también condicionaba la autorización y regulación de la FIV a la aprobación de una ley por parte del Poder Legislativo⁶. En su supervisión de cumplimiento de febrero del 2016, la Corte declaró vigente el Decreto aludido y además afirmó que la FIV estaba ahora autorizada en Costa Rica en virtud de su propia resolución, sin necesidad de un acto jurídico estatal⁷.

Ahora bien, el modo en que está planteada la supervisión de cumplimiento del caso “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica” supone un cambio radical de las atribuciones que la Corte Interamericana pretende tener y ejercer luego de dictar una sentencia definitiva, tanto respecto de esa misma sentencia como de sus consecuencias para los Estados afectados.

A fin de comprender lo anterior, primero se analizarán los efectos que la evolución de esta causa ha tenido en Costa Rica; posteriormente se harán algunas reflexiones a partir de las actuaciones de la misma Corte y, finalmente, se relacionará todo lo dicho con la doctrina del control de convencionalidad.

2. Los efectos del fallo del caso “Artavia” en Costa Rica

De manera muy simple y en lo que toca a la FIV, la sentencia de fondo, del 2 de noviembre de 2012, condenó al Estado a tres cosas: levantar la prohibición existente, regular su implementación e incluirla dentro de su sistema de seguro social (estas dos últimas de manera gradual), todo de acuerdo a los criterios establecidos en ella⁸. Lo importante para estos efectos es que el fallo es claro en cuanto a que debe ser el propio Estado quien realice las modificaciones necesarias a su ordenamiento jurídico, de acuerdo a sus procedimientos internos, lo que quedaría sujeto a la supervisión de la Corte.

6 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 19-27, p. 26, punto resolutivo 4.

7 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 26-27. Véase p. 26, punto resolutivo 3 y 5(a).

8 Corte IDH, “Artavia”, cit., párr. 336, 337 y 338 y puntos resolutivos 2, 3 y 4. Además, se reitera lo señalado aquí en Corte IDH, “Artavia”. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 31 de marzo de 2014. Solicitud de medidas provisionales (en adelante, *Medidas provisionales*), visto 1 y párr. 8, 9 y 11. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/artavia_se_01.pdf y Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 1, 5, 6, 7, 9, 13, 22 y 28-40.

Debe recordarse que sobre las medidas relativas a la modificación del orden interno, la Convención Americana establece que es el Estado quien debe “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” (art. 2º).

a. Cumplimiento de la orden de permitir la FIV en el país

El fallo de la Corte Interamericana en el caso “Artavia” causó una división política entre el Presidente de la República, Luis Guillermo Solís Rivera, quien favorecía la legalización y liberalización de la FIV, y la mayoría de la Sala Constitucional de la Corte Suprema, que la rechazaba, al igual que la mayoría del Poder Legislativo, que se resistía a autorizarla, como se describe a continuación.

Durante tres años después de la sentencia de 2012, se presentaron tres Proyectos de Ley sobre la FIV en el Congreso Nacional costarricense⁹. Con todo, los legisladores no lograron reunir el consenso necesario para aprobarla, debido a las objeciones éticas que todavía persisten en torno a la reproducción asistida¹⁰ y que la Presidencia no encontró satisfactorias. El Presidente denunció al menos uno de dichos Proyectos, que aparentemente establecía importantes restricciones a la FIV, indicándole a la Corte que, de ser aprobado, “se corre el riesgo de hacer ineficaz la FIV en Costa Rica, así como de incurrir en estado de incumplimiento respecto de la sentencia de la [...] Corte”¹¹.

El tema también creó una división dentro del Ejecutivo mismo, pues la Procuraduría General de la República y la Presidencia tenían distintas posiciones frente a la FIV, disputa que culminó en la decisión del Presidente de la República de quitar la representación oficial del Estado a la Procuradora General de la República, Ana Lorena Brenes, que hasta ese momento había venido actuando en nombre del Estado de Costa Rica ante la Corte Interamericana¹², y otorgar dicha representación a otros funcionarios afines con su posición, incluyendo asesores legales de la Presidencia de la República y del Ministerio de Relaciones Exteriores¹³.

9 Ibídem, párr. 15, 29.

10 Véase May, H. (2013, 16 de agosto). El Estado incumple la sentencia FIV. *La Nación* (Costa Rica). Disponible en http://www.nacion.com/opinion/foros/incumple-sentencia-FIV_0_1360263964.html.

11 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 29.

12 Cambroner, N. (2016, 22 de febrero). Gobierno le quitó a la Procuradora la defensa de Costa Rica en caso FIV. *La Nación*. Disponible en http://www.nacion.com/ln_ee/2000/octubre/12/sentencia.html.

13 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., 2, nota 9.

Este cambio en los agentes del país tuvo un gran impacto en el proceso de supervisión de cumplimiento, pues la representación del Estado dejó de defender el derecho a la vida del embrión humano reconocido en su Derecho interno y adoptó una postura relativamente liberal frente a la FIV. Además, fueron estos nuevos representantes del Estado quienes posteriormente realizaron varios llamados a la Corte IDH, solicitándole que interviniera directamente en el debate interno para validar el Proyecto de Decreto Ejecutivo que no obtuvo a nivel nacional suficiente apoyo jurídico ni político por parte de los poderes del Estado costarricense¹⁴.

Cabe mencionar que hasta septiembre de 2015 existió un acuerdo entre los tres Poderes del Estado en cuanto a que debía ser la Asamblea Legislativa quien, por ley debidamente emitida, aprobaría y regularía la FIV, a pesar de que otros entes, como la Defensora de los Habitantes, demandaran que se cumpliera la sentencia de inmediato a través de Decreto Ejecutivo¹⁵.

Sin embargo, en septiembre de 2015, en una audiencia de supervisión de cumplimiento en que la Corte IDH exigió al Gobierno de Costa Rica la autorización inmediata de la FIV¹⁶, la representación del Estado mencionó que ya existía un Proyecto de Decreto Ejecutivo que cumplía con las exigencias de la Corte¹⁷, el cual el Presidente de la República se comprometía a emitir, aun en ausencia de una ley primaria¹⁸. La Presidencia señaló en la audiencia pública que la normativa propuesta era idónea para los fines mencionados¹⁹, y siete días después promulgó el Decreto Ejecutivo 39210-MP-S (en adelante, Decreto Ejecutivo o Decreto Presidencial)²⁰, denominado “Autorización para la Realización de Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación in vitro y Transferencia Embrionaria”²¹, en el que se autorizaba expresamente la FIV y se regulaba liberalmente²².

Como era de esperar, el Decreto fue impugnado ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica el 21 de septiembre, la que proce-

14 *Ibídem*, párr. 15, 21.

15 *Ibídem*, párr. 10.

16 Véase video: “Audiencia Pública Caso Artavia Murillo y otros (‘fecundación in vitro’) c/ Costa Rica”, 3 de septiembre de 2015. Disponible en <https://vimeo.com/album/3554165/video/138362028>.

17 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 30-31.

18 Véase video: “Audiencia Pública Caso Artavia Murillo y otros (‘fecundación in vitro’) c/ Costa Rica”, cit.

19 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 32.

20 *Ibídem*, párr. 16.

21 CIDH, Resolución 3/2016, *Asunto Gómez Murillo y otros respecto de Costa Rica*, Medida Cautelar No. 617-15, 29 de enero de 2016 (en adelante, *Medidas cautelares*), párr. 3(D). Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2016/MC617-15-Es.pdf>.

22 *Ídem*.

dió a declarar su nulidad por este vicio formal el 3 de febrero de 2016²³ y se volvió de alguna manera al mismo punto de partida del caso “Artavia”, a lo cual la Corte respondió a su vez dictando una supervisión de cumplimiento, el 26 de febrero de 2016.

La impugnación ante la Sala Constitucional vino de un grupo de cuatro Diputados de la Asamblea Legislativa²⁴ que presentó un recurso de amparo, transformado luego en una acción de inconstitucionalidad, en contra del Decreto Ejecutivo, basado en violaciones de los principios de separación de poderes, reserva de ley, participación ciudadana y debido proceso, entre otros²⁵. La Procuraduría General de la República, de manera independiente a la Presidencia, apoyó la acción de inconstitucionalidad, emitiendo un Informe sobre la validez del Decreto Ejecutivo para adaptar el ordenamiento jurídico interno a lo exigido por el fallo del caso “Artavia”, y concluyó que dicho Decreto era inválido de acuerdo con sus leyes nacionales y con el artículo 30 de la Convención Americana, entre otros²⁶.

Al presentarse la acción de inconstitucionalidad en contra del Decreto Ejecutivo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) expresó preocupación por la suspensión del Decreto ante los recursos de inconstitucionalidad interpuestos²⁷ y emitió medidas cautelares el 29 de enero de 2016²⁸, en un posible intento de frustrar el resultado de dicho recurso, exigiendo al Estado de Costa Rica que hiciera accesible la FIV de manera inmediata a seis parejas demandantes y que concertara las medidas a tomar con ellas y sus abogados, a pesar de que en ese momento la Sala Constitucional se encontraba aún revisando el recurso de inconstitucionalidad interpuesto y no había todavía emitido una sentencia²⁹.

23 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 18 y 19. Debe destacarse que la sentencia de la Sala Constitucional no resultó para nada pacífica, pues posee cinco votos de minoría, algunos de rechazo y otros de apoyo al voto de mayoría.

24 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., nota 49.

25 Franck, M. I. (2015, 20 de septiembre). “Costa Rica – Presentación de recurso de amparo por la aprobación de Decreto de FIV”. *Observatorio Internacional de Políticas Públicas y Familia*. Disponible en <http://observatoriointernacional.com/?p=2199>.

26 Véase (2015, 20 de septiembre). “Costa Rica – Fecundación artificial – Procuraduría de la Nación Expte. 15-13929-0007-CO/2015”. *Observatorio Internacional de Políticas Públicas y Familia*. Disponible en <http://observatoriointernacional.com/?p=2340>. Véase artículo 30 de la Convención Americana: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas” (énfasis añadido).

27 CIDH, *Medidas cautelares*, cit., párr. 11.

28 Ídem.

29 Ibídem, párr. 3(D), 7 y 11, donde la Comisión reconoce que los recursos de inconstitucionalidad se encuentran bajo revisión ante la Sala Constitucional.

Como se ha dicho, el 3 de febrero de 2016, la Sala Constitucional de la Corte Suprema costarricense declaró inconstitucional el Decreto Presidencial con base en el artículo 2º de la Convención Americana, que establece que cualquier cambio en el Derecho interno de los Estados partes deberá darse a través de medidas legislativas³⁰, invocando el principio de legitimación democrática en las decisiones que afectan derechos fundamentales, donde es necesaria la intervención de la Asamblea Legislativa, por lo que emplazó al Poder Legislativo para emitir legislación sobre el tema³¹.

Es necesario recalcar que la Sala Constitucional no dijo que no iba a cumplir con el fallo del caso “Artavia”, simplemente estableció que solamente el Poder Legislativo tiene la competencia de ejecutar la parte del fallo de la Corte IDH que ordena la modificación del orden jurídico interno: “[...] debe la Asamblea Legislativa dictar la ley que impone la sentencia de la Corte Interamericana al Estado de Costa Rica, según las normas que regulan su actividad y, de esa forma, cumplir con las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”³².

Al día siguiente de la sentencia de la Sala Constitucional, la Presidencia solicitó a la Corte Interamericana que “otorgara vigencia temporal” al Decreto Ejecutivo que la Sala Constitucional había declarado inconstitucional³³. El mismo día, la Corte IDH emplazó al Estado costarricense para que en un plazo de siete días anulara la sentencia de la Sala Constitucional y permitiera la regulación de la FIV a través del Decreto Presidencial antes declarado inconstitucional³⁴.

Algunos días después, la CIDH presentó su opinión sobre la decisión de la Sala Constitucional y el proceso constitucional interno a la Corte IDH, expresando su preocupación basada en que “con la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto, la prohibición de la fecundación in vitro y su ausencia de regulación continúan vigentes en Costa Rica” y sugirió que debía aplicar el Decreto Ejecutivo porque “la aprobación de una ley en sentido formal, en la práctica, no ha constituido un medio eficaz” ya que, según lo indicado por las partes durante la etapa de supervisión de cumplimiento, “el trámite legislativo de los proyectos de ley se encontraba obstaculizado por cientos de mociones” y “algunos de los contenidos sus-

30 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 19

31 Véase Franck, M. I. (2016). “Costa Rica: por segunda vez llevada a la Corte Interamericana con motivo de la FIV”. *Observatorio Internacional de Políticas Públicas y Familia*. Disponible en <http://observatoriointernacional.com/?p=2392>.

32 Corte IDH, “Artavia”, cit., párr. 19.

33 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 15, 21.

34 Véase Franck, M. I. “Costa Rica: por segunda vez llevada a la Corte Interamericana con motivo de la FIV”. Ob. cit.

tantivos de los proyectos [...] no serían compatibles con los estándares de la sentencia”³⁵.

La Sala Constitucional resistió la orden de la Corte IDH y no revirtió su sentencia, por lo que solo doce días después, el 18 de enero de 2016, la Comisión difundió el caso 12.798, denominado “Gómez Murillo y otros c/ Costa Rica” ante la Corte IDH³⁶, indicando que presentaba este nuevo caso sobre fecundación in vitro porque “el Estado de Costa Rica no cumplió con las recomendaciones contenidas en el Informe de Fondo” y la sentencia del caso “Artavia”, es decir, la orden de levantar la prohibición de la práctica de la FIV en el país y de reparar a las víctimas por daño moral y material³⁷.

Finalmente, a través de una resolución de supervisión de cumplimiento del 26 de febrero de 2016, la Corte IDH declaró por cinco votos contra uno, que a la luz de la sentencia del caso “Artavia”, de 2012, “debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejercicio de dicho derecho tanto a nivel privado como público”. Asimismo, dispuso que “se mantenga vigente el Decreto Ejecutivo 39210-MP-S del 11 de septiembre de 2015, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la sentencia”³⁸.

3. Análisis de las actuaciones de la Corte IDH luego de la sentencia definitiva

Si se analiza lo obrado por la Corte luego de la sentencia definitiva, es posible constatar diversas irregularidades, tanto en la medida provisional como en la supervisión de cumplimiento dictadas, muchas de las cuales han sido puestas de manifiesto en los votos de minoría de ambas, emanados del juez Vio Grossi. Además, es posible percibir varios elementos comunes entre dichas resoluciones, pues la Corte pretende autoatribuirse diversas facultades que contradicen abiertamente a la Convención Americana de Derechos Humanos.

De manera general, las irregularidades a que se aludirá son de dos clases: de forma y de fondo. Las irregularidades de forma se refieren a la

35 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 21.

36 CIDH presenta caso sobre Costa Rica a la Corte IDH, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 16 de febrero de 2016. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/013.asp>.

37 Ídem.

38 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., pp. 26-27, punto resolutivo 4. Ideas similares en puntos resolutivos 3 y 5 y en párr. 36.

desnaturalización que la Corte hace de la medida provisional y de la supervisión de cumplimiento como instrumentos del Sistema Interamericano (dado su carácter accesorio respecto de una sentencia definitiva), lo que queda de manifiesto al analizar lo que pretende lograr mediante ellas. Las irregularidades de fondo se refieren a las modificaciones que este tribunal hace a la sentencia definitiva mediante estos instrumentos, desconociendo su carácter de cosa juzgada, así como el efecto que intenta otorgarle a sus resoluciones. A lo anterior contribuirá, además, tanto el Estado como las víctimas, al solicitarle a la Corte que tome medidas para las cuales no está facultada, como se verá más adelante.

Para demostrar lo dicho se analizará, primero, la medida provisional; luego, la audiencia pública y, finalmente, la supervisión de cumplimiento.

a. La medida provisional

Como se recordará, el Estado fue condenado a levantar la prohibición existente para realizar la FIV, a regularla e incluirla en su sistema de seguro social, de acuerdo a sus propios procedimientos internos, lo que viene a dar cumplimiento a lo establecido tanto en el artículo 2° de la Convención Americana, como en la OC 6/86 dictada por la misma Corte. La idea era, pues, generar un “cambio estructural”³⁹ del orden jurídico interno, a fin de que la FIV pudiera realizarse sin impedimentos en ese país.

Costa Rica cumplió con todas sus demás obligaciones⁴⁰ y en cuanto a la modificación de su ordenamiento jurídico, durante este tiempo, se presentaron tres Proyectos de Ley que no lograron ser aprobados⁴¹. Lo anterior prueba claramente la buena fe del Estado, al existir muestras evidentes de su acatamiento del fallo, que como resultaba obvio debe ser cumplido de acuerdo a los procedimientos internos del país condenado.

Sin embargo, al parecer los requirentes esperaban un cambio más rápido, pues casi un año y medio después de la sentencia presentaron una solicitud de medida provisional, el 19 de marzo de 2015, que la Corte resolvió el 31 de ese mes al declararla improcedente, de acuerdo con el artículo 63.2 de la Convención, pues lo que se solicitaba no es materia de medidas de esta

39 Corte IDH, *Medidas provisionales*, cit., párr. 7. También se alude de manera más indirecta a esto en “Artavia”, cit., párr. 334 y 335.

40 Es decir, brindar atención psicológica a las víctimas (Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 49-53), hacer las publicaciones de la sentencia que se ordenaron (ídem, párr. 54-56), realizar los cursos y programas de educación y capacitación exigidos para funcionarios judiciales (ídem, párr. 57-60) y pagar las indemnizaciones correspondientes por daño material e inmaterial y las costas (ídem, párr. 66-69).

41 *Ibídem*, párr. 10, 15 y 29.

naturaleza, sino de una supervisión de cumplimiento⁴², sin perjuicio de pretender abordar más adelante el asunto con mayor detalle en una resolución de esa especie⁴³. No obstante, ya aquí se detectan las primeras irregularidades, que fueron explicitadas por el juez Vio Grossi en su voto concurrente⁴⁴.

Debe dejarse constancia de que a pesar de ser un voto “concurrente”, en realidad puede muy bien ser considerado un voto disidente, en atención a las profundas críticas que hace a la resolución de mayoría. No obstante, se le llamó “concurrente” porque la resolución principal también rechazó la solicitud de medida provisional, aunque no por las razones formales planteadas por el juez Vio Grossi, sino, como se mencionó, para abordar el tema de manera más profunda en una futura supervisión de cumplimiento.

Por eso, la diferencia crucial entre el voto de mayoría y de minoría radica en que para el primero la medida provisional es considerada una herramienta idónea para ese estado de la causa (lo que constituye un primer aspecto de lo que llamamos irregularidades de forma), mientras que para el segundo no. La razón fundamental para el juez Vio Grossi es que ya existe una sentencia definitiva con fuerza de cosa juzgada, lo que hace que la medida provisional resulte extemporánea, al haber finalizado el procedimiento⁴⁵, motivo por el cual esta posibilidad “ha precluido”⁴⁶. En caso contrario, “implicaría que [la Corte] continuaría conociendo o juzgando este último, que la controversia que ha conocido y resuelto continuaría [...] es decir, [que la sentencia principal] no ha sido en realidad definitiva”⁴⁷. No obstante, ha sido una práctica común de la Corte dictar medidas provisionales con posterioridad a la sentencia definitiva.

Con todo, debe advertirse que varias de las irregularidades que denuncia el voto de minoría no sólo volverán a presentarse en la posterior supervisión de cumplimiento, sino que ya en esta etapa parece presagiarse un cambio de actitud de la Corte respecto de lo que ella se considera legitimada para realizar luego de dictar una sentencia definitiva.

Sin embargo, a nuestro juicio las irregularidades llegan más lejos. Ello, porque con motivo de la no dictación de la normativa interna ordenada por la sentencia definitiva, los peticionarios solicitaron expresamente a la Corte que diera “una orden directa dirigida al Ministerio de Salud a efecto de que

42 Corte IDH, *Medidas provisionales*, cit., punto resolutivo 1.

43 *Ibidem*, párr. 10, remitiéndose a su párr. 9.

44 Corte IDH, *Medidas provisionales*, cit. Voto Concurrente del juez Eduardo Vio Grossi, pp. 1-5.

45 *Ibidem*, pp. 1-2 y 4. Esta ha sido una postura constante en este magistrado, como lo hace ver en la nota 13 (p. 1).

46 *Ibidem*, p. 1.

47 *Ibidem*, p. 4.

permita a las Clínicas particulares brindar, bajo su supervisión, el servicio de la FIV”, y que “*se le ordene a la CCSS que debe brindar el servicio en el plazo improrrogable de seis meses, todo en los términos del Decreto Ejecutivo 24.029 [del año 2000] –si no hubiere otra normativa regulatoria más favorable– y bajo los [e]st[á]ndares y protocolos médico científicos*”⁴⁸.

Con lo anterior, no solo se están cambiando las reglas del juego, en cuanto a que las víctimas pretenden saltarse los procedimientos internos que debe llevar a cabo el Estado condenado para cumplir la sentencia definitiva, sino que, además, se busca revivir una norma fenecida el año 2000 gracias a un dictamen de la Sala Constitucional de ese país, que fue precisamente lo que dio origen al caso “Artavia” ahora fallado por este tribunal internacional. Esta clase de peticiones que solicitan a la Corte su intervención en una disputa interna serían reiteradas posteriormente tanto por las víctimas como por la Presidencia y tendrían notable efecto en la futura supervisión de cumplimiento.

Debe advertirse que las medidas solicitadas por las víctimas no solo escapan a las competencias de la Corte, sino que también implican un cambio radical respecto de lo señalado en la sentencia definitiva, a pesar de que en razón de su fuerza de cosa juzgada ella resulta inmodificable incluso para la misma Corte⁴⁹. Lo anterior, sin perjuicio de estar violando normas elementales del debido proceso (como la bilateralidad de la audiencia), al no permitir al Estado condenado defenderse ante estas nuevas pretensiones.

Por último, se quiere dejar constancia de que se ha hecho alusión a esta medida provisional, ya que creemos que en ella se encuentra el germen del cambio que pretende dar este tribunal en cuanto a sus propias atribuciones, tanto de forma como de fondo.

b. La audiencia pública de supervisión de cumplimiento

A nuestro juicio, las irregularidades continuaron también con la audiencia pública de supervisión de cumplimiento, en atención a que como se ha dicho, “el Estado” (en realidad, los representantes de la Presidencia de la República) ofreció dictar un Decreto Ejecutivo que regulara los puntos ordenados por la Corte a fin de dar cumplimiento al fallo⁵⁰. Sin embargo, a pesar de ser esta una prueba más de la buena fe del país condenado en

48 Corte IDH, *Medidas provisionales*, cit., párr. 4, énfasis añadido.

49 Corte IDH, *Medidas provisionales*, cit. Voto Concurrente del juez Eduardo Vio Grossi, pp. 1-2 y 4. Ideas similares en Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 13-17.

50 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 16, 17 y 33.

cuanto a cumplir con sus obligaciones, el problema se produce en atención a que el mecanismo ofrecido no es el idóneo, de acuerdo a los procedimientos y competencias internas de Costa Rica (de nivel constitucional) que, además, exigen respetar no solo la sentencia definitiva, sino los ya aludidos artículo 2º de la Convención y la OC 6/86 de la Corte.

Un segundo punto muy discutible es que la Corte consideró legítima esta propuesta, a sabiendas de que la normativa ofrecida no era idónea internamente para regular estas materias, aspecto que no podía ignorar, al haber sido precisamente una situación análoga del año 2000 la que diera origen al caso “Artavia”. Lo anterior se acentúa más todavía si se toma en cuenta lo que la Corte dirá posteriormente en la supervisión de cumplimiento respecto de este Decreto, que fue dictado finalmente el 10 de septiembre de 2015.

Una tercera irregularidad (y que prueba que la Presidencia era consciente de ella) es que en esta audiencia “el Estado” también solicitó a la Corte tomar acciones directas para que “*otorgara ‘vigencia temporal’ al referido Decreto Ejecutivo ‘mientras no se emita una norma de rango superior’ (infra Considerandos 21 y 32)*”⁵¹. De esta manera, y al margen de solicitarle algo para lo cual no está facultada, en el fondo se pedía a la Corte no tener en cuenta el artículo 2º de la Convención ni su propia OC 6/86, a fin de poder saltarse las competencias y procedimientos internos del país condenado, pues si el Decreto Ejecutivo fuera una norma idónea, no existiría necesidad de tal solicitud.

Además, a nuestro juicio todo lo anterior implica modificar la sentencia definitiva. En primer lugar, porque se está solicitando que la Corte haga algo no contemplado en ella (otorgar validez al Decreto Ejecutivo, que, además, no existía a la época de la sentencia); en segundo lugar, que para llevarlo a cabo imparta órdenes directas a los órganos locales, pese a no estar facultada para ello, siendo que antes les encargó esta tarea; y en tercer lugar, que se salte o ignore los procedimientos internos que antes ordenó implícitamente respetar.

Otro aspecto que llama la atención de esta audiencia es que la Corte considere que su interlocutor es “el Estado”, siendo que, en realidad, no sólo se trata únicamente de la Presidencia, sino, además, porque olvida que han sido otros poderes de “el Estado” quienes han sido responsables de las conductas que ella critica en su medida provisional (y luego en la supervisión de cumplimiento), ya que el Poder Legislativo no ha dictado las leyes solicitadas y el Poder Judicial no ha acogido los reclamos de los

51 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 15, énfasis añadido.

interesados para realizar la FIV en ese país⁵². Por eso parece curioso que la Corte “desdoble” al Estado, al tomar por tal solo a uno de sus Poderes cuando dialoga con él, y a los dos restantes cuando critica su actuación y lo acusa de haber caído en responsabilidad internacional, pese a haber señalado invariablemente que cualquier Estado constituye una unidad indivisible⁵³. Lo anterior, sin perjuicio de que la Corte se estaría entrometiendo en una disputa interna entre órganos del país condenado, para lo cual obviamente no posee competencias⁵⁴.

c. La supervisión de cumplimiento

Como se ha dicho, en razón a que de acuerdo al ordenamiento jurídico costarricense la Presidencia es incompetente para regular la materia en comento, el Decreto fue impugnado ante la Sala Constitucional de ese país y declarado nulo el 3 de febrero de 2016, lo que motivó que la Corte dictara la medida provisional el 26 de ese mismo mes.

Es en esta medida provisional donde se perciben las mayores irregularidades, tanto de forma como de fondo, cuyo germen pareciera encontrarse en la medida provisional desestimada en su momento y en las solicitudes realizadas por los interesados y por la Presidencia, tanto en ella como en la audiencia de supervisión de cumplimiento recién comentadas.

Tal como se señaló, la irregularidad de forma que se percibe, y que denuncia el juez Vio Grossi en su voto disidente⁵⁵, es la desnaturalización que la Corte hace respecto de lo que es y para qué sirve una supervisión de cumplimiento. Ello, porque mediante la misma pretende modificar la sentencia definitiva –a través de una “interpretación” de dicha sentencia para la cual no está autorizada, pues sólo pueden solicitarla las partes⁵⁶–, no pudiendo hacerlo, en virtud de su carácter de cosa juzgada y de las infracciones a reglas básicas del debido proceso⁵⁷, al impedir defenderse al Estado conde-

52 Se alude a seis sentencias de amparo que dictó la Sala Constitucional rechazando los reclamos presentados por los interesados en Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 8, 11 y 46.

53 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 7.

54 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 43-51.

55 *Ibidem*, párr. 37-54.

56 *Ibidem*, párr. 41-42.

57 “La supervisión de cumplimiento de sentencia no constituye ni debe transformarse en un nuevo juicio y las resoluciones que emanen de ella no pueden constituir una nueva sentencia” (Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 17, énfasis añadido).

nado. Lo anterior se hace más evidente en atención a que, como se ha dicho, el Decreto Ejecutivo al que se alude reiteradamente no existía al dictarse la sentencia principal.

Por otro lado, las irregularidades de fondo o de contenido son fruto y prueba de lo anterior, ya que al exceder sus competencias, la Corte altera lo establecido en la sentencia definitiva. A nuestro juicio, estas modificaciones son de tres clases: a) las que por medio de esta interpretación no autorizada agregan nuevas obligaciones no contempladas en la sentencia de fondo⁵⁸; b) las que de la mano de lo anterior pretenden que la Corte valide por sí misma actuaciones internas del Estado condenado, haciendo caso omiso de sus propias competencias como tribunal internacional y de las regulaciones y procedimientos internos de ese país; y finalmente, c) aquellas que buscan tener efectos directos sobre el país sin necesidad de una regulación interna suya (pese a haberla ordenado en la sentencia definitiva), saltándose con mayor razón aún tanto esos cauces formales como sus propias competencias⁵⁹.

Con todo, antes de abordar las irregularidades de fondo, debe hacerse presente que pese a lo dicho, la supervisión de cumplimiento reconoce en múltiples lugares que la sentencia definitiva ordenó al Estado modificar su legislación interna en los tres aspectos señalados (levantar la prohibición de la FIV, regularla e incluirla en su sistema de seguro social)⁶⁰, e incluso (si bien constituye una modificación de la misma) propone caminos internos para llevar a cabo esta orden⁶¹.

a) Primera irregularidad de fondo: la añadidura de nuevas obligaciones no contempladas en la sentencia definitiva por vía de una interpretación no autorizada. La irregularidad consiste en que ahora se señala que las tres medidas ordenadas son independientes y han sido establecidas en un orden

58 Una supervisión de cumplimiento sólo puede “inspeccionar el cumplimiento de la sentencia tal como fue emitida” (ibídem, párr. 16), razón por la cual “la supervisión de cumplimiento de sentencia no constituye ni debe transformarse en un nuevo juicio y las resoluciones que emanen de ella no pueden constituir una nueva sentencia” (ibídem, párr. 17).

59 “A quien compete, pues, la ejecución de una sentencia es al Estado Parte en la causa correspondiente. De modo que las sentencias de la Corte no se aplican directamente a los habitantes y en el territorio del Estado Parte correspondiente, puesto que, para que ello acontezca, es necesario un acto del Estado” (ibídem, párr. 8). En consecuencia: “La sentencia no se pronuncia acerca de la forma cómo se cumple la sentencia y a cuál órgano estatal corresponde hacerlo. De ese modo, deja todos esos asuntos en el ámbito denominado en el Derecho Internacional como jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado” (ibídem, párr. 25). Complementa lo anterior con lo señalado en el párr. 9 y 18.

60 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 1, 3, 5, 6, 7, 9 y 13.

61 Ibídem, párr. 9. Resulta evidente que a pesar de estar abordando materias nuevas, al proponer caminos para la implementación de su fallo está reconociendo las competencias internas correspondientes.

de prelación⁶², razón por la cual no sería imprescindible cumplirlas todas para que la FIV pueda llevarse a cabo en el país. Ahora bien, al margen de que la sentencia definitiva no señale este carácter autónomo ni su prelación mutua⁶³, en atención a las exigencias establecidas por la Corte, desde un punto de vista más práctico, la gran pregunta que surge es si resulta factible realizar la FIV sin que medie alguna regulación a su respecto, y no baste simplemente con levantar la prohibición que sobre ella recae, como se argumenta en esta supervisión⁶⁴. Lo anterior no solo debido a los complejos asuntos técnicos y económicos que lleva aparejado este tratamiento, sino también para no violar eventualmente otros derechos como consecuencia de esta falta de regulación.

Además, en múltiples pasajes la medida provisional hace ver la imperiosa necesidad de normar la FIV, como se verá más adelante.

*b) Segunda irregularidad de fondo: que la Corte valide por sí misma actuaciones internas del Estado condenado, haciendo caso omiso de sus propias competencias como tribunal internacional y de las regulaciones y procedimientos internos de ese país*⁶⁵. En realidad, buena parte de la medida provisional gira en torno a defender la validez del Decreto Ejecutivo como norma idónea para dar cumplimiento a la sentencia definitiva⁶⁶: “[...] hasta que no se emita una norma de rango superior (*supra* Considerando 21), este Tribunal considera que la misma tiene relevancia en lo que respecta a la regulación que aplicaría para la implementación de la técnica FIV”⁶⁷ y que “*ante la falta de una regulación específica en los términos de la sentencia*, la FIV podía realizarse y fiscalizarse con la normativa, regulaciones técnicas, protocolos y estándares de salud, médicos y cualquier otra normativa que resultara aplicable [...por lo cual] resulta necesario disponer que el Decreto Ejecutivo 39210-MP-S *se mantenga vigente* en aras de evitar que sea ilusorio el ejercicio del derecho”⁶⁸. Todo esto, a pesar de no ser el camino idóneo para ello y de haber sido consecuentemente declarado

62 *Ibidem*, párr. 5, 9 y 22.

63 En parte alude a esto la Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 19 y 20.

64 Corte IDH, “Artavia”, cit., párr. 336; Corte IDH, *Medidas provisionales*, cit., párr. 4; Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 3-27 y punto resolutivo 3 y 5a.

65 “Consecuentemente, es indiscutible que la Resolución dispone otra obligación de resultado que tampoco está prevista en la Sentencia, a saber, la de mantener la vigencia del mencionado Decreto Ejecutivo” (Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 35. Ideas similares en párr. 32 a 36).

66 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 21.

67 *Ibidem*, párr. 27. Esta idea es reiterada de manera más general en párr. 29 a 37.

68 *Ibidem*, párr. 36, énfasis añadido. Algo similar señala el punto resolutivo 4.

nulo por la Sala Constitucional. Por tanto, la norma referida resulta doblemente inválida.

Debe recordarse que esta pretensión de la Corte está motivada al menos en parte por la petición que hicieran las víctimas para que “a) se ratifique y avale el Decreto Presidencial [...] como forma de cumplir con la [s]entencia [...] y ordene] que deberá mantenerse vigente hasta tanto no exista una normativa de rango superior que sea conforme a lo resuelto [...] en la [s]entencia”, y b) “se anule la Resolución 2016-1692 [...] del 3 de febrero de 2016 de la Sala Constitucional de Costa Rica, por ser contraria y de menor rango a la [s]entencia emitida por la Corte IDH en [este] caso”⁶⁹. Y también por la solicitud de “el Estado” en la audiencia de supervisión de cumplimiento de tener por validado el Decreto Ejecutivo que se ofrecía dictar en esa oportunidad⁷⁰.

Con todo y según se ha dicho, no deja de ser curioso que la Corte reconozca de manera implícita la falta de legitimidad de este Decreto (y por tanto, la irregularidad que está cometiendo), al plantear su vigencia como una solución momentánea, a la espera de que se dicte la normativa realmente idónea. Ello, porque si de verdad cumpliera con dichos requisitos, bastaría solo con este Decreto Ejecutivo. El problema, como se ha mencionado, es la flagrante violación que lo anterior implica no solo de las normas internas del país condenado, sino también de lo señalado por la sentencia definitiva, el artículo 2º de la Convención y la OC 6/86 a que se ha aludido tantas veces.

Finalmente, y al margen de las críticas realizadas, al menos puede rescatarse que la Corte todavía le está solicitando al Estado que sea él quien regule o arregle la situación, por mucho que se violen las formalidades internas del país al pretender tomar cartas en el asunto. Sin embargo, esta situación cambiará radicalmente en la tercera irregularidad de fondo.

*c) Tercera irregularidad de fondo: pretender que la sentencia definitiva tenga efectos directos en el país sin necesidad de una regulación interna suya (pese a haberla ordenado), saltándose con mayor razón aún tanto los cauces formales del país condenado como sus propias competencias como tribunal internacional*⁷¹. A continuación, la Corte da un giro radical, que constituye el preámbulo de esta tercera irregularidad de fondo: pese a reconocer de ma-

69 Ibidem, párr. 21 y 32.

70 Ibidem, Vistos N° 15 y párr. 27 y 32.

71 Esto es lo que Vio Grossi llama la primera nueva obligación de resultado impuesta por las medidas provisionales: permitir de forma inmediata el acceso a la FIV “sin necesidad de un acto jurídico estatal. Lo anterior, se insiste, es una indiscutible y no admitida alteración respecto de lo decidido en la sentencia” (Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 29). Para esta idea, párr. 27-31.

nera expresa lo que ella había ordenado en la sentencia definitiva, acto seguido señala mediante su “interpretación” algo completamente nuevo, que no solo contradice lo antes ordenado, sino que resulta imposible de prever o siquiera derivar a partir de ello: “Si bien la Corte ordenó que Costa Rica regulara los aspectos que considerara necesarios para la implementación de la FIV, *no estaba considerando indispensable la existencia de dicha regulación para que las personas con infertilidad pudieran tener acceso a esta técnica*; por esta razón, se ordenaron dos medidas de reparación de forma independiente (*supra* Considerandos 5, 6 y 9)”⁷², lo que se vincula con la consideración de las tres obligaciones principales (levantar la prohibición de la FIV, regularla e insertarla en el seguro social) como deberes autónomos, según se comentaba más arriba. Para justificar lo anterior, la Corte argumentó que la FIV se realiza en varios países en que no existe regulación al respecto⁷³.

En consecuencia, no contenta con la modificación de su mismo fallo ni con las violaciones a las normas del debido proceso⁷⁴, la Corte incurre finalmente en la tercera irregularidad de fondo: considerar que por su sola sentencia, *y sin que medie la acción de los órganos internos del Estado*, como ella misma había ordenado y reconocía en la propia supervisión de cumplimiento, se tome como cumplida la primera medida exigida, esto es, que “a la luz de la Convención Americana y la reparación ordenada en la sentencia, *debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica [...] sin necesidad de un acto jurídico estatal que reconozca esta posibilidad o regule la implementación de la técnica*”⁷⁵.

Es decir, violando sus propias normas de competencia, la Corte ha pasado de ordenarle al Estado hacer algo, a realizarlo por ella misma, no solo considerando innecesaria dicha actuación que antes exigía al país condenado, sino, además, pretendiendo saltarse sus competencias internas, lo que contradice abiertamente su propia sentencia así como los ya aludidos artículo 2º de la Convención y la OC 6/86 de la Corte. Además, si la sentencia definitiva poseyera efectos directos, no se entiende por qué la Corte aceptó que se dictara el Decreto ofrecido por la Presidencia, puesto que resultaría en buena medida innecesario.

72 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 22, énfasis añadido.

73 Ídem. Se remite al caso “Artavia”, párr. 255 y 256.

74 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, especialmente en los párr. 13-18 y 30-42.

75 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 26, énfasis añadido. Ideas parecidas en párr. 36 y punto resolutivo 3. Ideas complementarias en párr. 10 y punto resolutivo 5a.

4. Algunas preguntas que origina la situación descrita

Ahora bien, dentro de las varias preguntas que deja planteadas el caso “Artavia”, quisiéramos destacar cuatro, una referida a este juicio en particular y tres que aluden al Sistema Interamericano de Derechos Humanos en general: *a)* si las obligaciones de levantar la prohibición de la FIV y de regular su utilización son verdaderamente independientes; *b)* si resulta legítimo cumplir una sentencia de la Corte saltándose o incluso violando las normas y procedimientos locales del país condenado; *c)* si es legítima la pretensión de la Corte en cuanto a que una sentencia suya tenga efectos directos e inmediatos sobre un país condenado sin necesidad de que éste deba modificar su ordenamiento interno; y *d)* si la Corte respeta el principio de la cosa juzgada.

a) Pregunta uno: si las obligaciones de levantar la prohibición de la FIV y de regular su utilización son verdaderamente independientes. La respuesta parece dudosa, en atención a que la Corte hace ver la necesidad de su regulación de forma permanente, “en aras de evitar que sea ilusorio el ejercicio del derecho”⁷⁶. Por eso declara que “*ante la falta de una regulación específica en los términos de la sentencia, la FIV podía realizarse y fiscalizarse con la normativa, regulaciones técnicas, protocolos y estándares de salud, médicos y cualquier otra normativa que resultara aplicable [...razón por la cual] resulta necesario disponer que el Decreto Ejecutivo 39210-MP-S se mantenga vigente*”⁷⁷.

Dicho de otra manera: si de verdad bastara solo con levantar la prohibición, como pretende haber hecho con la sentencia definitiva, la Corte no insistiría en validar una normativa interna nula, por mucho que sea de modo transitorio. Además, ella declara que pese a entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica, ello no exime al Estado de su obligación de regular a la brevedad todos los aspectos técnicos relacionados⁷⁸, razón por la cual decidió mantener la supervisión de cumplimiento respecto de este punto⁷⁹.

También se hace más evidente esta necesidad debido a la exigencia de incluir la FIV dentro de los programas de salud del país y de asignarle recursos del Seguro Social⁸⁰, lo cual sólo puede hacerse mediante una norma expresa. Lo anterior explica, además, que se hayan realizado diversos estudios técnicos por el Estado condenado con este objetivo⁸¹.

⁷⁶ *Ibíd*em, párr. 21.

⁷⁷ *Ibíd*em, párr. 36, énfasis añadido.

⁷⁸ *Ibíd*em, párr. 28-37.

⁷⁹ *Ibíd*em, punto resolutivo 5b y 7.

⁸⁰ *Ibíd*em, párr. 38-48.

⁸¹ *Ibíd*em, párr. 39, 43 y 44.

Igualmente, pareciera que esta necesidad explica que en la audiencia pública de supervisión de cumplimiento la Presidencia insistiera en regular esta práctica mediante un Decreto, aunque este no fuera el medio idóneo. En esa oportunidad, sostuvo que “lo que ‘resulta esencial’ es que la norma que regule dicho tratamiento médico ‘cumpla con los estándares convencionales’ y con lo indicado en la sentencia y ‘asegur[e] la viabilidad práctica de la FIV, en términos de seguridad y calidad del método’⁸². Y de hecho, al aludir a este Decreto, la propia Corte señala que el mismo busca “regular aspectos relacionados con la implementación de la técnica de la FIV, y prever disposiciones sobre las responsabilidades y funciones de diversas autoridades en la realización, inspección y control de la técnica en el país”⁸³. Y para justificar su decisión, agrega a continuación: “Al ordenar la reparación relativa a que se regulen ‘los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV’, la Corte no indicó específicamente qué tipo de norma debía ser emitida para tales efectos”⁸⁴.

Todo esto explica que surjan razonables dudas en cuanto a si en verdad se trata de tres obligaciones independientes. Además, el hecho de que siga reconociendo la necesidad de una normativa interna indica que la sentencia de la Corte no se basta a sí misma⁸⁵. Finalmente, como se ha dicho, la falta de normativa podría dar origen a la vulneración de otros derechos y, por tanto, a la responsabilidad internacional del Estado.

b) Segunda pregunta: si resulta legítimo cumplir una sentencia de la Corte saltándose o incluso violando las normas y procedimientos locales del país condenado. Este es precisamente el meollo de la sentencia dictada por la Sala Constitucional de Costa Rica, que anuló el Decreto Ejecutivo no por razones de fondo ni por pretender desobedecer a la Corte (de hecho, reconoce la deuda del Estado para con la sentencia⁸⁶), sino porque el camino adoptado no era el idóneo.

En efecto, según declaró, es la Asamblea Legislativa de ese país quien debe “dictar la ley que impone la sentencia de la Corte Interamericana al Estado de Costa Rica, según las normas que regulan su actividad”, razón por la cual el Decreto Ejecutivo se ha realizado “sin seguir el procedimiento

82 Ibidem, párr. 32, énfasis añadido.

83 Ibidem, párr. 33.

84 Ibidem, párr. 35.

85 En parte habla de esto en ibídem, párr. 46 y 48.

86 Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Exp.: 15-013929-0007-CO, Res. N° 2016001692, punto VI. Disponible en web: http://womens-linkworldwide.org/premios/docs_postulacion/56ddacffc283e_pgja_Sentencia_CostaRica_Caso-FIV_es.pdf.

constitucionalmente previsto para ello, pues el sistema democrático es un sistema de medios y no de fines; y, por ende, *no es posible que el fin justifique el medio* cuando éste quebranta, de forma abierta y manifiesta, valores, principios y normas nucleares del sistema republicano, como es el principio de reserva de ley⁸⁷. Esto, por mucho que la Presidencia haya ofrecido dictar un Decreto en la audiencia de supervisión de cumplimiento, pues, en el fondo, no tenía competencia para ello.

Además –y nuevamente hace caso omiso de las regulaciones internas y de sus propias competencias como tribunal internacional–, la Corte señala que la impugnación que se hizo del Decreto Ejecutivo era la oportunidad para que la Sala Constitucional levantara la prohibición de la FIV que originó el caso “Artavia” y diera un paso fundamental en el cumplimiento de la sentencia⁸⁸. Sin embargo, resulta claro que la Sala Constitucional no puede contradecirse a sí misma, razón por la cual, por mucho que hubiera levantado esa prohibición, sigue faltando el argumento central que la llevó a anular el Decreto Ejecutivo: la ausencia de una regulación legal en virtud del principio de reserva de ley imperante en ese país para una materia de esta naturaleza⁸⁹. Es decir, la frase “no es posible que el fin justifique el medio” también se aplica a la misma Sala, en armonía, por lo demás, con lo ordenado por la sentencia definitiva, el artículo 2º de la Convención y la OC 6/86. Esto, sin perjuicio de que esta consideración de la Corte es una nueva modificación de su fallo, que ordenaba expresamente regular la FIV, no que la Sala Constitucional la validara. Tampoco debe pasarse por alto que por esta vía la Corte pretende anular de manera directa una sentencia de esa Sala, no correspondiéndole, sin perjuicio de estar comportándose como una cuarta instancia.

Por tanto, si la Corte está ordenando introducir las modificaciones legales al ordenamiento interno de un país condenado, resulta evidente que éste no puede violar su propia normativa para ello.

De ahí que estudiosos del Sistema Interamericano hayan indicado –si bien no refiriéndose al presente caso– que únicamente el Poder Legislativo tiene la atribución de implementar la parte resolutive de la sentencia que ordene la modificación del orden jurídico interno⁹⁰. Asimismo, la Corte Suprema de Costa Rica ha establecido, a través de precedente judicial, que

87 Ídem, énfasis añadido. Alude a esto la Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 19.

88 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 12, 13 y 14.

89 Ibídem, nota 40, párr. 13.

90 Véase Thury Cornejo, V. *Revisión del Control de Convencionalidad Difuso y la Identidad Institucional de la Corte Interamericana*. UCA/CONICET, disponible en <http://cedecu.edu.uy/uploads/media/mdCategory/bebf264aa42b3aa85e5afdc20370855.pdf>.

solamente el Congreso, y no las Cortes Nacionales, tiene la facultad de ordenar el cumplimiento de los fallos de la Corte IDH⁹¹.

Por su parte, Santiago Cantón, antiguo Secretario Ejecutivo de la CIDH, ha reconocido que únicamente las asambleas legislativas nacionales pueden prever el cumplimiento automático y completo de las sentencias de la Corte IDH, y ha llamado a los Estados partes de la Convención a “aprobar legislación interna para garantizar el cumplimiento de las decisiones de la Comisión y la Corte”, reconociendo que el Estado de Costa Rica, junto con Perú y Colombia así lo han hecho en el pasado⁹².

En realidad, la idea de que la autorización de la FIV y su subsidio público debían ser aprobados en una ley emitida por la Asamblea Legislativa fue la posición del Estado costarricense desde la emisión de la sentencia hasta la audiencia de cumplimiento en septiembre de 2015⁹³. No obstante, en dicha audiencia, la representación del Estado, esta vez en manos de la Presidencia de la República, cambió de parecer y decidió implementar la decisión de la Corte por Decreto Ejecutivo ante la presión de la Corte para cumplir con el fallo de inmediato⁹⁴.

c) *Tercera pregunta: si es legítima la pretensión de la Corte en cuanto a que una sentencia suya tenga efectos directos e inmediatos sobre un país condenado sin necesidad de que éste deba modificar su ordenamiento interno.* Es decir, al margen del presente caso, lo que ahora se quiere destacar es lo siguiente: si el ordenamiento interno de un país condenado se modificara automáticamente sólo gracias a una sentencia suya, no tendría sentido que la Corte exija que ese Estado introduzca por sí mismo las modificaciones ordenadas (como por lo demás ha hecho hasta ahora), pues estas ya se habrían producido por su solo ministerio.

91 Véase Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 05274, May 4, 2005, Sistema Costarricense de Información Jurídica (Costa Rica), disponible en http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=335617&strTipM=T&strDirSel=directo; Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 14953, November 2, 2011, Sistema Costarricense de Información Jurídica (Costa Rica), disponible en http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=525680&strTipM=T&strDirSel=directo.

92 Cantón, S. (2013). “To Strengthen Human Rights, Change the Organization of American States (Not the Commission)”. *Human Rights Brief* 20, no. 2: 5-12, 3. Disponible en <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?Article=1836&context=hrbrief>.

93 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 10.

94 *Ibíd.*, párr. 10.

Más aún: este cambio de perspectiva –y que critica reiteradamente el juez Vio Grossi⁹⁵– se opone abiertamente a la postura que la misma Corte ha tenido en las supervisiones de cumplimiento que ha acogido. Ello, porque para hacerlo es requisito indispensable el incumplimiento del fallo definitivo, al menos de manera parcial, lo cual en muchísimos casos se ha verificado precisamente por no haberse realizado las modificaciones legales correspondientes. Ahora, lo anterior resultaría absurdo si para dicha modificación solo bastara con el mérito de la sentencia de fondo, pues de ser así, la medida provisional habría sido rechazada o incluso habría resultado innecesaria, pues la sentencia definitiva ya estaría cumplida. Una razón más para darse cuenta de que la actual supervisión de cumplimiento está yendo más allá de las atribuciones de la Corte y cambiando lo dicho por la sentencia definitiva.

Finalmente, el anterior razonamiento también se prueba porque la propia Corte razona de este modo (es decir, se queja de la falta de modificación al orden interno) tanto en la medida provisional⁹⁶ como en la posterior supervisión de cumplimiento⁹⁷ y no solo en este caso particular, sino en todas las ocasiones en que ha existido esta falta de reglamentación interna.

Por tanto, imperioso es concluir que una sentencia definitiva de la Corte no puede modificar de modo directo una norma interna del país condenado⁹⁸.

d) Cuarta pregunta: si la Corte respeta el principio de la cosa juzgada. Esta es tal vez la incógnita más compleja que origina el desarrollo que ha tenido el caso “Artavia” y que hace caer una sombra de duda general respecto del funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En efecto, tal como recalca el juez Vio Grossi en sus votos de minoría⁹⁹, el principio de la cosa juzgada está siendo ignorado por ambas resoluciones, tanto por la medida provisional, al pretender ser dictada luego de la sentencia definitiva, como por la supervisión de cumplimiento, al modificar lo ya ordenado de manera inamovible por ella. Lo anterior puede dar origen

95 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 18, 20, 21, 23, 25, 29, 31 y 39.

96 Corte IDH, *Medidas provisionales*, cit., párr. 7 y 11 y punto resolutivo 3.

97 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 10, 11, 13, 15, 24-26, 29, 32, 40 y 47.

98 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 8-9.

99 Corte IDH, *Medidas provisionales*, cit. Voto Concurrente del juez Eduardo Vio Grossi, 1-2, 4. Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 6, 15, 17, 26-36 y 53.

a una situación sumamente delicada, ya que de seguir con esta actitud, la Corte podría alterar lo ordenado por ella misma con cada medida provisional o supervisión de cumplimiento que dicte en el futuro.

Esta es la razón por la cual aludíamos a la irregularidad de forma que se percibe en este caso, que viene a ser la base de todas las restantes irregularidades de fondo: la desnaturalización que la Corte hace tanto de lo que es una medida provisional como una supervisión de cumplimiento, lo que en parte advierte el juez Vio Grossi cuando señala en esta última: “Este voto se emite con el más irrestricto respeto por los jueces de la Corte y con la más absoluta convicción de que el mejor aporte que esta última puede hacer al pleno respeto de los Derechos Humanos es actuar, por una parte, con apego al Derecho y por otra, como una institución judicial autónoma, con especial cuidado de respetar los límites que aquél le impone, *de suerte de no transformarse en una institución de otro carácter*”¹⁰⁰.

Obviamente, un asunto como este requiere de un estudio pormenorizado que no puede realizarse aquí, pero al menos se ha querido dejar constancia de él.

5. El caso “Artavia” y el control de convencionalidad

a. Planteamiento: los diversos tipos de control y sus consecuencias

Antes de abordar el presente tema, debe advertirse que será planteado de un modo hipotético, esto es, tal como la Corte Interamericana y buena parte de la doctrina pretenden que sea aplicado, sin adentrarse en las críticas, problemas y polémicas que ha producido. Lo anterior, con el fin de confrontarlo con lo dicho hasta aquí respecto del caso “Artavia”.

Como se sabe, la teoría del control de convencionalidad ha sido establecida por la Corte por vía jurisprudencial¹⁰¹, puesto que esta institución no se encuentra contemplada en la Convención Americana, distinguiéndose entre un control externo o “desde arriba”¹⁰² y otro interno o

100 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 2, énfasis añadido.

101 García Ramírez, S. (2011). “El control judicial interno de convencionalidad”. *IUS*, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. México. Año V, N° 28, 144-145; Dulitzky, A. E. (2015). “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”. *Texas International Law Journal*, vol. 50, Issue 1, 50-52 y 54-55; Mejía Lemos, D. G. (2014). “On the ‘Control de Convencionalidad’ Doctrine: a Critical Appraisal of the Inter-American Court of Human Rights’ Relevant Case Law”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 136-137.

102 Sagüés, N. P. (s/f). “El ‘control de convencionalidad’ en el Sistema Interamericano y

“desde abajo”¹⁰³. El primero sería el aplicado por la propia Corte respecto de los ordenamientos locales¹⁰⁴ (razón por la cual algunos lo llaman “concentrado”¹⁰⁵) y el segundo, el que se ordena ejercer a los jueces internos de cada país¹⁰⁶ (denominado “difuso”¹⁰⁷ por varios autores), “obviamente en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes”¹⁰⁸, esto es, siguiendo los cauces existentes en cada

sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo”. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf> [fecha de consulta: 27-13-2014], 382.

103 Ibidem, 384.

104 Binder, C. (2010). “¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías”. En Von Bogdandy, A.; Ferrer Mac-Gregor, E.; Morales Antoniazzi, M. (Coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* Tomo II. México. Unam; Max-Plank-Institut für a Usländisches ö Ffentliches Recht und Volkerrecht; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, traducción de G. Aguilar y R. Stewart, 169-172; Castilla Juárez, K. (2011). “El control de convencionalidad; un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 596-597; Hitters, J. C. (2009). “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”. *Estudios Constitucionales*, Año 7 (2), 110-112.

105 Ferrer Mac-Gregor, E.; Pelayo Möller, C. M. (2012). “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los Derechos Humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”. *Estudios Constitucionales*, Año 10 (2), 179-181; Ferrer Mac-Gregor, E. (2010). “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf> [fecha de consulta: 11-3-2015], 173-175; Nogueira Alcalá, H. (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie (Año XLV, núm. 135, septiembre-diciembre), 1168.

106 Caballero Ochoa, J. L. (2011). “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (art. 1º segundo párrafo de la Constitución)”. En Carbonell Sánchez, M.; Salazar Ugarte, P. (Coords.). *La reforma constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*. México. Unam, 119-120; Carbonell, M. (s/f). “Introducción general al control de convencionalidad”, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf> [fecha de consulta: 14-5-2014], 86-87; Nogueira Alcalá, H. (2013). “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (Año 10 N° 19), 240-241.

107 Ferrer Mac-Gregor, E. (2010). “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, ob. cit., 175-178 y 187-188; García Pino, G. (2014). “Preguntas esenciales sobre el control de convencionalidad difuso aplicables a Chile”. En Nogueira Alcalá, H. (Coord.). *La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Santiago. Librotecnia, 357 y 369-370. En general se trata de esta cuestión en Ferrer Mac-Gregor, E. (Coord.) (2012). *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. México. FUNDAp, Querétaro, *passim*.

108 Sólo por mencionar algunos fallos a lo largo del tiempo, se pueden citar: caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c/ Perú”. Excepciones Preliminares,

Estado para ejercer su propio control de constitucionalidad¹⁰⁹. Además, este control interno puede ser ejercido incluso de oficio¹¹⁰, sea por todos los jueces, en caso de que en ese país exista un control de constitucionalidad difuso, o solo por algunos, si este es concentrado¹¹¹.

Debe advertirse que la nomenclatura que se ha empleado a propósito del control de convencionalidad no es del todo feliz, ya que induce a cierta confusión. Así, el control “concentrado” alude, para algunos autores, únicamente al ejercido por la Corte Interamericana, mientras que para otros, se refiere al control interno o desde abajo que debieran aplicar solo aquellos jueces nacionales autorizados por su orden interno para aplicar su propio control de constitucionalidad. En cambio, cuando se habla de control “difuso”, algunos entienden por tal el control interno en general, por oposición

Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158, párr. 128; caso “Gelman c/ Uruguay”. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221, párr. 193; caso “Masacres de Río Negro c/ Guatemala”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de septiembre de 2012. Serie C N° 250, párr. 262; caso de “Personas dominicanas y haitianas expulsadas c/ República Dominicana”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Serie C N° 282, párr. 311; y caso “García Ibarra y otros c/ Ecuador”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de noviembre de 2015. Serie C N° 306, párr. 103, nota 127. Véase nota 136.

109 García Pino, G. (2014). “Preguntas esenciales sobre el control de convencionalidad difuso aplicables a Chile”, ob. cit., 369; Castilla Juárez, K. (2011). “El control de convencionalidad; un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, ob. cit., 603; Sagüés, N. P. (2009). “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las Constituciones Nacionales”, en *La Ley*, 19-2-2009, 1. Disponible en http://www.joseperezcorti.com.ar/Archivos/DC/Articulos/Sagues_Control_de_Convencionalidad_LL_2009.pdf [fecha de consulta: 6-3-2015], 2.

110 Bazán, V. (2012). “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”. En Bazán, V.; Nash, C. (Eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad 2011*. Santiago. Konrad Adenauer-Stiftung E. V., 35; Ibáñez Rivas, J. M. (2012). “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 8, 107-108; Nogueira Alcalá, H. (2012). “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”. *Estudios Constitucionales* (Año 10 N° 2), 62-63.

111 Dulitzky, A. E. (2014). “El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?”. En Rivera, J. C.; Elías, J. S.; Grosman, L. S.; Legarre, S. (Dir.). *Tratado de los Derechos Constitucionales*. Buenos Aires. AbeledoPerrot. Disponible en <https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/67-Impacto-del-Control-de-Convencionalidad.pdf> [fecha de consulta: 16-4-2015], 541-542; Binder, C. (2010). “¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías”, ob. cit., 173-174; Contesse, J. (2013). “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf [fecha de consulta: 12-8-2015], 6-7.

al que hace la Corte, mientras que para otros alude también a este tipo de control desde abajo, pero aquel que pueden efectuar todos los jueces de un país. En nuestro caso, utilizaremos esta dicotomía concentrado-difuso sólo para referirnos al control interno, a fin de distinguir entre aquel que pueden ejercer algunos o todos los jueces nacionales, respectivamente.

Ahora bien, este control interno o desde abajo –concentrado o difuso– puede ejercerse ya sea reinterpretando la normativa local a la luz de los dictámenes de este tribunal internacional con el fin de no desecharla¹¹², o en caso de existir una incompatibilidad insalvable, prefiriendo la disposición internacional sobre la local, inaplicando esta última¹¹³. Sin embargo, la anterior posibilidad sufre una excepción en caso de que las disposiciones internas sean más favorables en relación a los derechos involucrados, en virtud del principio *pro homine*, que obliga a buscar la normativa que más proteja o que menos restrinja los derechos en juego¹¹⁴. Es por eso que dentro de este control interno o desde abajo, la primera opción ha sido llamada control de convencionalidad “débil” y la segunda, control de convencionalidad “fuerte”¹¹⁵.

Por otro lado, la Corte ha ido ampliando por vía jurisprudencial los alcances de este control de convencionalidad interno o desde abajo¹¹⁶, exigién-

112 Nogueira Alcalá, H. (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, ob. cit., 1195-1196; Sagüés, N. P. (2003). “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de Derechos Humanos. Experiencias en Latinoamérica”. *Ius et Praxis* (Año 9 N° 1), 214-217; García Pino, G.; Contreras Vásquez, P. (2014). *Diccionario Constitucional Chileno*. Santiago. Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 55, 219 y 888.

113 Londoño Lázaro, M. C. (2010). “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes; confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie* (Año XLIII, núm. 128), 811; Nogueira Alcalá, H. (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, ob. cit., 1187; Rey Cantor, E. (2008). “Controles de convencionalidad de las leyes”. En Ferrer Mac-Gregor, E. y Zaldívar Lelo de Larrea, A. (Coords.). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, vol. IX Derechos Humanos y Tribunales Internacionales. México. Unam. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Marcial Pons, 261-262.

114 Nogueira Alcalá, H. (2013). “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ob. cit., 266-267; Hitters, J. C. (2013). “Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana)”. *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 2, 708-709; Cançado Trindade, A. A. (2006). *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 310-314.

115 Contreras Vásquez, P. (2014). “Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Ius et Praxis*, Año 20 N° 2, 237-238, 253, 257, 261-263 y 265-266.

116 Henríquez Viñas, M. L. (2014). “La polisemia del control de convencionalidad inter-

dolo no solo a los jueces que pertenezcan al Poder Judicial, sino también a los tribunales constitucionales¹¹⁷, a los Poderes Ejecutivo y Legislativo (que debieran obedecerlo al momento de dictar las normas para las cuales han sido investidos)¹¹⁸, y también para las decisiones que se adopten democráticamente, incluso por vía directa, las que no podrían oponerse a los derechos tal como los entiende la Corte Interamericana¹¹⁹.

Ahora bien, lo importante, a fin de cuentas, es que tanto en el control externo como interno debe compararse lo que se ha llamado el “material normativo controlante”¹²⁰ (esto es, la Convención Americana, otros Tratados del Sistema Interamericano y la jurisprudencia de la Corte¹²¹, ya que por

no”. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 24, 123 y 131; Bazán, V. (2012). “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, ob. cit., 30-31; García Pino, G.; Contreras Vásquez, P. (2014). *Diccionario Constitucional Chileno*, ob. cit., 217-218.

117 Henríquez Viñas, M. L. (2014). “La polisemia del control de convencionalidad interno”, ob. cit., 122; Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. En Carbonell, M.; Salazar, P. (Eds.). *Derechos Humanos; un nuevo modelo constitucional*. México. Unam, 376-377; Sagüés, N. P. (2009). “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las Constituciones Nacionales”, ob. cit., 2.

118 Rey Cantor, E. y Rey Amaya, Á. M. (2014). “Control de convencionalidad, test de”. En Ferrer Mac-Gregor, E.; Martínez Ramírez, F. y Figueroa Mejía, G. A. (Coords.). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. 2ª edición. México. Unam/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 240; Hitters, J. C. (2013). “Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana)”, ob. cit., 705; Sagüés, N. P. (2014). “Derechos Constitucionales y Derechos Humanos. De la Constitución Nacional a la Constitución ‘convencionalizada’”. En Nogueira Alcalá, H. (Coord.). *La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, ob. cit., 18.

119 Corte IDH, caso “Gelman c/ Uruguay”. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C Nº 221, párr. 238-240; y en Corte IDH, caso “Gelman c/ Uruguay”. *Supervisión de cumplimiento de sentencia*. Resolución del 20 de marzo de 2013, párr. 69 (y nota 50). Comentan esto, entre otros, Nash Rojas, C. (2013). “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX. Bogotá, 498-499; Mejía Lemos, D. G. (2014). “On the ‘Control de Convencionalidad’ Doctrine: a Critical Appraisal of the Inter-American Court of Human Rights’ Relevant Case Law”, ob. cit., 134-135; Hitters, J. C. (2013). “Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana)”, ob. cit., 705-707.

120 Sagüés, N. P. (s/f). “El ‘control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/15.pdf> [fecha de consulta: 7-5-2014], 458-461; Sagüés, N. P. (2010). “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. *Estudios Constitucionales*, año 8 (1), 125-127; Nogueira Alcalá, H. (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, ob. cit., 1181-1182.

121 Ferrer Mag-Gregor, E. (2011). “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, ob. cit., 343-344, 371, 379, 391-394;

decirlo de algún modo, los primeros solo “hablan” a través suyo) con la normativa local, instando a preferir la primera, salvo que la segunda sea más favorable en virtud del principio *pro homine*.

b. Control de convencionalidad y actuaciones internas del Estado

Si en virtud del control externo o desde arriba una norma doméstica es declarada “inconvencional”¹²² por la Corte, dada la responsabilidad internacional que ello genera, este tribunal insta al Estado a tomar las medidas internas correspondientes a fin de hacer cesar su vigencia y terminar así con la inconvencionalidad, pues se estima que dicha responsabilidad continúa mientras subsista la norma en cuestión¹²³.

Lo anterior puede llevarse a cabo de dos maneras: modificando las disposiciones inconvencionales, lo que ocurrió por ejemplo en el caso “Olmedo Bustos y otros (La última tentación de Cristo) c/ Chile”, en que se instó a ese país a modificar su Constitución para hacerla coincidir con la jurisprudencia de la Corte, lo que Chile efectivamente hizo a través de sus procedimientos internos¹²⁴; o bien, estableciendo que la norma impugnada no sea aplicada en lo sucesivo por los tribunales nacionales, como ocurrió por ejemplo, entre otros muchos, en el caso “Almonacid Arellano c/ Chile” o en el caso “Gelman c/ Uruguay”¹²⁵. Lo importante, para estos efectos, es que es el propio Estado

García Pino, G.; Contreras Vásquez, P. (2014). *Diccionario Constitucional Chileno*, ob. cit., 217-218; García Ramírez, S. (2011). “El control judicial interno de convencionalidad”, ob. cit., 129.

122 Ferrer Mag-Gregor, E. (2011). “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, ob. cit., 343-344 y 388-390; García Pino, G. (2014). “Preguntas esenciales sobre el control de convencionalidad difuso aplicables a Chile”, ob. cit., 357; Nogueira Alcalá, H. (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, ob. cit., 1186.

123 Rey Cantor, E. (2008). “Controles de convencionalidad de las leyes”, ob. cit., 261-262; Carbonell, M. (s/f). “Introducción general al control de convencionalidad”, ob. cit., 68-69; Hitters, J. C. (2009). “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, ob. cit., 118 y 125. Véase nota 132.

124 Nogueira Alcalá, H. (2013). “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ob. cit., 227-228 y 267; Nogueira Alcalá, H. (2013). “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”. *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano* (Año XIX), 516-517 y 548.

125 Risso Ferrand, M. (2013). “Cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ‘Gelman’”. Después de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Interpretativa 18.831”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Bogotá. Año XIX, 650-653; Becerra Ramírez, J. de J.; Miranda Camarena, A. J. (2013). “El uso del canon internacional de los Derechos Humanos”. *Opinión Jurídica*, vol. 12 N° 24, 17-19; Caballero

quien debe adoptar las medidas ordenadas, pues la Corte únicamente puede declarar su responsabilidad internacional. O si se prefiere, este tribunal sólo puede inaplicar la norma inconvencional en su propio fallo, pero no en situaciones internas del país condenado¹²⁶.

En el caso del control de convencionalidad interno, es con mayor razón el propio Estado quien debería tomar las medidas correspondientes, ya sea por medio de sus jueces locales –quienes tendrían que proceder a reinterpretar o inaplicar la norma interna–, ya sea por los Poderes Ejecutivo y Legislativo –quienes estarían obligados a respetar estos parámetros internacionales al momento de producir sus normas–, e incluso por las mayorías democráticas –al tener, en teoría, que respetar los dictados de la Corte.

Lo importante para estos efectos –conviene insistir en ello– es que en ambos tipos de control la Corte está llamando al Estado a tomar cartas en el asunto mediante una actuación interna por parte suya.

Atendido lo dicho, primero se harán algunas reflexiones en torno al control de convencionalidad externo en relación al caso “Artavia” y luego se procederá a hacer lo mismo respecto del control interno, aunque en más de alguna oportunidad se relacionarán ambos, en atención a los abundantes vínculos que poseen entre sí.

c. Aplicación del control de convencionalidad externo al presente caso

De manera preliminar, debe advertirse que en ninguna parte de la sentencia definitiva, de la medida provisional, ni de la supervisión de cumplimiento se habla de control de convencionalidad. Sólo lo menciona el juez Vio Grossi en su voto disidente de la sentencia principal, pero referido a otro tema¹²⁷. También se lo nombra en las Razones del Magistrado Jinesta Lobo

Ochoa, J. L. (2011). “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (art. 1º segundo párrafo de la Constitución)”, ob. cit., 103-133.

126 Si bien no referido a este caso en particular, en parte parece insinuar a este efecto directo de las sentencias de la Corte, Contreras Vásquez, P. (2014). “Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ob. cit., 251-252. Sin embargo (y tampoco refiriéndose a este caso), consideran que debe ser el propio Estado quien realice las reformas de acuerdo a sus procedimientos internos, Benavides-Casals, M. A. (2015). “El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *International Law*. Revista colombiana de Derecho Internacional, N° 27, 154-155; Hitters, J. C. (2015). “Control de convencionalidad (avances y retrocesos)”. *Estudios Constitucionales*, Año 13 N° 1, 125 y 145.

127 Corte IDH, “Artavia”, cit. Voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi, p. 12.

para el rechazo de plano de la acción de inconstitucionalidad interpuesta¹²⁸ y en el Voto Salvado de la Magistrada Hernández López¹²⁹, ambos de la sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica.

Ahora bien, si se compara lo dicho a propósito del control de convencionalidad externo o desde arriba con lo ocurrido hasta ahora en el caso “Artavia”, se percibe claramente que la Corte ha dado un paso más en pos del fortalecimiento del mismo.

En efecto, resulta claro que desde su punto de vista, en la sentencia definitiva la Corte detectó al menos dos situaciones inconventionales, a las que posteriormente se añadió una tercera en la supervisión de cumplimiento, pese a no poder hacerlo en razón de la calidad de cosa juzgada de la primera: la persistencia de la prohibición de la FIV; la falta de normas que la regulen; y luego de dictado el Decreto Ejecutivo, debido a su anulación. Es por eso que le ordena al Estado tomar las medidas correspondientes —esto es, de legislación interna—, como queda de manifiesto con los puntos resolutivos de ambas resoluciones.

Sin embargo, y según se ha comentado, en esta oportunidad la Corte da un paso inédito en una supervisión de cumplimiento, al pretender tomar medidas por sí misma, sin necesidad de que el Estado intervenga. Estas medidas son dos: considerar que la FIV ya se encuentra autorizada en Costa Rica por el solo ministerio de su sentencia definitiva y declarar válido el Decreto Ejecutivo, pese a presentar este último dos problemas: no ser una norma idónea para regular este tipo de materias según el ordenamiento costarricense y además haber sido declarado nulo por la Sala Constitucional.

Lo anterior es de suma importancia, porque de ser así, querría decir que el control de convencionalidad externo tendría efectos inmediatos sobre el país condenado, cual “rayo exterminador de normas locales”¹³⁰, sin necesidad de que este último tenga que adoptar las medidas legislativas o judiciales que hasta ahora se han exigido. O si se prefiere, la sola sentencia de la Corte tendría la facultad ya sea de dejar sin efecto normas vigentes o de revivir normas fenecidas del Estado, violando, como resulta evidente, tanto las competencias y regulaciones internas de dicho país, como sus propias atribuciones en cuanto tribunal internacional.

128 Sentencia de la Sala Constitucional, cit., Razones del Magistrado Jinesta Lobo para el rechazo de plano de la acción de inconstitucionalidad interpuesta, Puntos I, II y IV.

129 Sentencia de la Sala Constitucional, cit. Voto Salvado de la Magistrada Hernández López, párr. 4ii y 7.

130 Como señalaba hace algunos años Sagüés, N. P. (2010). “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, ob. cit., 130, lo que critica Contesse, J. (2013). “¿La última palabra?...”, ob. cit., nota 25, 11.

Con todo, el asunto se agrava todavía más, en atención a que gracias a esta desnaturalización que la Corte hace de una supervisión de cumplimiento y la consiguiente violación del principio de la cosa juzgada, este control de convencionalidad externo podría ejercerse más allá de lo establecido por la sentencia definitiva, como de hecho ocurre en el presente caso, al considerar este tribunal que puede modificar lo ya establecido por ella unilateralmente cuantas veces quiera, dictando para ello supervisiones de cumplimiento.

Como resulta evidente, y al margen de las infracciones a las normas procesales internacionales que acusa el juez Vio Grossi en sus votos de minoría, lo anterior viola lo establecido en el artículo 2º de la Convención. Ello, porque si la Corte está realizando un control de convencionalidad, esa medida obedece a que, desde su perspectiva, el Estado condenado no ha adoptado en su orden interno las “disposiciones legislativas o de otro carácter” necesarias para hacer efectivos los derechos del caso fallado. Sin embargo, este artículo llama a adoptarlas “con arreglo a sus procedimientos constitucionales”, lo que evidentemente conlleva que sea el propio Estado y no la Corte quien lo haga. Ahora, con este efecto directo que de *motu proprio* pretende otorgarle la Corte al control de convencionalidad externo que ella realiza, esta actuación del Estado sería innecesaria, pues las reformas ya estarían hechas en virtud de esa sentencia.

En consecuencia, todo lo dicho significa que desde la perspectiva del control externo, las competencias y regulaciones procesales correspondientes del Estado condenado no poseerían ninguna importancia para la Corte, pues para ella, de alguna manera, el fin justificaría los medios.

Sin embargo, y según se ha mencionado, de ser efectivo lo anterior, muchas de las supervisiones de cumplimiento dictadas hasta el momento no tendrían sentido, pues las modificaciones internas que ellas echan en falta y reprochan al Estado condenado –también en el caso “Artavia”– ya se habrían realizado con el sólo mérito de la sentencia definitiva.

Finalmente, si la normativa local pudiera ser afectada directamente por una sentencia de la Corte, ello haría en buena medida innecesario el control de convencionalidad interno, puesto que el problema, por decirlo de algún modo, ya estaría solucionado en muchos casos. Sobre esto se volverá más adelante.

No obstante, todo lo anterior olvida un hecho fundamental: que como tribunal internacional, la Corte sólo puede declarar la responsabilidad internacional de un Estado, no darles órdenes directas a sus organismos internos, tomar partido en disputas entre ellos ni menos aún validar o invalidar normas domésticas¹³¹, pues para hacerlo tendría que ser un tribunal nacio-

131 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 43-51.

nal. Por eso debe ser el propio Estado quien adopte las medidas internas de acuerdo a sus competencias, según ordena el artículo 2º de la Convención y hasta que no lo haga podrá persistir su responsabilidad internacional, pero esas normas seguirán vigentes (como por lo demás, señala la propia teoría del control de convencionalidad¹³²). Dicho de otro modo: la sola declaración de responsabilidad internacional no es suficiente para modificar los ordenamientos locales, por mucho que lo diga la Corte.

En todo caso, este tribunal invocó la Ley 6.889, del 9 de septiembre de 1983, que da a las sentencias de la Corte Interamericana la misma fuerza ejecutoria que a las sentencias de los tribunales costarricenses¹³³. Sin embargo, no está claro que la Ley Nacional costarricense le otorgue a la Corte una facultad supraconstitucional, pues si bien la Ley 6.889 da la misma “fuerza ejecutiva y ejecutoria” a las sentencias y resoluciones de la Corte IDH que a las dictadas por los tribunales costarricenses¹³⁴, esta no necesariamente la faculta para imponer su supervisión de cumplimiento sobre una sentencia del más alto tribunal constitucional costarricense, ni menos saltarse las competencias y regulaciones procesales correspondientes de ese país. En todo caso, como indicó el juez Vio Grossi, la resolución de la Corte IDH no tendría valor jurídico respecto a las nuevas obligaciones que creó posteriormente al fallo “Artavia”¹³⁵.

d. Algunas reflexiones en torno al control de convencionalidad interno

Debe recordarse que el presente análisis se hace de modo hipotético, esto es, tal como la Corte y parte de la doctrina conciben al control de convencionalidad interno, sin criticar su legitimidad –en particular, porque la Corte no puede atribuir funciones nuevas a las autoridades de un Estado– ni afrontar los múltiples problemas que ocasiona de cara a los ordenamientos internos.

Ahora bien, un aspecto fundamental que debe tenerse en cuenta es que, según ha expresado la propia Corte en cerca de veinte fallos, el control interno debe ser hecho por los jueces locales “*evidentemente* en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (énfasis añadido)¹³⁶. Lo anterior significa que no puede ser ejercido

132 Véase nota 123.

133 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 8.

134 *Ibidem*.

135 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto Individual Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, párr. 51.

136 Véase nota 108.

de cualquier manera, sino que por expresa indicación de la Corte y en virtud de razones “evidentes” deben primar los mecanismos internos, lo que se vincula, como se ha dicho, a si el control de constitucionalidad de ese país es concentrado o difuso.

Por tanto, si respecto del Poder Judicial se exige el apego a sus competencias y regulaciones procesales correspondientes, por simple lógica, lo mismo debiera decirse respecto de los demás Poderes e incluso instancias democráticas, a los que se ha ido ampliando el alcance del control de convencionalidad interno por vía jurisprudencial. Es decir, todos los entes de un Estado que resultaran obligados a ejercerlo deberían ceñirse a dichos cauces formales, pues sería absurdo que se les exigiera a unos y a otros no, máxime si para la Corte el Estado es una unidad indivisible.

De esta manera, para esta teoría, tanto la Presidencia como el Legislativo debieran ejercer el control de convencionalidad dentro de sus propias atribuciones. Es por eso que por mucho que se alegue que la Presidencia ha cumplido lo ordenado por la Corte, está llevando a cabo su cometido de manera ilegal. Y en el caso del Legislativo, también ha intentado cumplir con el fallo, aunque sin éxito (al no lograr aprobar tres proyectos de ley sobre el tema), precisamente por proceder de acuerdo a sus competencias y regulaciones procesales correspondientes.

Ahora, si volvemos al Poder Judicial y continuando con este análisis hipotético, ¿podría un juez local aplicar el control de convencionalidad y autorizar la FIV en Costa Rica en virtud de la sentencia definitiva? De acuerdo a esta teoría, dependerá de si el control de constitucionalidad de ese país es concentrado o difuso: si es concentrado no, pues solo podría hacerlo la Sala Constitucional; en caso de ser difuso, sí. Mas, al margen de ser una facultad que la Corte ha atribuido a los jueces locales, no pudiendo hacerlo, ¿basta solo con ignorar la prohibición para que pueda realizarse la FIV sin más, como añade la supervisión de cumplimiento, al considerar, a diferencia de la sentencia definitiva, las tres obligaciones como independientes? En atención a lo mencionado más arriba, esto parece inviable. Es por eso que a nuestro entender la sentencia definitiva de la Corte le está ordenando al Poder Legislativo tomar cartas en el asunto, pues si solo bastara con lo primero, en buena medida esto último carecería de sentido.

Por las mismas razones, la situación no parece cambiar demasiado con la modificación que la supervisión de cumplimiento hace de la sentencia definitiva –pese a su ilegitimidad–, al considerar que la prohibición de la FIV ya estaría levantada en virtud de esta última sin necesidad de un acto jurídico del propio Estado, pese a que en este caso, en teoría, no haría falta ejercer el control de convencionalidad interno. Debe tenerse presente una vez más que esta supervisión es posterior al fallo de la Sala, que fue precisamente lo que le dio origen.

Debe recordarse que el razonamiento según el cual el juez doméstico podría aplicar el control interno de convencionalidad descansa en aquella doctrina según la cual los tratados internacionales se incorporarían al “bloque de constitucionalidad”¹³⁷, al considerar que se encuentran al mismo nivel de la Carta Fundamental¹³⁸ o incluso sobre la misma¹³⁹. De esta manera, aun cuando muchos derechos puedan efectivamente ejercerse sin necesidad de su desarrollo por vía legal, bastando su sola consagración a nivel constitucional o su incorporación al bloque de constitucionalidad (ya que lo contrario sería “dejarlo[s] en el aire”¹⁴⁰, según declara un voto de minoría de la Sala Constitucional), en razón de todas las exigencias que la Corte ha planteado tanto en su sentencia definitiva como de manera ilegal en la supervisión de cumplimiento respecto de la FIV, en el presente caso, la permanente insistencia en validar el Decreto Ejecutivo muestra que resulta imperioso regular un cúmulo de aspectos relacionados a esta técnica, para no hacerlo “ilusorio”, según declara la propia supervisión¹⁴¹.

En realidad, esta imperiosa necesidad se prueba por lo siguiente: si realmente la FIV pudiera realizarse únicamente dejando de aplicar la prohibición que sobre ella pesa, y esto hubiera sido lo verdaderamente ordenado por la sentencia definitiva, no solo no se entiende por qué ella misma también ha mandado regularla a renglón seguido, sino tampoco qué nece-

137 Gómez Robledo, J. M. (2009). “La implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno: una tarea pendiente”. En García Ramírez, S.; Castañeda Hernández, M. (coord.). *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*. México. Unam/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 140; Caballero Ochoa, J. L. (2011). “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (art. 1º segundo párrafo de la Constitución)”, ob. cit., 115-123, 126 y 132-133; Dulitzky, A. E. (2015). “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, ob. cit., 56 y 65-68.

138 Castilla Juárez, K. (2013). “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 80; Caballero Ochoa, J. L. (2011). “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (art. 1º segundo párrafo de la Constitución)”, ob. cit., 103-133; Gómez Robledo, J. M. (2009). “La implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno: una tarea pendiente”, ob. cit., 140-142 y 150.

139 Mora Méndez, J. A. (2012). “El control de convencionalidad: un replanteamiento de principios y fuentes del Derecho”. *Revista Republicana*, Núm. 12, 231-235; Nogueira Alcalá, H. (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, ob. cit., 1168 y 1187; Sagüés, N. P. (2014). “Derechos constitucionales y Derechos Humanos. De la Constitución Nacional a la Constitución ‘convencionalizada’”, ob. cit., 15-23.

140 Sentencia de la Sala Constitucional, cit. Voto Salvado de la Magistrada Hernández López, ob. cit., párr. 4ii.

141 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 36.

sidad existía de ofrecer un Decreto Ejecutivo por parte de “el Estado” en la audiencia de supervisión de cumplimiento, ni tampoco que los mayores esfuerzos de la supervisión de cumplimiento se dirijan a validarlo.

En consecuencia, todo esto quiere decir que en virtud de sus propias exigencias, el control interno de convencionalidad no puede realizarse de cualquier manera (como por lo demás pareciera insinuar el juez Jinesta en su voto de rechazo¹⁴²), lo cual no viene sino a dar cumplimiento al artículo 2º de la Convención.

Por iguales razones, no existe aquí un desacato a lo ordenado por la Corte Interamericana en su sentencia definitiva, como también sostiene este voto de rechazo¹⁴³.

De hecho, este magistrado pretende otorgar competencias internas a la Corte para supervisar el cumplimiento de sus fallos –pese a que a la fecha de esta sentencia de la Sala Constitucional aún no se había dictado la supervisión de cumplimiento– que escapan completamente a lo que puede hacer un tribunal internacional¹⁴⁴. Por eso, a su juicio, la Sala no sería competente para analizar la constitucionalidad del Decreto Ejecutivo hasta que la Corte dé su parecer, debiendo acatar lo que ella diga en virtud del control de convencionalidad externo¹⁴⁵.

Sin embargo, el anterior razonamiento contrasta absolutamente con lo manifestado por el juez Vio Grossi en su voto disidente, en cuanto a que los deberes que establece la Corte son “obligaciones de resultado”¹⁴⁶: la Corte sólo puede indicar el objetivo a alcanzar, no el modo de lograrlo.

En realidad, a nuestro juicio es la Corte la que incurre en un conflicto de competencia con la Sala mediante su posterior supervisión de cumplimiento, al pretender anular su fallo y revivir el Decreto Ejecutivo, además de entrometerse en una disputa entre órganos internos del Estado.

En consecuencia, para la Corte el control interno tendría un carácter subsidiario en relación al externo, no solo en cuanto a que el primero debiera aplicarse en pos del segundo, no pudiendo contradecirlo –al ser la Corte la intérprete última y definitiva de la Convención Americana, como sostiene

142 Sentencia de la Sala Constitucional, cit. Razones del Magistrado Jinesta Lobo para el rechazo de plano de la acción de inconstitucionalidad interpuesta, ob. cit., puntos III y IV.

143 Ibídem, Puntos II y III. Argumentos en parte relacionados en Sentencia de la Sala Constitucional, cit. Voto Salvado de la Magistrada Hernández López, ob. cit., párr. 27.

144 Sentencia de la Sala Constitucional, cit. Voto Salvado de la Magistrada Hernández López, ob. cit., párr. 26.

145 Sentencia de la Sala Constitucional, cit. Razones del Magistrado Jinesta Lobo para el rechazo de plano de la acción de inconstitucionalidad interpuesta, ob. cit., Punto IV.

146 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 20, 30, 50, 51 y 53a.

en su voto de rechazo el juez Jinesta¹⁴⁷—, sino, además, porque este último tendría supuestamente la facultad de saltarse esas regulaciones internas que se exigen para aquel.

Ahora bien, como se ha dicho, a nuestro juicio, la Sala Constitucional no cuestiona ni contradice el criterio de la Corte, ni por tanto existen los conflictos que acusa este voto de rechazo. En realidad, la Sala sólo hace lo que no podía dejar de hacer, tanto por razones de su propio funcionamiento como por las exigencias del control de convencionalidad interno de respetar las competencias y regulaciones procesales correspondientes, así como por lo ordenado por la sentencia definitiva: que Costa Rica dicte las normas correspondientes, pero obviamente a su modo, no como la Corte quiere ni tiene derecho a ordenar. Por iguales razones, si bien corresponde a la Corte vigilar que sus sentencias se cumplan, ello debe hacerse siguiendo el mismo camino recién indicado, en virtud del artículo 2º de la Convención.

Es más: dado todo lo anterior, el Estado podría alegar razonablemente que no ha ejercido el control interno de convencionalidad tal como la Corte quiere, precisamente porque ella exige ceñirse a las competencias y regulaciones procesales correspondientes, siendo un llamado al principio de legalidad que ni el Estado ni la Corte pueden ignorar.

Finalmente, habría que preguntarse, entre otras cosas, aunque sean temas que no pueden ser desarrollados en este trabajo, por qué la Corte tendría derecho a saltarse estas formalidades, por mucho que se lo soliciten las víctimas o incluso algunas autoridades del país condenado, y, además, si con esta actitud no se estaría comportando, pese a sus habituales declaraciones en sentido contrario, como una cuarta instancia¹⁴⁸. Lo anterior también podría relacionarse a lo que se ha llamado el principio de irrelevancia del derecho interno¹⁴⁹.

De hecho, la utilización de la Corte IDH como una cuarta instancia ha continuado después de la supervisión de cumplimiento emitida a principios de 2016, pues la Presidencia ha invocado de nuevo la intervención

147 Sentencia de la Sala Constitucional, cit. Razones del Magistrado Jinesta Lobo para el rechazo de plano de la acción de inconstitucionalidad interpuesta, ob. cit., punto IV.

148 Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, ob. cit., 369, 422 y 424-425; Hitters, J. C. (2008). “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10, julio-diciembre, 135-136; Ibáñez Rivas, J. M. (2012). “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ob. cit., 111.

149 Si bien mostrando su desacuerdo, Núñez Poblete, M. A. (2010). “Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad”. *Estudios Constitucionales*, Año 8 (2), 456.

de la Corte IDH como ente supraconstitucional, buscando que ésta valide ahora el reconocimiento legal de las uniones de parejas del mismo sexo y la autorización del cambio de sexo en actas de nacimiento a través de Decreto Ejecutivo, sin legislación por parte de la Asamblea Legislativa¹⁵⁰.

6. Conclusión

La extraordinaria actuación de la Corte IDH en la supervisión de cumplimiento del fallo sobre fecundación in vitro parece haber sido provocada por al menos dos factores: a) las peticiones del Poder Ejecutivo de Costa Rica y en parte de las víctimas, que efectivamente trataron a la Corte IDH como un ente supranacional, solicitándole que anulara la decisión de la Sala Constitucional¹⁵¹; y b) el tema de la fecundación in vitro en sí mismo, que para la Corte parece ser emblemático de una nueva visión de los Derechos Humanos, no compartida por sociedades relativamente tradicionales, como la costarricense¹⁵².

Es por eso que en repetidas ocasiones, tanto en el fallo del caso “Artavia” como en la supervisión de cumplimiento, la Corte expresa sin disimulo su frustración contra los “argumentos que *insisten* en la protección del derecho a la vida de los embriones, de forma *contraria a los razonamientos de la sentencia* de esta Corte”¹⁵³, frente a los cuales la Sala Constitucional “tenía que *hacer prevalecer* lo resuelto en la sentencia condenatoria del presente caso”¹⁵⁴, y debía contribuir “a *hacer cesar la discusión sobre la prohibición de la técnica FIV*, en ejecución de lo dispuesto en la sentencia”¹⁵⁵.

Estas expresiones parecen indicar cierto grado de impaciencia e intolerancia hacia aquellos que, a nivel nacional, cuestionan la legitimidad moral de la decisión de la Corte y, por ende, su autoridad¹⁵⁶. Al fin y al cabo

150 Madrigal, L. M. *Costa Rica consulta a Corte IDH si es necesaria legislación que regule uniones homosexuales*, 17 de mayo, 2016. Disponible en web: <http://www.elmundo.cr/costa-rica-consulta-corte-idh-necesaria-legislacion-regule-uniones-personas-del-sexo/>.

151 Corte IDH, *Resolución de cumplimiento*, cit., párr. 21, 32.

152 Véase Lamm, E.; Herrera, M.; Kemelmajer de Carlucci, A. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos controla, sin concesión alguna, el cumplimiento de sus decisiones”, *La Ley* 28-3-2016, 28-3-2016, 9. Cita Online: AR/DOC/875/2016 (sugiriendo que las técnicas de reproducción asistida “han movilizadotanto a la Corte como a la Comisión adoptándose actitudes más activas que las usuales”).

153 Corte IDH, *Resolución de cumplimiento*, cit., párr. 13.

154 Corte IDH, *Resolución de cumplimiento*, cit., párr. 13.

155 Corte IDH, *Resolución de cumplimiento*, cit., párr. 14 (énfasis añadido).

156 Véase Vio Grossi, E. “Reflexión sobre la justicia interamericana en DD.HH.”, *El Mercurio blogs*, 3 de enero de 2016. Disponible en web: <http://www.elmercurio.com/blogs/2016/01/03/38243/Reflexion-sobre-la-justicia-interamericana-en-DDHH.aspx> (indicando

sólo transcurrieron tres años y tres meses desde la sentencia del caso “Artavia” hasta que la Corte emitió la resolución sobre cumplimiento, lo cual representa un término relativamente corto si se toma en cuenta que el tema requiere amplio debate democrático, en el cual se abordarían no solo importantes consideraciones éticas y constitucionales, sino políticas y financieras, por la importante asignación de recursos económicos que el subsidio de la FIV implicara, sin mencionar el trabajo técnico en cuanto a la modificación del ordenamiento jurídico interno existente, incluyendo la armonización con otras leyes nacionales, por ejemplo, en materia sanitaria, de familia y de seguridad social¹⁵⁷.

Por otro lado, si se analiza la actuación que ha tenido la Corte IDH en el caso “Artavia”, se percibe claramente que ella ha intentado darse dos nuevas atribuciones a fin de lograr una mayor efectividad de sus fallos: ignorar la fuerza de la cosa juzgada de sus propias sentencias y pretender que ellas tengan efectos directos sobre los sistemas jurídicos de los Estados condenados sin necesidad de actuaciones suyas en tal sentido. Además, con esto ha buscado fortalecer el control de convencionalidad externo o desde arriba y debilitar las exigencias de respetar las competencias y regulaciones procesales correspondientes exigidas para el control de convencionalidad interno o desde abajo, materia que, como se ha dicho, ha sido analizada en este trabajo sólo de manera hipotética, no sólo por las graves críticas que merece esta teoría, sino, además, porque la Corte no ha invocado el control de convencionalidad en ninguna de las resoluciones del presente caso.

Sin embargo, lo anterior conlleva una abierta violación de sus competencias, tanto en cuanto tribunal internacional como respecto de lo que puede hacer a nivel estatal, todo lo cual se ha manifestado en las irregularidades de forma y fondo analizadas. A nivel internacional, pues pretende desnaturalizar lo que es una medida provisional y una supervisión de cumplimiento como instrumentos del Sistema Interamericano, lo que sienta un peligroso precedente respecto del principio de la cosa juzgada, que por razones evidentes ni ella misma puede ignorar. Y a nivel nacional, al considerar que sus resoluciones tienen efectos directos sobre el Estado condenado al margen de sus procedimientos y competencias internas, pese a lo establecido por la sentencia definitiva, el artículo 2º de la Convención y la OC 6/86.

que el incumplimiento parcial de los fallos de la Corte IDH es sumamente común en el Sistema Interamericano).

157 Corte IDH, *Resolución de cumplimiento*, cit., párr. 39, 43, 46.

Ahora bien, desde el punto de vista internacional, la actitud de la Corte no solo viola reglas elementales de la cosa juzgada y del debido proceso (entre otras, la bilateralidad de la audiencia), sino que pretende otorgarse a sí misma competencias que no posee, al buscar inmiscuirse en asuntos domésticos del Estado condenado. Y desde el punto de vista interno del país sentenciado, el supuesto efecto directo de sus fallos no solo hace caso omiso de sus competencias y regulaciones procesales correspondientes, sino que, en buena medida, también hace absurda la existencia de las supervisiones de cumplimiento, pues en virtud de esos efectos directos, muchas de ellas no se habrían interpuesto, ya que las modificaciones legales que echan en falta ya se habrían realizado y las sentencias definitivas ya estarían en buena medida cumplidas en virtud de sí mismas.

Sin embargo, no es lo mismo ordenar hacer algo a un Estado, según le corresponde a un tribunal internacional, que pretender hacerlo por sí mismo. Ello, porque la Corte sólo puede señalar lo que debe hacerse, no la manera de realizarlo ni mucho menos hacerlo directamente. Es por eso que no tiene sentido pretender que sus sentencias tengan un efecto directo o automático en el país condenado y al mismo tiempo se le ordene efectuar modificaciones a su ordenamiento interno.

Finalmente, tal vez el mayor problema del presente caso es el resquebrajamiento que todo lo anterior conlleva para los principios del debido proceso y de la cosa juzgada. Lo anterior, porque la Corte ha desoído el texto de la Convención no solo en cuanto a los derechos que tutela o el modo de comprenderlos —como ocurre en la sentencia definitiva del caso “Artavia” aunque no se haya analizado aquí¹⁵⁸, sino también respecto de sus propias competencias como tribunal internacional. En parte, lo anterior podría estar influido por el hecho de que la Corte no responde ante nadie ni existe ningún organismo que la fiscalice.

158 Paúl Díaz, Á. (2013). “La Corte Interamericana *in vitro*: notas sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso ‘Artavia’”. *Revista Derecho Público Iberoamericano*. Universidad del Desarrollo, Año 1 (2), 303-345; Paúl Díaz, Á. (2012). “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”. *Ius et Praxis*, Año 18 (1), 61-112; Silva Abbott, M. (2015). “El caso ‘Artavia Murillo c/ Costa Rica’: análisis crítico y posibles efectos regionales”. *Derecho Público Iberoamericano*. Universidad del Desarrollo, Año III N° 6 (2015-1), 13-61; De Jesús, L. M. (2015). “The Inter-American Court on Human Rights’ judgment in Artavia Murillo v. Costa Rica and its implications for the creation of abortion rights in the Inter-American System of Human Rights”. *Oregon Review of International Law*. Disponible en web: https://works.bepress.com/ligia_dejesus/12/. De Jesús, L. M.; Oviedo Álvarez, J. A.; Tozzi, P. A. (2013). “El caso ‘Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica (fecundación in vitro)’: la redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana”. *Prudentia Iuris* [en línea] 75. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/caso-artavia-murillo-costa-rica.pdf> [fecha de consulta: 20-6-2016], 135-164.

Sin embargo, si un tribunal pretende saltarse las normas que lo regulan, en buena medida deja de ser un tribunal, como advierte tangencialmente el juez Vio Grossi en su voto disidente¹⁵⁹, todo lo cual proyecta una inquietante sombra de duda sobre el Sistema Interamericano en su globalidad, pues pese a su rigideces y formalismos, los principios del debido proceso y de la cosa juzgada son piezas fundamentales para la tutela de los Derechos Humanos.

159 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 2.

LA EDUCACIÓN DE LA JUSTICIA: EL CONTRAPASO EN LA COMEDIA DANTESCA¹

Educating justice: The contrapasso in Dante's Comedy

Graciela B. Hernández de Lamas²

Recibido: 12 de septiembre de 2016

Aprobado: 14 de septiembre de 2016

Resumen: El texto analiza cómo Dante concibió la educación en la justicia a través de los denominados “contrapasos” en la *Divina Comedia*. Luego de una introducción sobre la arquitectura de la obra y propósito del autor, se detiene en la didáctica dantesca frente a los diferentes pecados: sufrir el contrario de la culpa o la exageración de la acción pecaminosa. El “contrapaso” además es concebido dentro de lo justo conmutativo. Presenta ejemplos encontrados en el Infierno y Purgatorio dantescos. Muestra la relación entre justicia, reciprocidad y orden.

Palabras claves: Justicia - Educación - Orden - Carácter curativo de la pena - Dante.

Abstract: The text analyzes how Dante conceived the educating justice through the “contrapasso” in the *Divine Comedy*. After an introduction on the architecture of the work and author's purpose, the text stops at the Dante's teaching against different sins suffer the opposite of guilt or exaggeration of the sinful action. The “contrapasso” also is conceived within commutative Justice. It presents examples found in the dante's work. Shows the relationship between Justice, Reciprocity and Order.

1 Comunicación leída en las XIX Jornadas Abiertas de Profundización y Discusión sobre el Tema: “Reciprocidad en los cambios y usura”, UCA, el 30 de agosto de 2016.

2 Doctora en CC. de la Educación, UCA. Catedrática de la Universidad Austral. Correo electrónico: graherlam@gmail.com.

Keywords: Justice - Education - Order - Curative nature of the penalty - Dante.

Para tratar *la educación de la justicia a través de los contrapassos en la comedia dantesca* comenzaré por una pequeña introducción sobre la obra, para establecer el marco en el que nuestro tema se desarrolla. Es la metodología, por otra parte, que el mismo Dante utiliza. Así, presentaré su arquitectura, el propósito del autor y su pertenencia al mundo medieval.

Luego me centraré en el *contrapaso*, que es el *recurso didáctico* utilizado por Dante para la educación de la justicia. Qué es, sus antecedentes en Aristóteles y Santo Tomás, para luego exponer los ejemplos que hay en la *Comedia*, en el Infierno y en el Purgatorio.

Finalmente presentaré las conclusiones.

I. Introducción

Como sabemos la *Comedia*, dicha *Divina* por Boccaccio, es una obra clásica, en el sentido fuerte del término. No tiene época para ser leída, y siempre se renueva su comprensión y se descubre algo nuevo. Es una obra atemporal. Y si bien voy a destacar un aspecto en ella, la justicia y su educación, no puede reducirse a este aspecto.

Es una síntesis de Filosofía, Derecho, Educación, Teología y Poesía. La libertad, la justicia, la esperanza y el amor son los temas vertebrales de ella. *Justicia y amor* son las dos caras de la misma moneda. Hoy vamos a considerar esta obra con la formalidad de una *obra educativa, pedagógica, psicagógica*. Dante quiere mostrar un camino, arrastrar hacia él. Quiere prevenir acerca de las malas elecciones y mostrar la felicidad de las buenas.

Dante es un *hombre medieval* por el tiempo en que vivió, por lo que escribió y por el estilo, aunque innovó en muchos y variados aspectos. No es un *hombre moderno*. El hombre medieval está dirigido fundamentalmente a la vida eterna, a la visión beatífica. El mundo terrenal es el escenario del viaje al Paraíso. Y es símbolo del más allá. Hay que decodificar su simbolismo, entenderlo, e interpretar cada hecho como una figura de otra cosa. Toda palabra y frase siempre tiene, por lo menos, dos niveles de interpretación. La *Comedia* es un *romance de aventura semiótico*.

La obra está escrita en toscano, la lengua *vulgar*, porque es un texto que está destinado a todos. No todos sabían leer, pero tenían la cultura suficiente para entender el mensaje. Es un libro destinado a la *oralidad*: uno lee (el hombre culto, habitualmente un eclesiástico), y todos escuchan. No está pensado para ser leído en soledad, como leemos nosotros hoy. Y tiene

Dante mucha conciencia de que el viaje lo realiza por mandato divino con el doble fin de que él mismo se convierta, *y que escriba lo que ve* para que los hombres dejen la vida equivocada y busquen la verdadera. Esta conciencia va madurando en el Dante protagonista, muy guiado por su maestro; pero en el Dante escritor, desde el principio, está clara y explícita. Esto hace al carácter pedagógico del texto.

En coherencia con esto Dante, desde el primer verso, nos involucra a todos: *Nel mezzo del cammin di nostra vita* (En la mitad del camino de nuestra vida), dice. Quiere que todos participemos del viaje. Siempre escribe en primera persona del singular y aquí pone la primera del plural. Para que entendamos que es un viaje que lo hacemos todos, es paradigmático. Y él escribe con dolor y entusiasmo a la vez, consciente de la *misión* de escribir, de *propagar* lo que ha visto.

La *Comedia* tiene tres partes: el Infierno, el Purgatorio y el Paraíso.

En el primer canto del Infierno presenta toda la obra. Dante protagonista ha perdido la senda recta, se encuentra en una selva oscura, y es agredido por tres animales: la lonza, el león y la loba. La *lonza* (u onza), especie de leopardo, de piel *manchiatta*, representa la incontinencia, la lujuria. Es símbolo de quienes están en los cinco primeros círculos del infierno. La razón es poco utilizada para este tipo de pecados. El *león* es figura de la violencia. Es el pecado de los círculos 6º y 7º del Infierno. Y finalmente la *loba*, el último animal frente al que realmente siente una pavora especial, simboliza la perversidad. Es la loba que come y come lo de los demás, pero siempre está flaca. Es la *avaricia*, la *usura*... representa a los habitantes de los círculos 8º y 9º, donde están los violentos. En el centro, en el lugar más bajo, está el mayor traidor a todo, el mismo Lucifer.

II. El contrapaso. Teoría y ejemplos

1. Teoría

La palabra proviene del latín, *contra* y *patior*, que significa *sufrir el contrario*. En el sentido en que se aplica a nuestro tema es el acto que regula la condena de los reos mediante el contrario de su culpa o mediante la exageración de la acción pecaminosa.

En griego la palabra es *synalagma*, que es la usada por Aristóteles. Dante conoce el pensamiento aristotélico especialmente a través de Santo Tomás³.

3 Hay que tener en cuenta que en el momento en que Dante escribe las obras aristotélicas, en latín, las de Moerbeke se editan junto a los comentarios de Santo Tomás.

Éste, en la *Suma Teológica* II-II, q.61, a.4, considera el contrapaso dentro de lo *justo conmutativo*. El contrapaso es lo recibido en reciprocidad. En el *respondeo* aplica el *contrapaso* a tres situaciones distintas y luego concluye afirmando que el contrapaso es lo justo conmutativo. Establece una proporción de cosa a cosa, o de acción a pasión. Por eso el nombre de contrapaso. Lo justo es lo recibido en reciprocidad.

En la *Divina Comedia*, en lo que nos atañe, se pone de manifiesto:

1. El carácter *retributivo* de la pena.
2. En oblicuo se advierte la *función intimidatoria, preventiva*, para quien lee. Estas dos características se ven especialmente en el Infierno.
3. En el Purgatorio se destaca más el carácter *medicinal, curativo*, de la pena.

En todos los casos Dante se propone mostrar las dos caras de una realidad: la justicia y el amor. La primera se rompe cuando se viola el orden, y esto implica siempre un apartarse de la caridad. Éste es el centro focal. Cada pecado es una ocasión de ruptura del vínculo de caridad, y la justicia ha sido perturbada. En el Purgatorio se restablece dicho vínculo, de tal modo que el penitente puede aspirar al Paraíso, por lo que la virtud predominante es la esperanza.

Dante establece una *jerarquía del mal*, del pecado, según *el uso de la razón*. Los pecados menos graves son los que necesitan menos la razón para pecar: los indiferentes, los lujuriosos, por ejemplo. Incluso están ligados estos pecados a la pereza. Simplemente se peca dejándose llevar. En cambio, los pecadores más grandes son los que cometieron fraude, usura... Para su comisión se necesitan planes racionales.

En realidad, toda la comedia es un gran contrapaso. Siempre se da un planteo dialéctico de oposiciones. Así, el infierno es un gran cono invertido, cuyo vértice está abajo, en el centro de la tierra, donde habita Lucifer. El Purgatorio es una ascensión, donde los pecados están colocados en el orden inverso, en distintas terrazas. Más abajo los más graves y a medida que se asciende, los más leves. El Paraíso es otra cosa: una gran montaña, en cuya cumbre Dante va a encontrar a la Santísima Trinidad. El reino de Lucifer está precedido de almas que lo han seguido; el reino de Dios está precedido por sus santos.

Dante considera dos tipos de contrapaso: el de *analogía* y el de *antítesis*. El de analogía consiste en que cada pecado tiene una pena similar al mismo. En cambio, en el de antítesis, la pena es lo opuesto. En el primer caso, sería similar a la Ley del Talió⁴.

4 Podemos ver también el final de Sodoma y Gomorra: lluvia de azufre por la lujuria, es un fuego por el ardor de la libido, la pena aquí es el contrapaso analógico de la culpa.

En el canto III, que es la entrada al Infierno, nos encontramos con unos versos que anuncian el carácter *contrapasístico* de toda la obra. En el cartel de la entrada se explica el origen del Infierno (III, 1-3):

*“Giustizia mosse il mio alto fattore;
Fecemi la divina potestate,
La somma sapienza e ‘l primo amore”.*

*“La justicia movió a mi supremo Autor.
Me hicieron la divina potestad,
la suma sabiduría y el amor primero”.*

Podríamos pensar aquí en un contrapaso: la ofensa contra Dios por el pecado fue tan grande, que el mismo Dios Uno y Trino hizo este lugar, que perdurará eternamente. Por eso, *lasciate ogne speranza, voi ch'intrate* (III, 9), *abandonad toda esperanza, vosotros que entráis*.

2. Ejemplos de contrapaso de antítesis en el Infierno y en el Purgatorio

En el vestíbulo del Infierno se encuentran las almas de quienes ni se rebelaron contra Dios ni lo amaron; ni siquiera tienen nombre y van corriendo permanentemente detrás de una insignia. Es un típico contrapaso de *antítesis*, ya que no se jugaron por nada y ahora tienen que correr sin parar detrás de un objetivo.

Los que pecaron por envidia llevan los ojos cosidos con un alambre. No pueden mirar a sus semejantes. Tienen las ropas indistinguibles y sólo miran al suelo.

La *gula* en el Purgatorio también se purifica por un contrapaso de oposición: estos seres están delgadísimos, sin comida, con sólo agua. Los ojos están apagados y hundidos, pálida la faz, su cuerpo tan flaco que su forma es la de los huesos. Las órbitas parecen anillos sin piedras.

También en el Purgatorio los *perezosos*, que han sido lerdos para hacer el bien, aquí corren todo el tiempo. No se pueden detener. Virgilio aprovecha para explicarle a Dante la teoría del amor y su restauración por el contrapaso.

Los *violentos contra el prójimo*, tiranos, homicidas, ladrones, agresores, incendiarios, viven sumergidos en la sangre que derramaron en vida. Los violentos contra sí mismos, que se han matado, están convertidos en árboles. Despreciaron su naturaleza, por lo tanto, en la resurrección, no van a tener el cuerpo, sino que, cuando les sea devuelto, serán colgados de árboles: *Sería injusto volver a tener lo que se han quitado voluntariamente*.

3. Ejemplos de analogía e intensidad en el *Infierno* y el *Purgatorio*

Los pecados de *lujuria* son condenados en principio a contrapagos de intensidad, de analogía. Así como en vida se dejaron llevar por el torbellino de las pasiones, aquí están dentro de un torbellino ventoso que los embiste, los hace chocar entre sí y contra las paredes, sin descanso ni paz. La razón fue sometida a la pasión, fue como veleta bajo el viento de las pasiones.

Lo mismo pasa con la *gula* (en el *Infierno*). Su círculo está presidido por el personaje simbólico que domina la entrada, Cerbero, el perro de las tres cabezas con tres grandes bocas, con un vientre deforme. Toda la descripción de este pecado es casi cómica o grotesca, como es él mismo, que consiste en una especie de adoración de la comida, como si fuera un Dios. Todo esto sucede bajo una intensa lluvia de granizo.

Asimismo, los *derrochadores-pródigos* y los *avaros* arrastran grandes piedras (han derrochado o acaparado, los derrochadores están sin pelos y los avaros con los puños cerrados). Virgilio le recuerda a su discípulo que Dios le dio al hombre la tendencia a las alturas, pero los bienes materiales se la bajan. Miran sólo hacia el suelo, cargados con lo que no supieron administrar.

Los *iracundos* están cubiertos de lodo, desnudos, se golpean con las manos, con la cabeza y con el pecho, y con los pies, arrancándose pedazos con los dientes. Y en la tercera terraza del *Purgatorio* están en medio de la niebla, en una oscuridad cerrada. Así como la ira les impidió ver claramente en vida, la niebla ahora los obnubila.

Los *heresiarcas*, y concretamente los que negaron la inmortalidad del alma, como los epicúreos, tienen también contrapago de intensidad: la escenografía está formada por sepulcros porque ya que afirmaron que el alma perece con el cuerpo, pasarán toda la otra vida sepultados. Es un destino que de alguna manera eligieron.

El gigante Nembrotto, que quiso construir la torre de Babel, por su mal pensamiento, ahora grita y nadie lo puede entender, como él no puede entender a los demás.

III. Conclusiones

La *Divina Comedia* es una obra con muchas formalidades. Una de ellas, creo que para Dante una de las más importantes, es ser una obra pedagógica. Él quiere mostrar un camino, un viaje, que es el de todo hombre. Camino que vale la pena ser recorrido, en el que es necesario que tengamos algunas ayudas. Para esto Dante tiene toda una metodología. Uno de sus recursos, que es el que he destacado hoy, es el contrapago.

Trabaja, en primer lugar, el *ambiente* en el que se desarrolla cada uno de los acontecimientos. Se detiene en describir el espacio físico, psicológico y temporal. Presenta la arquitectura del lugar. Parte de esta atmósfera es creada por el lenguaje: así, en el Infierno utiliza palabras procaces, gritos... en el Purgatorio se oyen cantos esperanzados y armoniosos y en el Paraíso el lenguaje es místico. Este arte el autor lo utiliza para provocar una *experiencia*. Es tal el manejo de la palabra, que, mediante comparaciones, metáforas, cenestesias y otros recursos, logra que el lector, al leer, utilice todos sus sentidos. Así, huele, ve, escucha, toca, saborea, percibe movimientos, figuras, tamaños. Ama y odia. Se apasiona como el protagonista. Y todo este escenario permite comprender la *doctrina, la verdad*, que él quiere transmitir, que consiste en que percibamos cuál es la verdadera vía, la recta, la que nos ordena a la felicidad suprema para la que hemos sido hechos.

Asimismo, su pedagogía tiene claramente una concepción acerca del maestro: éste enseña, corrige, señala, conforta, conduce, pero, sobre todo, *coopera* para que el alumno, mediante su propio razonamiento, su propio camino, llegue a conocer lo que el maestro se propone. Virgilio, que aquí es la metáfora del maestro, le dice: *mira, pregunta, calla, apúrate, tómate tu tiempo...* Y todo esto para lograr la *emancipación o liberación* del educando, de su propia ignorancia y error, y de la debilidad de su voluntad. Estas imágenes y vivencias lo ayudarán para elegir, en libertad, sin dejarse llevar por falsos razonamientos ni placeres inmediatos pero fugaces e inauténticos. Dante también en este punto (su doctrina del maestro) es un fiel discípulo de Santo Tomás y de Aristóteles.

Todo el viaje nos prepara para vislumbrar o comprender la idea central: el orden es justicia, equilibrio, implica igualdad y proporción. El quebrantamiento del orden supone infidelidad al amor. Genera caos y una necesaria reciprocidad reparadora tanto para la república, el cosmos y Dios. El amor, por su propio peso, equilibra cualquier desorden de justicia. Esto es expresado por Beatriz: en el mundo hay un orden, reflejo de Dios, por eso a través de él encontraremos al Amor que mueve el mundo.

*“Le cose tutte quante
hanno ordine tra loro, e questo è forma
che l’universo a Dio fa simigliante”* (Paraíso I, 103-105).

*“Existe un orden entre todas
las cosas, y esto es causa de que sea
a Dios el universo semejante”.*

Pero la creatura se aparta, a veces, de este camino y tuerce su impulso. Es la libertad humana que tiene que ser educada.

Somos así conducidos para aprender la lección a través de estos mundos, hasta que a Dante peregrino y a Dante autor le faltan las fuerzas. El solo recuerdo le muestra que ha tenido en realidad una inspiración. Toma conciencia de que también su voluntad ha sido movida por Aquél *che move il sole e l'altre stelle* (Paraíso XXXIII, 145). En definitiva, nosotros nos tenemos que dejar conducir también por el amor que mueve el sol y las demás estrellas.

LA INTELIGIBILIDAD DE LOS FENÓMENOS JURÍDICOS Y LA JUSTICIA¹

Intelligibility of Legal Cases and Justice

Lucila A. Bossini²

Recibido: 12 de septiembre de 2016

Aprobado: 14 de septiembre de 2016

Resumen: El texto busca analizar la inteligibilidad del fenómeno jurídico que se presenta en los casos donde puede analizarse la conducta jurídica. Para tal objetivo se detiene en la cuestión sobre el fin unificante de la conducta humana para poder comprender su inteligibilidad e intención. Por último, se distingue la verdad ontológica del Derecho de la verdad lógica en autores contemporáneos que siguen la tradición clásica sobre el concepto de Derecho.

Palabras claves: Conducta jurídica - Intención - Verdad lógica y ontológica del Derecho.

Abstract: The text seeks to analyze the intelligibility of the legal phenomenon that occurs in cases where the legal behavior can be analyzed. To that end it stops on the question of the unifying goal of human behavior to understand their intelligibility and intention. Finally, the ontological truth of the law of logical truth in contemporary authors who follow the classical tradition of the concept of law is distinguished.

Keywords: Legal Conduct - Intention - Right logical and ontological truth.

1 Comunicación leída en las XIX Jornadas Abiertas de Profundización y Discusión sobre el Tema: "Reciprocidad en los cambios y usura", UCA, el 31 de agosto de 2016.

2 Doctoranda en Ciencias Jurídicas (UCA). Miembro del Centro de Estudios Ítalo-Argentino de Dialéctica, Metodología y Filosofía del Derecho.

1. Introducción

El objeto de este trabajo se centra en buscar la inteligibilidad del fenómeno jurídico, de aquello que los romanos llamaron *casus* y, los italianos, *fattispecie*, que no es otra cosa que la verdad jurídica del caso, de algo que se realiza principalmente en la conducta y que por ello es esencialmente práctico.

En primer lugar, el análisis de la verdad del Derecho, realizado a partir de la distinción de la cuestión de hecho y la cuestión de derecho —que ha sido planteada como un asunto en el que se visualiza una división tajante en la que la comunicación entre ambas resulta imposible—, no ofrece una solución al problema de la verdad porque desconoce que el fenómeno jurídico, por su propia naturaleza de realidad compleja, es, en sí mismo, una cuestión de hecho y de derecho.

En esta línea de ideas, Putnam³ advierte que el hecho y el valor están “entretejidos” y que la valoración o evaluación de los hechos está presente, en todo momento, en cualquier planteo que se haga sobre ellos. Así también Ronco⁴ advierte “lo absurdo de la separación entre los juicios de hecho y los juicios de valor”.

El tratamiento de las distintas y numerosas posturas acerca de la verdad lógico-procedimental solo satisface un aspecto del problema, por el cual el cumplimiento de las reglas lógicas y procesales garantiza la posibilidad de revisión de las decisiones y la confrontación de argumentos y motivaciones. Pero lo cierto es que todos estos autores se encuentran ante la dificultad de no poder asegurar la justicia de estas decisiones. En estos términos Ghirardi⁵ se cuestiona acerca de la imposibilidad de demostrar la verdad del contenido de las resoluciones.

Pero ¿acaso aquella persona a la que se le ha vulnerado un derecho, que ha resultado damnificada por tal o cual cosa, que padece un daño; acaso ese sujeto al que se le adeuda una prestación tiene duda acerca de su justicia? Esa persona conoce los hechos tal y como sucedieron, como un *factum*, conoce la realidad de la totalidad de su situación jurídica, que incluye una conducta determinada enmarcada en una realidad física y en circunstancias que le son propias. Conducta que reviste el calificativo de jurídica porque en ella debe establecerse una cierta igualdad entre lo merecido por

3 Putnam, H. (2004). *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*. Barcelona. Paidós.

4 Ronco, M. (2013). “Prólogo”. En Lamas, F. A. *El hombre y su conducta* (16). Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino (Colección Circa Humana Philosophia).

5 Ghirardi, O. (1999). *Le raisonnement judiciaire*. France. Éditions Bière.

un sujeto y lo debido por otro a través de un *debitum*. Las circunstancias, por su parte, son una pluralidad de circunstancias como tiempo –entendido como “historicidad”⁶–, lugar, modo de obrar, resultado, motivo, objeto acerca de lo que se obra y medios o instrumentos utilizados. En su conjunto, todos estos elementos conforman una totalidad que se conoce como fenómeno jurídico y que en el plano de la realidad de la experiencia del Derecho es experiencia de un orden en el que los aspectos analizados se hallan integrados en un todo.

La conducta jurídica es siempre intencional (con intencionalidad específicamente volitiva) y esta referencia a su fin es lo que permite unificar la pluralidad de manifestaciones que comprende. En estos términos entiende Lamas⁷ que este “fin unificante” es el que sirve de principio de ordenación de la totalidad que configura el fenómeno jurídico. De esta manera, la “significación” de la conducta depende de su intencionalidad y esta, a su vez, conduce a los fines que son el término de esa intención.

Debe, además, agregarse que esta conducta jurídica está reglada por una cantidad de normas jurídicas que resultan ser modelo de las conductas entre los hombres y ordenan, racional y necesariamente, estas conductas y medios, en función de determinados fines, los cuales tienden al principio y fin de toda la vida social y del Derecho que es inmediatamente el bien particular del otro y mediatamente el bien común. En estos términos, la ley es modelo de conducta buena y justa, y por ello, causa ejemplar de aquello que modela. Además, la ley funciona como criterio de discriminación de las conductas y así ellas serán o no conformes a la norma.

Desde esta perspectiva todo intento de conocer la verdad del fenómeno jurídico resultará insuficiente si no se contempla su complejidad –ya que se compone de elementos diversos–, totalidad –debido a que estos elementos se hallan integrados en un todo y constituyen una unidad– y singularidad –distinto de otros y con notas propias–.

A partir de esta primera aproximación al problema que entraña el conocimiento del fenómeno jurídico, como realidad concreta que implica prin-

6 “El tiempo es, para la vida jurídica, una circunstancia del todo especial, pues no es entendido como mera duración física, sino como historicidad. El tiempo histórico constituye una circunstancia común a todo un ámbito humano y jurídico; y dentro de ese marco está el tiempo singular que sitúa a cada conducta como circunstancia individual del acontecer. [...] Conviene acotar, además, que el lugar no es la mera determinación del espacio físico, sino que, para el Derecho, su significación le viene dada como ámbito de la vida humana y social, con todas las determinaciones históricas, económicas, políticas, estratégicas, etc. propias de la misma. El lugar, para el Derecho, pues, tiene un sentido específicamente jurídico y, por concomitancia, histórico, cultural y moral”. Lamas, F. A. (1991). *La experiencia jurídica*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 370.

7 Cf. Lamas, F. A. *La experiencia jurídica*. Ob. cit., 456-7.

cialmente una praxis que se manifiesta en una conducta jurídica, se plantea que el conocimiento que alcanza a este fenómeno complejo y concreto es el práctico, por ello, su verdad será la verdad práctica ontológica.

Si es posible la inteligibilidad del Derecho en su realidad fenoménica es también posible que este conocimiento pueda ser predicado como verdadero o falso. Señala Albus que “el conocimiento del hombre –en su razón de verdadero o falso– depende de la verdad de las cosas, puesto que solo es verdadero si las conoce tal como son y es falso si las conoce como no son”⁸.

2. Aproximación al problema de la inteligibilidad de los fenómenos jurídicos

a. El problema, considerado en profundidad, consiste en la dificultad para encontrar la inteligibilidad intrínseca de una realidad tan altamente compleja como la de los fenómenos jurídicos. En efecto, no parece posible subsumir estos fenómenos en ninguna de las categorías aristotélicas. El fenómeno jurídico no es meramente acción, desarrollada en un lugar y un tiempo; en él no solo operan sustancias, cantidades –supone la justicia como igualdad–, cualidades, relaciones o referencias a otras cosas, etc. Los fenómenos jurídicos son más bien estados de cosas que no pueden ser significados por conceptos puros, sino mediante tipos, como atinadamente señala Larenz. Los tipos son expresión lógica de estados de cosas con una unidad de sentido o significación que opera análogamente a la esencia o naturaleza de las cosas. El problema, por lo tanto, consiste en la determinación de esa unidad de significación como núcleo inteligible de los fenómenos jurídicos. De esta manera habrá que preguntarse cómo se produce la inteligibilidad de aquello que carece de unidad y necesidad y que por su naturaleza es complejo, plural y contingente. El tipo ofrece a esta cuestión una unidad de sentido que facilita su cognoscibilidad, una estructura, es decir, “la relación capaz de sentido de una regulación en la armonía de sus elementos”⁹.

La doctrina del tipo no da una respuesta al problema, pero sí aparece como un instrumento para tratar de reducir a la unidad algo que es de suyo vario y plural. La tipificación no explica cómo es el fenómeno jurídico –de hecho cada uno es distinto–; sin embargo, se presenta como un medio para configurar, estudiar y exponer esta realidad que es el fenómeno jurídico.

8 Albus, D. M. (1981). “La verdad en la vida moral. Cuarta Parte: La verdad práctica”. *Revista Moenia*. N° VI, 45.

9 Larenz, K. (1994). *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona. Ariel Derecho, 457.

Henke¹⁰ reconoce las complicaciones técnico-jurídicas del hecho, que no es solo “dato” perceptible por los sentidos que no entra en ninguna categoría, sino que se trata de un dato preformado por medio de conceptos naturales. Hay un punto de partida en una realidad captada antes que el hecho jurídico en análisis y que se ha convertido en una expresión lógica que está allí presente y pasa a formar parte del hecho cuando este ocurre.

Lo que aquí interesa profundizar es cómo, a partir de la teoría de la preformación de Radbruch, Henke advierte que el dato, el hecho, una aparentemente simple cuestión fáctica se convierte en una cuestión jurídica cuyo develamiento trae aparejadas consecuencias que van más allá de las dificultades que conlleva el entrelazamiento entre la constatación de los hechos y la apreciación jurídica, como ya advirtieran Larenz y Engisch y que Henke sintetiza como “juridicidad de la valoración”. Esta es una apreciación crítica de la realidad social cuyo juicio es el resultado de valoraciones del ordenamiento jurídico¹¹ que se realiza sobre la “selección de los hechos pertenecientes a la causa” más una constatación adecuada de la “situación global”¹². Constatar hechos no es reproducir un simple reflejo de la realidad sino configurar la realidad mediante un proceso mental de modelación y selección para crear una figura nueva¹³ que implica una elaboración de lo percibido sensorialmente.

La selección de los hechos pertenecientes a la causa no es una simple constatación sino que se trata de la apreciación de los hechos en la determinación práctica del Derecho. “El juez no constata sin meta, ni plan, algún ‘cuadro fáctico’ cualquiera [...]”¹⁴. El plan, la ordenación en una unidad de sentido, la estructura específica y concreta, aunque con grados de universalidad, del cuadro fáctico en cuestión estará dado por el tipo¹⁵, cuya función

10 Henke, H. E. (1979). *La cuestión de hecho. El concepto indeterminado en el Derecho Civil y su casacionabilidad*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. Traducción de Banzhaf, T. A., 162-206.

11 *Ibíd.*, 177.

12 *Ibíd.*, 191.

13 Cf. *ibíd.*, 196. Henke, con cita de Rumpf, concluye que la constatación de los hechos y la apreciación jurídica estarían inseparablemente ensambladas. “[...] ‘constatar’ un hecho es más que simplemente tener una percepción sensorial; la constatación consiste, como ya dijimos, en elaborar la percepción con el auxilio de una premisa mayor natural y en fijar el resultado de esa elaboración en un juicio fáctico”.

14 *Ibíd.*, 190.

15 “El tipo es, aunque un *universale*, un ‘*universale in re*’, es immanente a la realidad como ‘entelequia’, o ‘plano’, o ‘estructura’, o ‘tendencia estructuradora real’ o principio dinámico. No es por tanto simple residuo de consideración de cosas similares, ni simple síntesis mental, ni simple *universale ‘post res’* o ‘*in mente*’. En este sentido se ha considerado a la filosofía platónico-aristotélica como un pensamiento tipológico. La misma concepción se encuentra en Goethe. Actualmente nos la encontramos en los citados trabajos de Troll. Para él el tipo es ‘el

será brindar coherencia lógica-jurídica y armonía a la pléyade de manifestaciones de la realidad que conforman el fenómeno jurídico.

b. Otro punto de partida para el análisis del problema es la obra: *La experiencia jurídica*¹⁶. El texto expone un *iter* para inteligir, en general, el fenómeno jurídico. Se comienza utilizando el lenguaje como señalador –como se estableciera, los fenómenos jurídicos no se recortan solos del mundo– y después se intenta analizarlo, estructuralmente, en términos de materia y forma. A partir de aquí se vislumbran dos cuestiones problemáticas, una –plantada en la obra– es la analogía de los conceptos jurídicos, la otra –que queda pendiente de tratamiento– es la inteligibilidad del *factum* mismo.

La diversidad y pluralidad de factores que integran un fenómeno jurídico es casi infinita, pero sin embargo, se puede encontrar el elemento inteligibilizador en su naturaleza de conceptos prácticos, es decir, en el orden a un fin realizado por conductas. Aquello que hace práctico un concepto es que implica siempre un orden a fines. En el orden reside la unidad de sentido que le da inteligibilidad a un estado de cosas que definimos como fenómeno jurídico. Así, cada hecho individual puede ser entendido a la luz de este dinamismo del orden.

Como desde hace más de cuatro décadas enseña Lamas en la cátedra de Introducción al Derecho, el orden implica las siguientes notas: a) pluralidad y distinción; b) disposición según alguna prioridad y posterioridad; c) el principio, razón u origen de dicha disposición; y d) la referencia a un todo unitario. A partir del orden se produce una síntesis que se realiza en los planos lógico y real. En el plano lógico se reduce a la unidad la pluralidad de matices que el fenómeno jurídico manifiesta. En el plano real se integra en una estructura total cada elemento de esta multiplicidad de notas que se articula con las demás y se refiere al todo¹⁷.

En la analogía del término Derecho aparece la conducta justa en su objetividad terminal como aquello que –según Santo Tomás de Aquino (ST

principio estructurador unitario capaz de regir la pluralidad de formas, es el ‘plan’, conforme al que ‘se unen los diversos miembros en el todo de la organización’, el ‘prototipo’ (*Studium generale*, IV, 17). ‘El concepto de tipo propio de la morfología hace referencia a algo hallado previamente en los objetos, a una ordenación previa que sirve de base, como estructura planificada, para la edificación del organismo’, de manera que solo una ‘consideración realista permite llegar a la esencia del tipo’ (*Philosophisches Jahrbuch*, 61, cap. 2, § 1). El tipo es ‘ciertamente una abstracción, pero de tal especie que se refiere a un orden hallado previamente en la naturaleza’ (Ibidem, § 5)”. Engisch, K. (1968). *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Pamplona. Ediciones Universidad de Navarra. Estudio preliminar y traducción de Gil Cremades, Juan José, 418-19.

16 Lamas, F. A. *La experiencia jurídica*. Ob. cit.

17 Cf. ibíd., 353.

II-II, q.57 a.1)– con mayor propiedad es llamado Derecho. La conducta social es la materia del fenómeno jurídico, es decir, aquello sobre lo que recae la experiencia jurídica. Esta conducta es atribuida al hombre como sujeto racional, volitivo, libre y responsable. Se encuentra determinada por tres notas: humanidad, exterioridad y alteridad. Esta última guarda estrecha relación con la sociabilidad y politicidad del hombre. La conducta, que si bien tiene un principio interior del cual procede su inteligibilidad como acontecimiento específicamente humano –racional–, debe poseer una exteriorización social, en tanto debe ingresar en el mundo del conocimiento social¹⁸.

En estos términos la persona humana es el “*sujeto fundante* de la realidad del Derecho. Lo es en cuanto *en él* se da la conducta como un accidente y en tanto él es la causa eficiente de aquella. En él tiene realidad el fin del Derecho como término y como fin intentado, y en su naturaleza se funda, en último análisis, la validez jurídica. El Derecho, pues, tiene en la conducta su realidad material inmediata. Ella es el *soporte óntico* de todo el mundo jurídico. Todo lo demás ingresa al mundo del Derecho en su vinculación con la conducta. Es también el *soporte noético*, pues toda la perceptibilidad de lo jurídico –v. gr. normas, títulos, Derechos Subjetivos, sanciones, procedimientos, etc.– se actualiza empíricamente como un momento de *significación* de la conducta, pues ella es lo primero que *se aparece* en la experiencia. Así, pues, desde un punto de vista material, la conducta aparece como el eje de articulación de todo el contenido del campo jurídico. Y en la medida en que la conducta es el soporte inmediato de la realidad jurídica, el hombre es su *soporte radical*, como fuente de la realidad de la conducta y de todo el Derecho”¹⁹. En estos términos, también Ronco sostiene “que el sujeto humano, con sus acciones, es aquel que constituye el presupuesto insustituible del ordenamiento jurídico. Esto implica que la imputación moral es el fundamento de la imputación jurídica”²⁰. Aquí ordenamiento jurídico debe entenderse como sinónimo de Derecho, ya que así es generalmente utilizado en el lenguaje corriente, como acertadamente lo ha señalado Gentile²¹.

Ahora bien, esta conducta humana social, materia del fenómeno jurídico, tiene una forma que le da especificidad en su relación con el Derecho. La forma de la conducta es aquello por lo que es o se califica como jurídica. Se trata, entonces, de la conducta justa como conducta debida a otro según una medida de justicia. “Por lo tanto, el centro de la atención debe ser, necesari-

18 Cf. *ibíd.*, 356-9.

19 Cf. *ibíd.*, 360-1.

20 Ronco, M. “Prólogo”. En Lamas, F. A. *El hombre y su conducta* (11). Ob. cit.

21 Gentile, F. (2008). *Ordenamiento jurídico. Entre virtualidad y realidad. ¿Control social y/o comunicación interpersonal?* Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino (Colección Circa Humana Philosophia), 25.

riamente, la conducta justa como conducta debida a otro. Consiguientemente, el objeto formal (*quo*) de la experiencia jurídica (la forma del fenómeno jurídico)²² es la *juridicidad* o la *justicia* o, en otros términos, *lo debido sub specie iuris*. Esto, que es la última razón formal del Derecho, es lo que permite discernir la significación específica de la conducta jurídica de todas las demás conductas sociales y lo que le confiere sentido jurídico [...]”²³.

La justicia es la índole general del Derecho; como valor, constituye el bien del Derecho y se materializa en la igualdad que significa que cada uno tenga lo suyo. En palabras de Aristóteles, “la justicia es una clase de posición intermedia”²⁴, “hay algún término medio de lo desigual, que es lo igual”²⁵. “Y puesto que lo igual es un medio, lo justo será también una especie de medio”²⁶. Se trata de un medio entre un provecho y una pérdida, entre lo más y lo menos y consiste en tener una cantidad equivalente antes y después. Ya que tener menos es sufrir injusticia y tener más es cometerla²⁷.

De aquí surge el concepto de reciprocidad de los cambios, ya que habrá reciprocidad cuando se hayan igualado las prestaciones²⁸. Por su alteridad, el Derecho es un intercambio cuyos elementos inteligibles son el bien de uno o de otro, la necesidad de uno o de otro, el poder o facultad de uno o de otro, el título de uno o de otro, etc.

Todo el Derecho se estructura como un orden a un bien (el bien del otro) y remotamente se ordena al bien común. Entender el Derecho es inteligir esta compleja estructura que se funda sobre esta rectitud de la igualdad que es la justicia. Igualdad que en estos términos es la esencia del Derecho.

3. Conclusión

Para Santo Tomás²⁹ el Derecho es algo concreto. Es el objeto terminativo de la operación exterior de una conducta humana que realiza la rectitud de la igualdad que es la justicia. Es el Derecho el que dice la igualdad que está en la cosa y, como tal, se realiza en la conducta justa que concreta la rectitud de la justicia.

La inteligibilidad intrínseca del hecho jurídico corresponde a una conducta o a un objeto terminativo de esa conducta. Una vez descubierta su

22 El paréntesis me pertenece.

23 Cf. Lamas, F. A. *La experiencia jurídica*. Ob. cit., 361.

24 Aristóteles. (1998). *Ética Nicomáquea*. Madrid. Editorial Gredos, V, 1, 1129a 2-3.

25 *Ibíd.*, V, 3, 1131a 11-12.

26 *Ibíd.*, 13-14.

27 *Ibíd.*, V, 4, 1134a 14-15.

28 Cf. *ibíd.*, 1133a 32-33.

29 *Loc. cit.*

verdad interior, a ella se debe adaptar la verdad del juicio, el cual es verdadero, cuando se adapta a lo que los hechos son. Aquí puede distinguirse una doble verdad práctica, es decir, una verdad práctica manifiesta en dos planos diferentes. Por un lado, la verdad práctica ontológica del Derecho, que no es otra cosa que la verdad de la acción, cuya esencia es la igualdad a la que está ordenada o referida, y por otro lado, la verdad práctica lógica del juicio que se predica de la conducta y su situación. Por ello la verdad práctica no reside solo en la justicia del juicio, sino que, también es la verdad del bien particular de la voluntad del acto.

PARTE II

ESTUDIOS DOCTRINALES

PROCESO PENAL EN CLAVE REPUBLICANA: SALVAGUARDA CONSTITUCIONAL CONTRA LOS ANALOGADOS DEL CESARISMO

*Criminal Process in Republican Key:
Constitutional Safeguard against situations similar to Caesarism*

Carlos M. Romero Berdullas¹

Recibido: 27 de mayo de 2016

Aprobado: 23 de julio de 2016

Resumen: El autor analiza el Derecho Procesal Penal desde la perspectiva del Derecho Constitucional y especialmente la forma republicana de gobierno. Tal perspectiva permite vislumbrar la importancia del derecho punitivo que contiene las garantías y libertades constitucionales en pos del bien común político. Al mismo tiempo, se analizan las proyecciones antirrepublicanas en el tema para concluir con un llamado a la resignificación de algunos conceptos tales como el principio de contradicción, el de oralidad y la importancia de una retórica emparentada con la noción de *poliacroasis*

Palabras claves: Proceso Penal - Constitución - Forma republicana - Principio de contradicción - Oralidad - *Poliacroasis*.

Abstract: The author analyzes the Criminal Procedural Law from the perspective of Constitutional Law and especially the republican form of government. This perspective allows us to glimpse the importance of punitive law containing the constitutional guarantees and political freedoms in pursuit

1 Especialista en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA). Integrante del Centro de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) y Secretario de Cámara de la Secretaría General de Política Criminal y Planificación Estratégica del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Correo electrónico: romeroberdullascm@yahoo.com.ar.

of the common good. At the same time, the anti-republican projections are discussed in the topic to conclude with a call to the redefinition of certain concepts such as the principle of contradiction, that of orality and the importance of rhetoric akin to the notion of *poliacroasis*.

Keywords: Criminal Procedure - Constitution - Republicanism - Contradiction's principle - Oralidad - *Poliacroasis*.

1. Introducción

La alegoría que retrata al Derecho Procesal Penal cual si fuera Derecho Constitucional reformulado o reglamentado (en base a lo estatuido en el art. 28 de la Constitución Nacional²) constituye un postulado perenne. Tal es así, que el cordón umbilical de los principios petrinos de nuestra Ley Materna y el proceso penal fue objeto de variopintas metáforas, siempre revestidas por una especial actualidad. De ahí que no en vano Roxin ha caracterizado al Derecho Procesal Penal como “el sismógrafo de la Constitución del Estado”³; y Goldschmidt lo ha emparentado a una suerte de “termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución”⁴.

Lo esbozado reviste suma importancia, ya que si “la Constitución [es] el barómetro que regula la intensidad y legitimidad de las injerencias del Estado en la esfera de los derechos propios del imputado”⁵, es esencial otear cómo se proyectan en el proceso penal el espíritu y la letra rubricados en la expresión constitucional.

Sentado esto, se vuelve ineludible escudriñar el cuño republicano inserido en nuestra Constitución Nacional (arts. 1º, 5º, 6º y 33), que necesariamente debe manifestarse en un Código de Procedimiento adecuado –en el pretérito denominado por Jofré “de la gente honrada”⁶– e idóneo para impedir interferencias arbitrarias en la libertad de los hombres. Pues la arbitrariedad se configura ante un querer u obrar enajenado de una razón

2 Ver Maier, J. B. J. (2004). *Derecho Procesal Penal. Parte General. Fundamentos*. T. I. Buenos Aires. Editores del Puerto, 163.

3 Ver Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Editores del Puerto, 10.

4 Ver Goldschmidt, J. (1935). *Problemas jurídicos y políticos del Proceso Penal*. Barcelona. Bosch. Publicado en colección Maestros del Derecho Penal, N° 46 (2016). Montevideo-Buenos Aires. B de f, 71.

5 Ver Gamboa, A. - Romero Berdullas, C. M. (2014). *Proceso constitucional acusatorio*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 35.

6 Jofré, T. (1941). *Manual de Procedimiento (Civil y Penal)*. T. II. Buenos Aires, La Ley, 12-13.

justificante y sin medida racional⁷. De allí su antagonismo con el derecho y lo justo⁸.

No podemos soslayar que la potestad penal conferida al Estado lo legitima a ejercer el *súmmum* de la fuerza coactiva en pos del bien común político, mediante un sistema de enjuiciamiento en donde precisamente más se refleja la falaz dicotomía⁹ entre alcanzar la eficacia jurisdiccional y la debida preservación de las garantías individuales. No puede obviarse, entonces, que las garantías de un imputado son ingénitas a una libertad concebida desde una perspectiva republicana. Es que la iridiscencia de una libertad con sentido republicano en el proceso puede evidenciarse cuando a través de reglas e instituciones se la preserva del antojo, caprichos o mero voluntarismo de las personas¹⁰; y por otra parte, se enseña aquiescencia a interferencias en su ejercicio, en tanto sean razonables.

Puede entreverse así con facilidad la significancia de dotar de racionalidad suficiente a ese legítimo *ius puniendi*, por cuanto al hallarse enhiestas en este derecho-deber del Estado las garantías y libertades individuales, su respeto configura una exigencia impostergerable cuando se trasunta un debido proceso hacia una justa materialización del Derecho Penal, que de no concretarse tornaría la convivencia anárquica e inviable¹¹. Por consiguieren-

7 Ver Lamas, F. A. (2011). *Filosofía del Estado. Política y Tradición*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”, 9. Recuperado de http://www.viadialectica.com/publicaciones/material/filosofia_estado/Libr_fil_est.pdf.

8 Ídem.

9 Si bien constituye una supina dicotomía la sostenida sobre el yerro de que la eficacia persecutoria debe subordinarse al elevado costo de sacrificar garantías individuales o viceversa, ciertamente no puede obviarse la existencia de contrapuntos por equilibrarse en una justa medida dentro de cada circunstancia procesal. Empero, la falacia de esta antinomia no será aquí tratada, pues excede el marco de esta investigación. Un estudio *in extenso* de la cuestión puede verse en Romero Berdullas, C. M. (2015). “#Proceso Acusatorio: ¿Hashtag Constitucional?”. AA. VV. *Forum III*. Buenos Aires. Educa, 57-110; Gamboa, A. - Romero Berdullas, C. M. (2015). *Planteos actuales de la Política Criminal*. Buenos Aires. Ad-Hoc; y Gamboa, A. - Romero Berdullas, C. M. (2014). *Proceso constitucional acusatorio*. Ob. cit.

10 En definitiva, esto sería una expresión o atisbo de alguna clase de dominación. No puede obviarse, tal como lo explica Rosler, que todo debate auténtico sobre la libertad republicana se preocupa por la dominación en sí. Pues, en sentido estricto, la libertad republicana es incompatible con cualquier clase de dominación y pugna por evitar que las personas se vean expuestas a la arbitrariedad de otra, ya sea que se trate de un ámbito público o privado. Ver Rosler, A. (2016). *Razones públicas. Seis conceptos básicos sobre la República*. Mostoles-Madrid. Katz, 55-57. Simplificando, esta idea de libertad republicana también debe traducirse en el ámbito jurídico, y en este caso en el proceso penal.

11 Al derecho y deber del Estado de aprontar el *súmmum* de la fuerza coactiva en miras del bien común, le corresponde la racionalidad de un sistema procesal respetuoso de las garantías individuales, pues éstas son presupuestos ineludibles de un ejercicio legítimo del *ius puniendi*. Así pues, “el Derecho Procesal Penal se constituye en el ojo bien dispuesto y la ayuda operadora de la potestad punitiva o reparadora del Estado” [Gamboa, A. - Romero Berdullas, C.

te, si echamos mano a un neologismo podemos asemejar el proceso penal al *hashtag* en donde mejor se expresa el sustrato republicano o autoritario de un Estado¹².

Cabe interpellarnos, por lo tanto, qué clase de proceso penal es más apto para cristalizar los propósitos republicanos avistados en el plan político constituyente. Oportunamente, hemos preconizado junto a Gamboa la importancia de instaurar un proceso penal de cariz acusatorio, dado que es el *hashtag* más representativo de una Constitución imbuida por el principio republicano de gobierno, la división de poderes y la premisa de no autocontrol¹³.

La aprobación de un Código Procesal Penal de la Nación receptor de la *accusatio* (mediante Ley Nacional 27.063¹⁴) constituyó un guiño hacia esa propuesta enmarcada en el movimiento reformista impulsado en la región¹⁵, tras la superación del cesarismo¹⁶ de gobiernos antirrepublicanos. Empero, su suspensión *sine die* es un *revenant* más de una rémora consagrada a cincelar al proceso acusatorio como aquel acusador latente que en el orden nacional no logra llegar a ser¹⁷.

Sin embargo, el hoy *trending topic* “Plan Justicia 2020”¹⁸, que replica en buena medida el ideario y los ejes otrora descriptos en conjunto con el actual Ministro de Justicia de la Nación (Germán C. Garavano), en “El rol del Ministerio Público Fiscal de la CABA”¹⁹, abre la puerta hacia una concertación de múltiples actores sobre aspectos relevantes de un rediseño del Poder Judicial más ajustado a nuestro presente. Lo cierto es que esta apertura al

M. (2014). *Proceso constitucional acusatorio*. Ob. cit., 14] para dar una respuesta ajustada, ya que el Derecho Penal Material “no le toca al delincuente ni un pelo” [definición de Beling, según cita de Núñez, R. C. (2009). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Córdoba. Lerner, 20].

12 Cf. Romero Berdullas, C. M. (2015). “#Proceso Acusatorio: ¿Hashtag Constitucional?”. Ob. cit., 57-110.

13 Ídem.

14 Sancionada el 4-12-2014.

15 Sobre los procesos de reforma puede leerse AA. VV. (2000). *Las Reformas Procesales Penales en América Latina* (coord. por Maier, J. B. J. - Ambos, K. - Woischnik, J.). Buenos Aires. Ad-Hoc.

16 El César es precisamente el ingrediente que jamás puede hallarse presente en una fórmula republicana. Ver Rosler, A. (2016). *Razones públicas...* Ob. cit., 29.

17 Aquí nos inspiramos en la genial caracterización del Hamlet de Shakespeare realizada por Mallarmé, quien lo definió como “el Señor latente que no puede llegar a ser” en sus *Divagations*, 165-166, según cita de Ortega y Gasset, J. (1950). *El Espectador*. Madrid. Biblioteca Nueva, 50.

18 Propulsado desde febrero de 2016 por el Ministerio de Justicia de la Nación.

19 Ver *in extenso* Garavano, G. C. - Romero Berdullas, C. M. (2014). “El rol del Ministerio Público Fiscal de la CABA”. AA. VV. *Derecho de la Ciudad de Buenos Aires*. Buenos Aires. El Derecho, 197-239.

diálogo comprende entre disímiles cuestiones a tratar la reforma del Código Procesal Penal de la Nación. Por tanto, esta es una oportunidad apropiada para debatir el alcance de un instrumento superador del modelo mixto adoptado por el anquilosado Código Levene —exánime, pero aún vigente—²⁰.

En consecuencia, este constituye un tiempo propicio para resignificar las razones que fundamentan la implementación de un proceso penal signado por el sello republicano. Dado que de adquirir una cabal comprensión acerca de las ideas seminales de la república dependerá la real conquista de esta desiderata. Pues cuando nos interrogamos sobre las características que debe presentar un proceso penal, en definitiva, nos cuestionamos sobre la república²¹ y el *ethos* constitucional.

En traza de alcanzar este cometido, aplicaremos dos dogmas metodológicos intrínsecos al discurso republicano: la transparencia de las razones y la claridad conceptual²². De modo que no acudiremos a argumentos de autoridad en pos de sostener nuestras razones. Es decir, en clave con el espíritu de la *disputatio* universitaria y la máxima republicana *in utramque partem, audi alteram partem*²³, encarnados por los preclaros Platón²⁴, Aristóteles²⁵, Cicerón²⁶ y Santo Tomás de Aquino²⁷, intentaremos ofrecer

20 Así como el Código Obarrio receptó en 1889 un paradigma descartado por la misma España con la ley de enjuiciamiento criminal, el Código Levene se estructuró sobre el Código Procesal de Córdoba de 1940, justamente reformado en 1991 por las ideas fuerza de un sistema de enjuiciamiento acusatorio formal, a punto de eclosionar en toda la región.

21 Pues el diligente espíritu impele a hablar de la república, tal como lo hicieron Escipión, Filo y Lelio en Cicerón, M. T. (1924). *De la República*. L. I. *Obras completas de Marco Tulio Cicerón*. T. VI. Madrid. Librería de los Sucesores de Hernando.

22 Ver Rosler, A. (2016). *Razones públicas...* Ob. cit., 20.

23 Con buen tino, enseña Rosler que la república es objeto de debate. Ver Rosler, A. (2016). *Razones públicas...* Ob. cit., 20-24. De ahí el valor a esa sabiduría de argumentar virtuosamente a favor y en contra de ambas partes, de consuno a ese saber escuchar al contendiente.

24 Prueba de ello son los diálogos de Platón con su maestro Sócrates, quienes se hallaban convencidos de que el debate era el medio más adecuado de investigación filosófica. Ver Platón (2001). *Diálogos*. Madrid. LIBSA. Edición especial para Editorial El Ateneo.

25 Análoga metodología fue acogida por Aristóteles, quien fundó la denominada escuela del Liceo o de los peripatéticos, por la costumbre que tenía El Filósofo de discutir con sus discípulos mientras se solazaba bajo el peristilo de un jardín cubierto. Este espíritu de la *disputatio* incluso se percibe en su *Ética*. Ver Aristóteles (2001). *Ética a Nicómaco*. Madrid. LIBSA. Edición especial para Editorial El Ateneo.

26 Véase, por ejemplo, la metodología utilizada por Cicerón al retratar la magnanimidad de Régulo, en donde parte de las objeciones y luego las responde. Ver Cicerón, M. T. (2001). *Sobre los Deberes*. L. III, tratado especial. Alianza, 97-115.

27 Este espíritu del Aquinate de los *articulus* utilizado a guisa de ejemplo en la *Suma Teológica* se describe adecuadamente en Pieper, J. (2012). *Introducción a Tomás de Aquino —doce lecciones—*. Cap. VII. Madrid. Rialp; y Pieper, J. (2000). *Obras*. V. III. Madrid. Ediciones Encuentro, 87.

argumentos cristalinos a favor de nuestras aseveraciones, pues como con buen tino expresaba Kant, en su *Crítica de la Razón Pura*, “ser refutado [...] no supone peligro alguno, pero sí en cambio no ser entendido”²⁸.

El itinerario que nos proponemos recorrer partirá del principio miliar de un proceso penal, a nuestro entender, genuinamente republicano y una radiografía del denominado juez de instrucción, destinada a diagnosticar si éste debe compartir análoga suerte al personalismo de Tarquino el soberbio²⁹, Catilina³⁰ y César³¹. En pocas palabras, se estudiará si debe peyorar o no el sistema procesal mixto dentro de una matriz constitucional republicana.

Asimismo, colocaremos nuestra atención en la identidad de un fiscal gestado como una figura híbrida y más bien relegada a cumplir una función dictaminadora de visos sempiternos en los procesos mixtos, que hoy asistiría a una resignificación de su rol. Particularmente aguzaremos la mirada en este actor, que de pasivo guardián de la legalidad podría de inaudito detentar un principio de oportunidad prescindente de la ley; y fragmentar así el tensiómetro constitucional en el proceso penal. De por sí, pondremos la lupa en lo que aparenta constituir una manifestación más de un derecho penal líquido³² y un analogado del cesarismo.

28 Ver Kant, E. (1930). *Crítica de la Razón Pura*. Leipzig. Philosoph Bibliothek, 36. Puntualmente, véase el prefacio a la segunda edición de 1787.

29 La violación de Lucrecia perpetrada por el hijo de Tarquino y retratada por Shakespeare fue un disparador para que Junio Bruto excitara a la multitud a deponer a un rey, caracterizado por regir su gobierno por la fuerza y reinar tanto sin mandato del pueblo como huero de autorización del senado. Ciertamente, tras el ultraje de Lucrecia y el juramento de Bruto para vengar su sangre, “[...] resuelven transportar el cuerpo de la amada Lucrecia a Roma, para allá exponerlo tinto en sangre, sacando a la luz el nefando delito de Tarquino. Todo se lleva a cabo con suma diligencia. Y de común acuerdo, entre la aclamación general, determinan condenar a Tarquino al destierro perpetuo”. Ver Shakespeare, W. (2002). *La violación de Lucrecia*. Colombia. Norma, 137-138.

30 El propósito de Catilina era destruir la república, sin embargo los cuatro discursos de Cicerón no sólo truncaron la conjuración, sino también sirvieron para sancionar a los responsables. Así, pues, Catilina fue forzado a abandonar Roma junto a sus partidarios. Los rebeldes que se mantuvieron en la urbe fueron apresados y ejecutados. En tanto que Catilina fue doblegado con las huestes revoltosas en la llanura de Pistoia, donde fenece en combate. Ver Cicerón, M. T. (2006). *Catilinarias*. Buenos Aires. Losada.

31 La tiranía de Julio César y la defensa de la libertad vitoreada a viva voz por Cinna son las que sellan su trágico destino. El Bruto de Shakespeare sintetiza la cuestión en su conciso discurso al explicar a la ciudadanía que mató a César por su ambición. Allí explicita: “[...] No es que yo amara menos a César, sino que amaba más a Roma. ¿Preferirías que viviera César y todos fuerais esclavos, en vez de que César haya muerto y todos viváis como hombres libres? [...] ¿Quién hay aquí tan vil que quiera ser esclavo? [...] ¿Quién hay aquí tan vil que no ame a su patria? [...]”. Ver Shakespeare, W. (2005). *Romero y Julieta – Julio César*. España. *La Maison de l'écriture*, 140.

32 Sobre el concepto de lo que he denominado derecho penal líquido primeramente en

Una vez conquistada esta perspectiva, nos hallaremos en condiciones de adentrarnos en algunos principios o características que debe presentar el proceso penal si se pretende potenciar al máximo algunos elementos típicamente republicanos enseñados por Rosler a través de su magisterio³³, para alcanzar, así, el cenit de la expresión constitucional. Y finalmente, ya en un tercer estadio intentaremos inferir algunas breves conclusiones.

2. Proyecciones antirrepublicanas

2.a. ¿El sistema mixto y el juez de instrucción deben perimir?

Epítome de la república es ese sistema político comprometido con una libertad amalgamada a la virtud cívica, que recoge la ambrosía del debate virtuoso, peralta la ley y exhorta hacia la concreción de una épica patriótica, posicionada en franca oposición con el personalismo antirrepublicano³⁴. Debemos poner de relieve este ligamen indisoluble entre la virtud y la república, ya columbrado en la cosmogonía de ésta³⁵. En efecto, cualquier Constitución, ley e institución se vuelven huera de contenidos sin esa virtud cívica que impele a los ciudadanos a desempeñar correctamente su función. Por ello es determinante analizar si a guisa de ejemplo el juez de instrucción concebido por el proceso mixto cumple adecuadamente su rol y concreta virtuosamente las mandas constitucionales.

No debemos desistir de sopesar que tal como lo enseñaba Cicerón constituye un imperativo propio del magistrado “entender que él desempeña el personaje de la ciudad y que debe mantener su dignidad y decoro, hacer respetar las leyes³⁶, definir los derechos y recordar que todos estos

“#Proceso Acusatorio: ¿Hashtag Constitucional?”, puede verse *in extenso* Romero Berdullas, C. M. (2016). “Derecho penal líquido: derrame de la expresión constitucional”. AA. VV. *Forum IV*. Buenos Aires. Educa, 119-182.

33 Ver *in extenso* Rosler, A. (2016). *Razones públicas...* Ob. cit.

34 Ídem, p. 28.

35 Remembremos lo ya relatado sobre Junio Bruto y el derrocamiento de Tarquino el severo, en donde se hace patente que la virtud es un presupuesto de la república.

36 El magisterio de Cicerón es una buena guía para comprender que la justicia o injusticia de algo se disciernen a través de la naturaleza humana, mas no mediante la opinión. Por tanto, no constituyen preceptos médicos los mortíferos prescriptos como saludables por ignorantes; ni ley aquello pernicioso aceptado por el pueblo. De lo contrario, la ley podría volver a una injusticia en un derecho y hacer que las cosas viciosas se tengan por virtuosas. Así pues, la recta razón de Dios es la que impele a obrar de acuerdo a la virtud y a apartarse del delito, por cuanto en la mente de la divinidad mora la ley ordenatoria de todos los actos. En efecto, Cicerón afirma que la naturaleza del hombre (dotado de una razón semejante a Dios) una vez perfeccionada a su grado *magis* conduce a la virtud. De ahí que la norma de la naturaleza delimita lo

cometidos han sido confiados a su fidelidad”³⁷. Veamos, entonces, si el órgano decisor es fiel a todos estos loables propósitos y al voto de confianza depositado en defensa de la república dentro de un paradigma regido por resabios inquisitivos.

En concreto, si ceñimos la mirada al Código Procesal Penal de la Nación vigente nos topamos con un juez de instrucción que: a) conduce la investigación penal preparatoria³⁸, b) puede iniciar cualquier investigación de oficio, c) investigar, d) procesar al acusado, e) detenerlo preventivamente, etc.³⁹. Entre tanto, podemos comprobar que el fiscal cumple un rol secundario y de mero dictaminador, pues su actividad se reduce a controlar la intervención de los jueces, a través de recursos y dictámenes previos a las decisiones.

Simultáneamente, la hegemonía del juez de instrucción se amplía más debido a la potestad de ordenar, por sí y de oficio, la producción de pruebas no ofrecidas por las partes, pero consideradas útiles en orden a descubrir la verdad sobre los hechos investigados. De modo tal que inexorablemente se concreta una sospecha de parcialidad de parte del justiciable respecto a quien debía evaluar la eficacia persuasiva de esos elementos⁴⁰.

bueno de lo malo e impone la necesidad de escoger lo justo y el derecho. Ver Cicerón, M.T., *De las Leyes*. 16, 20-26, 30-34 y 53-56.

37 Ver Cicerón, M. T. (2001). *Sobre los Deberes*. Ob. cit., L. I, 35, 124.

38 Con excepción de que el juez de instrucción o leyes especiales la encomendaran en el fiscal.

39 Añadamos, también, que propiamente ya en la etapa intermedia, si el juez de instrucción no convalidaba el requerimiento de sobreseimiento del fiscal elevaba los autos a la Cámara de Apelaciones. En tal caso, si esta determinaba la sustanciación del juicio obligaba al MPF a formular la acusación, apartaba al fiscal interviniente, e instruía en tal sentido al fiscal designado (art. 342, párr. 2º del Código Levene). Este sistema de consulta que concedía la viabilidad de ingresar a juicio sin un pedido acusatorio se hallaba tan reñido con la autonomía funcional del Ministerio Público Fiscal y la garantía del juez imparcial, que la CSJN afirmó su inconstitucionalidad en Quiroga, Edgardo, CSJN-Fallos: 327:5863. Este principio luego sería reafirmado en Espíndola, CSJN-Fallos: 330:4875. Ver Carrió, A. D. (2015). *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires. Hammurabi, 91-95.

40 Cf. Cafferata Nores, J. I. (2000). *Proceso Penal y Derechos Humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre Derechos Humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Buenos Aires. Editores del Puerto, 140-141. No perdamos de vista que ya la CSJN había explicado en Llerena, Horacio L. (CSJN, 17-5-2005, LL, 2005-C-557), que la imparcialidad en cuanto valor debe ponderarse desde un prisma objetivo y otro subjetivo, ambos vinculados al temor de parcialidad del imputado. El primero se relaciona a actos objetivos del procedimiento efectuados por el juez con independencia de su personalidad, honorabilidad o labor particular, mientras que el segundo alude a actitudes o intereses específicos del juzgador con la forma de resolución del conflicto. Sencillamente, la CSJN planteó que se pueden generar dudas legítimas en el imputado sobre la parcialidad del juez, si en él convergen las funciones instructorias y decisorias.

Por cierto, se torna notoria la imposibilidad de garantizar una imparcialidad de hecho o aparente⁴¹, cuando el órgano juzgador posee un rol proactivo y oficioso en la recolección de probanzas, ya sea para investigar o sentenciar. Es que los términos imparcial⁴² e imparcialidad⁴³, definidos en la 22ª edición del *Diccionario de la Lengua Española* (DRAE), aluden a una neutralidad complementaria a la diseñada por el Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo⁴⁴, cuyo presupuesto consiste en la inexistencia de intereses, designios anticipados o ideas preconcebidas en los órganos decisores.

En clave con ello, Beccaria alertaba antaño que la manifestación de interés acusatorio en el juez lo transforma en adversario del acusado⁴⁵. Más aún, ya en el siglo XIII uno puede abreviar en las lecciones perennes de Santo Tomás de Aquino, quien ratificaba que “el juez no debe condenar sin que haya acusador [...]”⁴⁶ y “No es costumbre entre los romanos condenar a un hombre sin que el acusado tenga presentes a sus acusadores y sin darle ocasión de defensa, para justificarse de los delitos que se le imputan (*Hech.* 25, 16)”⁴⁷.

La egregia obra del Aquinate nos permite entrever, así, que el juez no puede sentenciar sin acusador, por cuanto la justicia se da respecto del otro y no de uno mismo. De ahí la significancia de vertebrar el proceso sobre la piedra miliar de la imparcialidad del juzgador, principio implícito a un juicio justo, también conjugado por el Doctor Angélico con una categórica confirmación de la idea rectora del *in dubio pro reo*⁴⁸.

41 Sabido es que a través de su accionar el juez no debe despertar dudas legítimas en el justiciable sobre su objetividad. De ahí que, además de ser imparcial, debe aparentar serlo, lo que implica despejar cualquier sospecha funcional de parcialidad.

42 Las acepciones suministradas por la Real Academia Española son las siguientes: “1. adj. Que juzga o procede con imparcialidad. Juez imparcial. U. t. c. s. 2. adj. Que incluye o denota imparcialidad. Historia imparcial. 3. adj. Que no se adhiere a ningún partido o no entra en ninguna parcialidad. U. t. c.”.

43 El significado suministrado por la Real Academia Española es el siguiente: “1. f. Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”.

44 Los casos deben atravesar dos tamices del Comité de Derechos Humanos y otros órganos regionales, con el propósito de evaluar la imparcialidad de los jueces. Uno es de carácter objetivo y se concentra en las garantías procesales ofrecidas por el juez, de modo que descarta cualquier duda legítima acerca de la parcialidad del proceso. En tanto que el restante tamiz es subjetivo y estudia la parcialidad personal del magistrado. Cf. Amnistía Internacional (1998). *Manual de Juicios Justos*. Cap. XXII. España. EDAI.

45 Cf. Beccaria, C. (2002). *De los delitos y las penas*. Caps. III y XVII. Buenos Aires. Losada.

46 Aquino, T. de (1998). *Suma Teológica*, II-II (a), C.67 a.3, t. III, ver en cambio al citar 1 Cor 5,2. Madrid. BAC.

47 *Ibidem*.

48 *Ibidem*, II-II (a), C.60 a.3 y 4.

Todavía más, incluso si nos remontamos un tramo en el tiempo, podremos comprobar a través de cuantiosos ejemplos retratados en la mitología helena que los griegos también oficiaron de centinelas de esa bien preciada imparcialidad. Ejemplifica esto el caso de Orestes, quien fue defendido por Apolo, acusado por una de las Erinias y juzgado por un tribunal imparcial (léase Aerópago). De igual forma, Zeus sometió la disputa de Ática entre el belicoso Poseidón y la dócil Atenea a un tercero imparcial; y apartó de la *litis* originada sobre la soberanía de Argólida entre Hera y la deidad del tridente a los dioses olímpicos, ya que el análogo de Neptuno denunció sus prejuicios contra él⁴⁹.

Lo descripto enseña que la convergencia de funciones persecutorias, investigativas y decisorias en un mismo sujeto ponen en crisis la imparcialidad de un juez –más bien emulador de la deidad mitológica de tres cabezas denominada Hécate (revestida de un rol trascendental en los trivios)–. Es que este vástago del *Code d'instruction criminelle* francés (1808)⁵⁰ se halla aherrojado en la encrucijada de pesquisar, resguardar garantías individuales y juzgar al imputado con ecuanimidad⁵¹. De esta manera, si reparamos en el dintorno de esta cuestión, percibiremos la esquizofrenia del juez de instrucción, manifestada, por un lado, en la exigencia de salvaguardar equidistancia como tercero imparcial; y por el otro, en la facultad de asumir una corresponsabilidad probatoria, que lo emparenta a una suerte de co-acusador.

Sin más, esa capacidad de juicio implícita en la noción de virtud, que exige por parte del juez cierto distanciamiento crítico con relación a la decisión por adoptar, se ve supinamente agostada. Esa capacidad de juicio de carácter pluridimensional, configurada con requisitos éticos (léase disposiciones y emociones) e intelectuales (v. gr.: percepción-conocimiento), resulta horadada⁵².

49 Cf. en extenso Graves, R. (1985). *Los mitos griegos*. Colección Biblioteca Personal Jorge Luis Borges. Buenos Aires. Hyspamérica Ediciones.

50 El *Code d'instruction criminelle* francés es síntesis de una simbiosis de elementos divergentes anidados en la ordenanza criminal del *ancien régime* de 1670 (de cariz inquisitivo) y la ley de enjuiciamiento de 1791 (de cuño acusatorio). De modo que en este instrumento se pueden rastrear los genes del proceso inquisitivo temperado, junto al ADN del fiscal imperante en la Justicia Argentina (Nacional-Federal) desde 1992. Es que esta recíproca implicación de modelos sería el prototipo emulado por Europa Continental en el transcurso del siglo XIX; y la inspiración de un sistema mixto receptado en el Código Levene (5-9-1992). Véase Maier, J. B. J. (2004). *Derecho Procesal Penal...* Ob. cit., 351-353.

51 Cf. Gamboa, A. - Romero Berdullas, C. M. (2014). *Proceso constitucional acusatorio*. Ob. cit., 185-203.

52 Rosler valora el énfasis republicano en lo que atañe a la capacidad de juicio multidimensional. Ver Rosler, A. (2016). *Razones públicas...* Ob. cit., 83.

Por lo demás, en un escenario penetrado por esta ineptia, el fiscal prosigue sus letanías en procura de alcanzar una redefinición conceptual nítida ante la amorfa complejidad alcanzada a través de los vaivenes históricos, que obedece, en gran medida, a un crecimiento retardado producido por el juez de instrucción y el molde procesal mixto. Pues cual si fuera un caso de *fetus in fetu*, la fisonomía del juez de instrucción absorbió las funciones de un apocado fiscal, que debe revertir un atrofiado desarrollo, adquirir plena autonomía y completar una distinción diáfana de su rol, en aras de ejercer su verdadera misión de acusador en clave constitucional.

Este panorama nos interpela a aprontar los medios en pos de que el fiscal adquiera un protagonismo ajustado a un proceso penal en donde se proyecten el principio republicano de gobierno y la división de poderes fraguados en nuestra Constitución Nacional.

Parte del carácter republicano se precisa efectivamente en la división del poder estatal (léase Ejecutivo, Legislativo, Judicial)⁵³ y se ensambla con un sistema de frenos y contrapesos mediante el cual se dota de un lastre a un poder, con el propósito de que pueda resistir a otro⁵⁴. Esta tríada divisoria del poder (PE, PL y PJ) se encausa a concretar un resguardo más óptimo de los derechos de las personas, ante los peligros que podría decantar una hegemonía de la potestad estatal en un único órgano⁵⁵; y por eso, tiende al amparo de la libertad de todos en un Estado de Derecho republicano, pues parte de una visión realista de la naturaleza social del hombre⁵⁶.

Así pues, este distingo de funciones y órganos que deben desarrollarlas apunta a mantener en un justo límite a un poder equilibrado por otros poderes-esferas de competencia. Tal como lo enseñaba Hauriou, esta es-

53 En sus lecciones, el Profesor Bidart Campos nos enseña que el poder estatal es uno, aunque se dividan sus funciones y los órganos encargados de cumplirlas. Por tanto, cuando el Derecho Constitucional alude a poderes en sentido plural, lo que pretende representar son los órganos constituyentes de ese poder, pero con sus delimitadas competencias. Ver Bidart Campos, G. J. (2005). *Compendio de Derecho Constitucional*. Cap. XXXI. Buenos Aires. Ediar.

54 Cf. “[...] Para formar un gobierno moderado es menester combinar las potestades, arreglarlas, atemperarlas, imprimirles movimiento; dar, por decirlo así, lastre a la una para ponerla en estado de resistir a la otra [...]”. Ver Montesquieu (1906). *El Espíritu de las Leyes*. L. V, cap. XIV. Madrid. Librería General de Victoriano Suárez. Puede verse también la explicación brindada por Ventura en Ventura, E. (1997). *Sobre hechos e ideas políticas*. Buenos Aires. Ediciones Ciudad Argentina, 213-232.

55 Ver Bidart Campos, G. J. (2005). *Compendio de Derecho Constitucional*. Ob. cit., caps. IV y XXXI. Por lo demás, vale añadir que no por azar los chinos, quienes vivieron bajo monarquías patriarcales, han definido la república con tres signos: “dulzura-discusión-gobierno”. De modo que la idea de la república, en los chinos, inexorablemente se relaciona con un gobierno de mano suave fundado en la discusión, tal como puede recogerse en las lecciones de Ortega y Gasset, J. (1950). *El Espectador*. Ob. cit., 530.

56 Cf. San Juan Pablo II. *Centesimus Annus*, n° 44.

cisión de poderes entraña una separación mayor entre los órganos, y de ahí se puede inferir una prevalencia de las competencias sobre la dominación⁵⁷. Simplificando, no se trata más que de la supremacía del derecho sobre la fuerza⁵⁸.

A la par, la inquietud republicana insufla el paradigma de no autocontrol⁵⁹, de tal forma que un poder no pueda controlarse a sí mismo en el ejercicio de sus potestades. De esta manera, este canon propende a un contralor más eficaz, únicamente factible si el equilibrio funcional y el freno son impulsados por otro poder del Estado⁶⁰.

A partir de estas dos garantías orgánicas (léase división de poderes e imposibilidad de autocontrol) puede justipreciarse que es el fiscal quien debe efectivizar todas las funciones propias de la acusación. De hecho, nuestra Constitución Política aporta otros indicios acerca de cómo debe diseñarse la actuación del fiscal, que se pueden hontanar en el juicio político del presidente, vicepresidente, jefe de gabinete de ministros e integrantes de la CSJN⁶¹; y el proceso de destitución de magistrados de la Nación⁶², donde se distinguen con nitidez las funciones persecutorias y acusatorias de las jurisdiccionales.

Tan sólo basta añadir que la plena operatividad de las garantías receptadas en la parte dogmática de la Constitución Nacional, dentro del proceso penal, dependerá en buena medida del desarrollo de una actuación fiscal ajustada a este bosquejo constitucional y sin interferencias del órgano decisor, pues la necesidad de salvaguardar la imparcialidad del juzgador (antes implícita en el art. 18, CN) hoy también se encuentra rubricada en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (arts. 14.1, PIDCyP; y 8.1, CADH)⁶³.

57 Ver Hauriou, M. (1925). *Teoría de la Institución*. Francia. *Cahiers de la Nouvelle fournée*. Seguido y citado en su estudio por Castaño. Cf. Castaño, S. R. (2012). *Lecturas críticas sobre el Poder Político*. México. Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 87.

58 Ídem.

59 Este paradigma que debe regir en una república es incluso retratado por Rosler cuando trata, por ej., la inquietud republicana por impedir que los magistrados se perpetúen en sus cargos. Ver Rosler, A. (2016). *Razones públicas...* Ob. cit., 199-200.

60 Ver Rusconi, M. (1991). "División de Poderes en el Proceso Penal". *La Ley*. T. 1991-D, 1130 y sigs.; de consuno a Gamboa, A. - Romero Berdullas, C. M. (2014). *Proceso constitucional acusatorio*. Ob. cit., 179-181.

61 La Cámara de Diputados formula la acusación y la Cámara de Senadores dicta sentencia (arts. 53 y 59 de la CN).

62 La acusación reposa en el Consejo de la Magistratura, mientras que el Jurado de Enjuiciamiento define la cuestión (cf. arts. 114, inc. 5 y 115 de la CN).

63 Por lo que conviene efectuar una interpretación sistemática de los artículos 1º, 33, 24, 53, 59, 60, 75, inc. 22; 115; 118 y 120 CN; 8.1 de la CADH; 10 DUDH; y 14.1 PIDCyP.

Por estas razones –ya no soterradas–, se advierte la importancia de propulsar la implementación de un Código Procesal Penal de la Nación de corte acusatorio-formal. Como puede apreciarse, este jalón debería ser un crisol de las máximas republicanas estudiadas, que proyecte en una novel normativa una actuación fiscal obliterada a no realizar ningún acto propiamente jurisdiccional, y una actividad de los jueces impedida de efectuar actos de investigación, o que impliquen el impulso de la persecución penal.

Sólo de esta manera el juez será juez y el fiscal se constituirá en fiscal. Sí, únicamente en tanto estos actores respeten sus deberes posicionales lograrán ser fieles a su identidad. En términos paulinos, podemos afirmar: “Cuando los gentiles, que no tienen Ley, hacen de la razón natural las cosas de la Ley, ellos, sin tener Ley, son Ley para sí mismos, pues muestran que la obra de la Ley está escrita en sus corazones, por cuanto les da testimonio su conciencia y sus razonamientos, acusándolos o excusándolos recíprocamente” (*Rom. 2.14-15*)⁶⁴. En otras palabras, la identidad del juez o el fiscal se expresa en el principio que se vuelve en faro de sus acciones.

Definitivamente, riñe contra la identidad del juez la realización de actos investigativos o que impliquen el impulso de la persecución penal, suplir la actividad de las partes e incorporar de oficio prueba y/o disponer oficiosamente medidas de coerción/cautelares. En cambio, reafirma su identidad un ejercicio de funciones de control de garantías, juicio, revisión y ejecución signado por la imparcialidad objetiva del juzgador.

En simultáneo, si se entroniza en el fiscal la promoción de la acción penal pública, el quehacer investigativo, la carga probatoria y el deber de probar en juicio los hechos fundantes de su actuación, finalmente adquirirá esa madurez tan disputada en el transcurso de sus zozobras históricas, logrará renacer de sus cenizas y se convertirá en ese acusador que siempre intentó infructuosamente ser.

Asumiendo el valor de estos juicios, podemos decir que la identidad práctica del juez y el fiscal les compele a cumplimentar ciertas obligaciones incondicionales, por cuanto hacen a su integridad. De lo contrario, su identidad les imposibilitaría ser quienes son⁶⁵. *Per se*, nos referimos a la misma relación entre virtud e identidad práctica que imperó a Régulo a comportarse como un ciudadano romano y languidecer por sus deberes, pues éstos eran constitutivos de su *ethos*⁶⁶.

64 La transcripción procede de *La Santa Biblia* traducida por Mons. Dr. Juan Straubinger (2009), provincia de Buenos Aires. UCA de la Plata.

65 Aquí se siguen de cerca las lecciones de Rosler, A. (2016). *Razones públicas...* Ob. cit., 104-107, en donde se estudia el pensamiento de Korsgaard, C. (1996). *The sources of normativity*. Cambridge. Cambridge University Press.

66 Precisamente, aludimos a esa razón moral que lo impulsó a Régulo a fenecer por

Claro está, con lo hasta aquí vertido, que la ingeniería del procesal mixto y la figura del juez de instrucción deben desterrarse junto a cualquier halo de cesarismo. Esa sinécdoque antirrepublicana y heteróclita de confundir al juez con el proceso, decididamente, se encuentra provecta. Por lo tanto, si aspiramos no ajar más la identidad de la república, cuya etiología reposa en la Constitución Nacional, debemos sellar un compromiso para simplemente dar al fiscal lo que es del fiscal y al juez lo que es del juez. Sencillamente, no se trata más que de “dar a cada uno lo suyo”⁶⁷.

2.b. ¿Principio de oportunidad o analogado de cesarismo?

Sentada la trama argumental que impone la institución de un proceso acusatorio, es oportuno acercar nuestra lente a un principio de oportunidad receptado en Códigos Procesales de diversas provincias, junto al Código Procesal Penal de la Nación aprobado por Ley 27.063 y aún no implementado. Lo cierto es que hoy en cualquier proyecto de reforma integral (como el propuesto mediante el “Plan Justicia 2020”) reverbera el debate sobre el principio de oportunidad, mediante el cual se unge al fiscal con la potestad de disponer o no de la acción penal en una etapa inicial, suspenderla, e incluso hacerla cesar ante la comisión de delitos de acción pública.

En línea con el precepto *in utramque partem*, pasaremos a repasar algunas razones atendibles que podrían verterse a favor de su instrumentación⁶⁸ y serían las siguientes:

su patria y la virtud, antes que a mudar su identidad. Recordemos que Régulo (jefe de las legiones romanas en la primera guerra púnica) fue capturado como prisionero por los cartagineses. Luego de su cautiverio, los cartagineses lo enviaron a Roma con el objetivo de gestionar su trueque con otros líderes cartagineses que se hallaban apresados. Si no lograba este cometido debía retornar y fenecer torturado, compromiso que fue juramentado. La cuestión es que Régulo ofreció este intercambio al senado romano. Empero aconsejó no aceptarlo, pues él ya había alcanzado una edad avanzada y resultaban más valiosos los jefes cartagineses aherrojados, por cuanto eran lozanos y buenos jefes. Finalmente, el Senado muestra su aquiescencia con la opinión de Régulo, nuncio que cumple su palabra y se entrega a los enemigos para morir. Ver Cicerón, M. T. (2001). *Sobre los Deberes*. Ob. cit., L. III, tratado especial, 97-115.

67 Aristóteles (2001). *Ética a Nicómaco*. Ob. cit., 41-61.

68 No se tratará vastamente todo lo relacionado al principio de oportunidad, pues ya fue tratado *in extenso* desde la perspectiva del realismo clásico en “#Proceso Acusatorio: ¿Hashtag Constitucional?” y Romero Berdullas, C. M. (2016). “Derecho penal líquido: derrame de la expresión constitucional”. De modo que todo lo relacionado a la disputa sobre si es materia procesal o sustantiva es excluido intencionalmente. Aquí sólo se procura analizar algunas cuestiones tangencialmente ligadas al concepto de república.

- a) La viabilidad de dispensar la persecución penal frente a hechos de escasa significancia o socialmente inocuos conduce a una mejor racionalización de la repuesta punitiva en términos de eficiencia, pues se descomprimiría un colapsado sistema de administración del servicio de justicia, además de maximizarse los recursos estatales en pos de una persecución eficaz de delitos de mayor gravedad, sumamente más dañinos y costosos para la sociedad.
- b) La imposibilidad del aparato judicial para procesar todos los casos penales con eficacia conduce a una aplicación de la oportunidad solapada y librada de control alguno. Esta endémica disfunción reproduciría criterios de selección anárquicos e implementados informalmente por ignotos operadores judiciales carentes de responsabilidad visible, que dispensarían de esta manera un tratamiento poco ecuánime de la ley penal, además de propiciar una sectorización social en la criminalización o desincriminación de conductas. Un segmento de la doctrina relacionaría a esta patología a una ingeniería discriminatoria y nada *naïve*, pues se hallaría destinada a controlar sectores más vulnerables y subordinados del entretejido comunitario. En suma, el *partenaire* ideal de esta dinámica emparentada a una herramienta de diseño del ejercicio de poder sería el principio de legalidad, que posibilitaría así la planificación de una política criminal subrepticia tendente a fracturar el discurso normativo de la realidad. Por lo que el entuerto generado por esta selectividad natural podría reemplazarse por otra metodología de selección más racional e igualitaria, apoyada en directrices objetivas, transparentes y legales.
- c) No se conculca la legalidad e igualdad en modo alguno mediante la implementación del principio de oportunidad. El sustento de esta afirmación radica en que se conciben los principios de legalidad e igualdad como garantías de los ciudadanos, destinadas a librarlos del poder punitivo. De ahí que al constituir garantías del imputado deberían interpretarse en forma positiva y no hacerse valer en su contra, pues en su calidad de limitantes del *ius puniendi* fueron ideadas en resguardo ante la potencial arbitrariedad de un Estado facultado para ejercer la manifestación más violenta de poder sobre los individuos (léase penas privativas de la libertad).

Descriptos los argumentos pro oportunidad, veamos ahora desde una perspectiva republicana clásica algunos aspectos críticos de orden genérico por resolver, que se enunciarían de esta manera:

- a) En el llamado principio de legalidad procesal subyace una palmaria legitimidad democrática y republicana ingénita a cualquier sistema representativo, por cuanto en la actuación político-criminal del legislador reposa la indelegabilidad de la facultad legislativa de determinar la ley penal en un esquema imbuido por la división de poderes y no autocontrol, premisas pergeñadas como instrumentos racionalizadores del *ius puniendi*⁶⁹. Por consiguiente, el Congreso Nacional es el facultado constitucionalmente en aras de definir los intereses por proteger mediante la amenaza penal y la medida de esta manifestación, ya que compete al legislador nacional ejercer esta potestad/deber. Así pues, si el fiscal ponderara la conveniencia, oportunidad o alcance de la protección en cuestión se extralimitaría. En efecto, al no asirse a la ley y escoger a su arbitrio qué infracciones merecen tutela, la discrecionalidad se vuelve en una arbitrariedad exenta de control⁷⁰. De tal modo que se estaría poniendo en jaque la ley democráticamente sancionada a partir de un debate, o sea, se pondría en crisis la autoridad en una república y entronizaría al fiscal en legislador.
- b) Por otra parte, si frente a la comisión de un delito comprendido en una misma norma, la persecución penal depende del antojo o criterio del fiscal, evidentemente se evanece cualquier viso de igualdad ante la ley (art. 16, CN). De hecho, la orfandad de interferencia o disposición de la acción penal dependería del voluntarismo de cada fiscal, mas no de un reconocimiento público e institucional válido.
- c) Ínsita a la crítica dirigida por lo promotores de la oportunidad a una selectividad velada de la ley penal, emerge implícito el deber de practicar la justicia en todos los casos.
- d) Minimizar el principio de legalidad a una garantía positiva del imputado, inutilizable en su contra y orientada solo a librarlo del poder punitivo sería incurrir en un reduccionismo, dado que no repararíamos en su significancia para garantizar el derecho constitucional de toda la comunidad política a la seguridad-legalidad y a afianzar la justicia. Es significativo retener esto, pues el Estado posee deberes restrictivos de su actuación en lo concerniente a las garantías individuales, pero coetáneamente debe cumplir con deberes de protección respecto a derechos de las víctimas y toda la comunidad política, en torno a la cristalización de una justicia hermanada con el bien común político⁷¹.

69 Ver Romero Berdullas, C. M. (2016). “Derecho penal líquido: derrame de la expresión constitucional”. Ob. cit., 171-172.

70 Ver Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón*. Madrid. Trotta, 567-570.

71 Romero Berdullas, C. M. (2016). “Derecho penal líquido: derrame de la expresión constitucional”. Ob. cit., 159.

- e) Excusar por su ineficiencia al Estado de perseguir todos los delitos, por intermedio de una arbitraria selectividad, visibiliza un incumplimiento estatal del derecho-deber de aplicar todos los medios adecuados en orden a materializar la justicia penal y el respeto a la ley, que en la lógica republicana es la autoridad instauradora precisamente de interferencias razonables en procura de garantizar las libertades de todos los ciudadanos. No obviemos que, desde la óptica republicana, la libertad y la ley son el anverso y reverso de una misma moneda⁷².
- f) Las respuestas a la ineficacia deberían centrarse más bien en rediseños organizativos aptos para elevar la calidad del servicio prestado a la comunidad⁷³, mas no en discursos contraventores de la autoridad, normatividad y el *ius puniendi*, todos elementos constitutivos del bien común político. Es que el valor de afianzar la justicia, la justa retribución e instrumentación de acciones honestas son un presupuesto de esa eficacia que se procura conquistar. Digamos que existe una relación de identidad entre el *bonum utile* y el *bonum honestum*⁷⁴. En consecuencia, la aplicación del principio de oportunidad se transformaría en una manifestación más de una adiaforización caracterizada por Bauman como aquellas estratagemas diseñadas con el objeto de eximir (por defecto o intencionadamente) a ciertos actos u omisiones de todo juicio ético, con el objeto de subsumirlos dentro de la categoría de moralmente neutros o indiferentes. Con lo que, en realidad, nos hallaríamos ante una reminiscencia del adagio “el fin justifica los medios”, que desvencijaría todo resorte moral frente a la comisión de actos inmorales, en pos de una eficiencia o racionalidad instrumental, ya descripta por Hannah Arendt como diluyente de la responsabilidad⁷⁵.

72 Ver Rosler, A. (2016). *Razones públicas...* Ob. cit., 163.

73 Ver *in extenso* la reforma llevada a término y descripta en Ministerio Público Fiscal de la CABA (2013). *Nuevo Diseño, fiscalías de la ciudad*. Garavano, G. C. (Fiscal Gral.); Gamboa, A. (dirección); Romero Berdullas, C. M. (redacción); Peix, H. (redacción).

74 Esto incluso se deduce de Cicerón, quien denuncia la perversión del hombre cuando escinde la utilidad de la moralidad. Ver Cicerón, M. T. (2001). *Sobre los Deberes*. Ob. cit., L. III, tratado especial, 97-115. Por su parte, Rosler añade que la moralidad es racional dado que constituye “el cemento de la sociedad”. (Ver Rosler, A. *Razones públicas...* Ob. cit., 163). Tal es así, que si los hombres no cumplieran con su palabra resultaría inviable la vida social (ídem).

75 Ver Bauman, Z. - Lyon, D. (2013). *Vigilancia líquida*. Buenos Aires. Paidós, 16, 96 y 102. Cf. también Bauman, Z. - Donskis, L. (2015). *Ceguera moral. La pérdida de sensibilidad en la modernidad líquida*. Buenos Aires. Paidós, 57-58.

Concretada la máxima *in utramque partem, audi alteram partem*, se avizoran los riesgos de delimitar vagamente las condiciones de aplicabilidad del principio de oportunidad (a través de una difusa insignificancia procesal, la intervención de menor relevancia, u otros supuestos), por cuanto se abre el grifo para que los fiscales sin control alguno decidan arbitraria y sibilinamente si impulsan o no la acción penal.

Así, el principio de oportunidad se constituiría en un analogado del cesarismo, dado que al consagrar al custodio de la legalidad (léase el fiscal) con el *summum* de un poder de decisión arbitrario sobre si interviene o no ante la comisión de un delito, propicia un personalismo exacerbado tendente a vaciar de certidumbre ese ligamen perdurable entre la infracción de la ley penal y su consecuente sanción. Por tanto, la ley penal ingresaría en una fase líquida, donde la solidez de los bienes jurídicos y la reafirmación de su validez inexorablemente se disolverían.

Esto alerta acerca de los peligros de un principio de oportunidad reglado deficientemente, que diluiría la ley penal, al punto de insuflarla con los caracteres de precariedad, liviandad y revocabilidad, todos calificativos utilizados por Bauman⁷⁶ al cartografiar la liquidez latente en la sociedad actual⁷⁷.

¿Qué aspiramos afirmar con esto? Simplemente, que el encumbramiento de una oportunidad oscurantista conduce a la banalización de la justicia, el imperio de la arbitrariedad y una selectividad huera de contrapesos republicanos. No es arduo deducir, entonces, que sin resortes aptos los vasos capilares y derechos contenidos en la Constitución Nacional resultarán afectados por este analogado del cesarismo. Si el proceso penal no contempla mecanismos de coagulación eficaz frente a una liquidez caótica de la ley penal, se constituye un principio de oportunidad encaminado a desangrar la expresión constitucional, lo que Shakespeare retrataría poéticamente como un juguete de la fortuna⁷⁸.

76 Ver Bauman, Z. (2013). *Vida líquida*. Buenos Aires. Paidós, 9-25.

77 Romero Berdullas, C. M. (2015). “#Proceso Acusatorio: ¿Hashtag Constitucional?”. Ob. cit., 94.

78 William Shakespeare hace referencia en toda su obra a la fortuna. Tal es así, que por ejemplo en el *Rey Lear* la nomina al menos 25 veces (casos paradigmáticos en II.II y IV.6); en *Hamlet* 13 (ver un buen exponente de la cuestión en III.10), y en *Romeo y Julieta* en 27 ocasiones (cf. un ejemplo de ello en III.1). Ver Shakespeare, W. (1996). *El Rey Lear*. Buenos Aires. CS ediciones. También véase Shakespeare, W. (2005). *Romeo y Julieta – Julio César*. Ob. cit. Cf. además Shakespeare, W. (1997). *Hamlet –en sus tres versiones–*. Buenos Aires. Losada. En Shakespeare, la fortuna es la deidad del hombre inseguro y la rueda que gira la simboliza, pues un día se encuentra hacia arriba y otro, en cambio, hacia abajo. Es sumamente precaria. Ver sobre el tema de la fortuna el estudio efectuado por Schajowicz, L. (1990). *El mundo trágico de los griegos y de Shakespeare –consideraciones sobre lo sagrado–*. Puerto Rico. Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 297.

3. Resignificación de algunos conceptos

Ya estudiados el principio miliar de un proceso penal de signo republicano y algunas proyecciones de cesarismo o personalismo, ahora nos hallamos en condiciones de escrutar qué otras características debería presentar un proceso, con el propósito de remedar el sentido republicano consagrado en nuestra Constitución Política.

En distintas circunstancias ya hemos pasado la criba por algunos principios idóneos para potenciar al máximo un proceso acusatorio⁷⁹. En esta ocasión, sólo nos ceñiremos a destacar algunos puntos de contacto con nociones de prosapia republicana y parte de estos cánones. Puntualmente, analizaremos en este prisma el principio de contradicción, el de oralidad y la importancia de una retórica emparentada con la noción de *poliacroasis*.

3.a. Contradicción

Iniciemos este recorrido con el principio de contradicción, tan emparentado con la máxima *audi alteram partem* macerada en el debate republicano, que exhorta a escuchar a la otra parte y rinde tributo a una oposición concebida como antídoto a una quietud hermanada con el despotismo.

Esta laudada directriz es un postulado esencial no sólo de cualquier sistema acusatorio o de partes, sino también de todo proceso que propugne constituirse en una fidedigna representación de la república. Evidentemente, al efectivizarse una interacción equilibrada entre las partes acerca de las diferentes variables a mensurar por el juez, se equiparan sus fuerzas, se evita soliviantar el derecho de defensa⁸⁰ y, además, se enriquece el acervo cognoscitivo del órgano decisor, quien a partir de la fecunda retroalimentación entre el binomio acción-contradicción contará con más elementos en miras a decidir adecuadamente los casos.

Reparemos que el paradigma acusatorio se encuentra atravesado por una contienda de partes. Sí, una contraposición entre acciones estratégicas

79 Ver Gamboa, A. - Romero Berdullas, C. M. (2014). *Proceso constitucional acusatorio*. Ob. cit., III parte; y Romero Berdullas, C. M. (2015). “#Proceso Acusatorio: ¿Hashtag Constitucional?”. Ob. cit.

80 Podemos evocar ya en la “Apología de Sócrates” el valor del principio de contradicción. Pues al retratar la tipología de numerosos acusadores que lo calumniaban hace ya un largo período, el maestro de la ironía explicita limitaciones evidentes a su derecho de defensa. Tal es así, que denuncia la imposibilidad de saber la identidad de estos acusadores, citarlos, y por consiguiente de refutarlos *vis a vis*. Por lo que esta desventaja le acarrea a librar lides contra espectros y a responder a todo, pero claro, sin poder formular pregunta alguna. Ver Plátón (2001). “Apología de Sócrates”. Ob. cit.

cas de ataque y defensa comprensivas de múltiples elementos discursivos, factores jurídicos, actos probatorios y alegaciones. En sentido estricto, es un proceso signado por intereses contradictorios de partes enfrentadas, que entablan una disputa frente a un juzgador o tercero imparcial. Por lo que no resulta dificultoso trazar paralelos entre esta lid comunicativa con el carácter agonal de un republicanismo clásico, tendente naturalmente a una competencia por las virtudes, en definitiva beneficiosa tanto para los ciudadanos, como para la república *in toto*.

3.b. Oralidad

Otro principio no menor es el de oralidad, que proyectado desde el natalicio de la investigación penal preparatoria hasta inclusive la audiencia de juicio es un medio apto para robustecer el arquetipo acusatorio, el derecho a un juicio justo y los elementos republicanos.

Correctamente conjugada con la escritura, la oralidad en todas las etapas propende a:

- a) Garantizar la intermediación⁸¹.
- b) Enriquecer la competencia comunicativa mediante recursos paralingüísticos, gestos corporales, etc.
- c) Brindar mejor calidad de información al decisor.
- d) Superar la lógica del expediente.
- e) Remover resabios que condicionaban la audiencia de juicio a mero procedimiento de acreditación probatoria.
- f) Impedir la delegación impropia de funciones.
- g) Dotar de mayor celeridad a los procesos.
- h) Sortear la dispersión temporal entre la recepción de pruebas, alegatos y conclusiones.
- i) Prohijar un cabal cumplimiento del principio de identidad física del juzgador⁸².
- j) Preservar la publicidad.

81 La cualidad de inmediato se realizará en tanto se genere un contacto directo con el juez (intermediación subjetiva), quien además debe recibir las pruebas *vis a vis* (intermediación objetiva). Este conocimiento instantáneo obsta a determinadas prácticas tribunalicias, tales como, por ej., una inapropiada delegación en funcionarios u otros tamices (ej.: declaraciones de testigos en actas) divorciados de una representación inmediata de la realidad.

82 O sea, que sea el mismo juez quien presencie la acreditación de la prueba presentada, escuche lo alegado por las partes y suministre un veredicto respecto a lo debatido.

El cromatismo descripto impone por su propio peso la instauración de un sistema de audiencias preliminares que propicie el genuino debate a partir de una dinámica controversial entre dos clases de actores (requiriente *vs.* afectado por solicitud). Si bien en esta clase de audiencias no se discute la responsabilidad del imputado –únicamente debatida en la audiencia de juicio–, y se sujetan a consideración del juez de control de garantías determinadas medidas probatorias, junto a solicitudes vinculadas a medidas cautelares, anomalías procesales, conclusiones anticipadas del proceso y la admisibilidad de pruebas en el juicio; ciertamente se abre camino a una discusión más plena en todas las instancias, que no tendría cabida en un proceso regido por una escritura llevada al paroxismo. De esta manera, el juez podrá contar con información de mejor calidad, que producida *vis a vis* en un marco de competencia comunicativa le dará más oportunidades para alcanzar una verdad procesal acorde a la *veritas* real.

3.c. El valor de la retórica y la poliacroasis⁸³

En este escenario signado por el contradictorio y la oralidad necesariamente debe reivindicarse la trascendencia de la retórica, virtud intelectual imprescindible en el ejercicio de la ciudadanía, ya sea en la palestra de la asamblea pública o de los tribunales⁸⁴. Este ingrediente de estirpe republicana es el que exige a los litigantes *ratio* en pos de conocer la verdad y *oratio* en orden a persuadir⁸⁵ al juez, o llegado el caso, al jurado.

Sumariamente, podemos afirmar que a partir de los principios racionales del intelecto humano, la retórica, la psicología, la experiencia, el derecho, el cuadro fáctico y las pruebas, las partes procurarán abrazar una consistencia argumentativa-demostrativa capaz de persuadir al juez y/o jurado acerca de la culpabilidad o inocencia del acusado. Dicho lo mismo pero desde otro giro, lo que se intentará es darle la medida de las cosas para juzgar al órgano decisor.

83 Estas dos temáticas son vastamente tratadas en Gamboa, A. - Romero Berdullas, C. M. (2104). *Proceso constitucional acusatorio*. Ob. cit.; y Gamboa, A. - Romero Berdullas, C. M. (2015). *Planteos actuales de la Política Criminal*. Ob. cit.

84 Un ejemplo de la relevancia de la retórica en el foro romano puede encontrarse en las Verrinas, en donde Cicerón fue movido a actuar como acusador ante un corrupto Verres, quien se hallaba apuntalado por personajes de ilustre abolengo (v. gr.: Metelos, Escipiones, etc.) y prohijado por un Hortencio de renombre, cuya elocuencia le valió el mote de campeón en el arte de perorar en el senado o ejercer el rol de *patronus* (abogado) de los acusados. Ver Cicerón, M. T. (2009). *Discursos I. Verrinas*. Madrid. Gredos.

85 Ver Rosler, A. (2016). *Razones públicas...* Ob. cit., 78-79.

Si comprendemos a la retórica como el arte o la facultad de “teorizar lo que es adecuado en cada caso para convencer”⁸⁶, advertiremos con facilidad su valor en el decurso de las audiencias preliminares o en las diversas fases de la audiencia de juicio⁸⁷. Es que la retórica constituye la herramienta más pertinente para componer la expresión más adecuada en cada uno de los estadios y persuadir a los interlocutores dentro de un escenario irradiado por la competencia comunicativa. De ahí la importancia del arte retórico en este género judicial penetrado por la oralidad y el debate, ya que enseña cuál es la forma expresiva ajustada a cada oportunidad procesal⁸⁸.

Estas brevísimas reflexiones sobre la retórica, que es el instrumento más idóneo para hacer manifiesto aquello por comunicar, son fundamentales, pues este arte aporta la bien ponderada claridad (v. gr.: *saphés léxis*), primaria virtud de la expresión mediante la cual puede alcanzarse la perfecta comprensión de lo comunicado. De modo que la retórica se halla íntimamente imbricada a dos dogmas del republicanismo clásico, es decir, la claridad conceptual y la transparencia de las razones.

A su vez, esto se implica recíprocamente con la idea de *poliacroasis*, que exige la adecuación de los géneros oratorios a la clasificación de los oyentes (v. gr.: *akroatés*), pues las características y funciones específicas del auditorio son elementos definitorios de cada discurso. Por tanto, los oradores (cualquiera de los actores) deben ajustar los medios de expresión a cada posible receptor (el juez, jurado e incluso el público que presencie la audiencia de juicio) y el tipo de contexto comunicativo en el cual se mueven.

86 Aristóteles (2007). *Retórica*. Madrid. Gredos, 36.

87 Incluso en el alegato de apertura comienza la retórica, aunque no se efectivicen todas sus operaciones. Si bien suele afirmarse que el alegato inicial no es un estadio propicio para el arte retórico, si entendemos a la retórica como la utilización del lenguaje en pos de alcanzar una mayor eficacia comunicativa, comprobaremos el desacierto de esta negación. En efecto, quienes rechazan el valor de la retórica en esta instancia desconocen su objeto y significado al vaciar su auténtico contenido. Es que ligar exclusivamente el arte retórico a la disertación declamativa o a la utilización sobreabundante de palabras es propio de una visión no sólo reduccionista, sino también del todo errada.

De hecho, al ser la expresión correspondiente al género judicial más exacta, restringirse a lo apropiado del caso y desinteresarse de lo que le es ajeno (ver Aristóteles. *Retórica*. Ob. cit., 374-375), la retórica misma es la que demarca en este primer estadio del juicio oral no argumentar. Es este saber el que determina el justo medio de la exposición inicial y precisa cuál es la expresión más clara y adecuada en este preludio del debate oral. Puede percibirse, entonces, la significancia de reivindicar la dimensión retórica incluso en este primer peldaño, en donde nos posicionamos estratégicamente dentro del escenario controversial en aras de generar un vínculo estrecho de confianza con el juzgador.

88 Cada género se adecúa a una expresión disímil, pues no es lo mismo la manifestación en la prosa escrita que la de los debates, ni la oratoria política se asimila a la judicial (cf. Aristóteles. *Retórica*. Ob. cit., 371-373).

Este aspecto es medular, ya que se relaciona al derecho del ciudadano a saber cómo se administra la justicia y la viabilidad de ejercitar una auténtica fiscalización de la *res* pública, sólo practicable en tanto se puedan comprender las posiciones de las partes, lo acontecido en el debate, la información introducida junto a las pruebas, de consuno a la razonabilidad de las sentencias.

Stricto sensu, afirmamos que la medida de la eficacia de las intervenciones de cada actor procesal, en los distintos estadios del proceso, debe evaluarse también en base al grado de persuasión y comprensión alcanzados por un auditorio integrado por distintas clases de destinatarios (oyentes primarios/secundarios).

De lo contrario, si se prosigue aplicando un lenguaje letrado, indescifrable y críptico se instituirá una publicidad aparente (tanto o más gravosa que el carácter reservado de las actuaciones), y por demás abstrusa para el todo social, ya que no podría inteligir con claridad los razonamientos desarrollados. Lo que indefectiblemente se traducirá en un escrutinio público menos riguroso acerca de lo debatido, que mancillará las posibilidades de un control ciudadano más eficaz sobre los procesos y los fundamentos de las sentencias.

En rigor de verdad, si aspiramos revertir esta paradoja ceñida en torno a una publicidad simbólica, debemos inculturar en los operadores jurídicos la significancia de adecuar el estándar comunicativo de sus actos y expresiones al público lego, ya que el sustrato republicano de un juicio se dará en parte, si y sólo si se reafirma la capacidad de juicio de los ciudadanos. Platicamos sobre una capacidad de juzgar las cosas que se ve mermada cuando ya ni el imputado comprende en una audiencia qué se debate, argumenta o decide respecto a su libertad; o las sentencias se truecan en piezas ininteligibles y más ajustadas a un ámbito académico (como puede ser el presente).

Nos referimos a una asignatura pendiente y una oportunidad de medrar. Sí, una gran chance de recobrar la sencillez y claridad expositiva, virtudes retóricas por demás adecuadas para alcanzar una comunicación no sólo eficaz, sino también más transparente. Se infiere de lo explicitado que el derecho a un juicio público, dentro de una concepción republicana, se volverá operativo junto a las demás garantías y mecanismos exógenos de contralor comunitario, en tanto en ese proceso delimitador de la aplicación o no del *ius puniendi* se ajusten los actos comunicativos de todos los intervinientes a la medida del público en general. De esta manera, la nitidez del lenguaje se convertirá en una garantía contra la arbitrariedad, una valla más contra cualquier potencial abuso de poder o corrupción de éste, y un instrumento óptimo para incrementar la fe de la comunidad política en el sistema de justicia.

Como corolario, vale destacar que el concepto de *poliacroasis* y la actividad retórica requieren del desarrollo de la capacidad de juicio de una ciudadanía, que debe ser educada en esa virtud tan encomiada por el clarividente Catón⁸⁹, medicina eficaz contra la manipulación y la demagogia. En efecto, el republicanismo clásico precisa que los ciudadanos tengan suficiente capacidad de juicio para sopesar *in utramque partem* los argumentos de las dos partes y decidir cuál es el más convincente. Lo que en definitiva requiere de una prudente⁹⁰ educación⁹¹ en las virtudes, la competencia agonal entre los ciudadanos por llevar una vida virtuosa y un amor a la patria vivido épicamente⁹².

4. Conclusiones

Hemos tratado de esbozar algunos aspectos no menores sobre el proceso penal, íntimamente relacionados al sistema republicano consagrado en nuestra Constitución Política, que deberían debatirse dentro de un contexto de diálogo regido por una interpretación unitaria de un maremágnum de

89 Tal es así, que Catón ponderaba que uno vive correctamente en la vejez mientras pueda cumplir con la responsabilidad del deber y observarlo. Ver Cicerón, M. T. (2006). “Catón el mayor o sobre la vejez”. *Tratados filosóficos I*. Buenos Aires. Losada, 229.

90 La prudencia es la madre de las virtudes y forma fundamental del resto de las virtudes cardinales. Pues como bien enseñaba Pieper, sólo el prudente puede ser justo, fuerte y templado. Ver Pieper, J. (2008). *Tratado sobre las virtudes. Virtudes Cardinales*. Buenos Aires. Librería Córdoba, 37.

91 “En lo que aquí importa, basta agregar en este sentido el valor intrínseco de la educación en la formación completa del hombre para la vida social. Efectivamente, la educación debe hacer a un entendimiento más diáfano del significado de un Estado de Derecho; estimular una participación ciudadana más activa en la vida política –mediante una intensa vida cívica–; y sentar las bases para la construcción de una cultura signada por la lógica del diálogo. Sí, una cultura del encuentro genuinamente superadora de una conflictividad originada en una incultura diseminadora de una sórdida violencia, que radicaliza las posiciones y vuelve lábiles los lazos comunitarios, a través de la polarización de sus integrantes” [Romero Berdullas, C. M. (2015). “Hacia una Política Criminal Integradora”. AA. VV. *Prudentia Iuris*, n° 80 –35° aniversario–. Buenos Aires. Educa, 179-196].

Más concretamente, el diálogo latente es un nuncio de una forma superior de convivencia, pues concibe el debate de aquellas razones que sustentan nuestras ideas y creencias. Merced suya es el encuentro de la avenencia, que en el diálogo halla la manifestación del habla más adecuada para potenciar la eficacia del lenguaje, redescubrir al “otro” y acercarnos a un “nosotros” comprensivo de “todos”. En efecto, este convivir de una cultura civilizada es el contrapunto de una curiosa barbarie, que apelando a la fuerza busca insuflar los pareceres propios dondequiera y en la radicalización encuentra el fundamentalismo para llevar a término sangrientas persecuciones, como los son, por ejemplo, las practicadas contra los cristianos en diversos territorios del globo terráqueo (ibídem, 196).

92 Véase la exhortación del Africano *Mayor* al *Minor* (léase Emiliano) en Cicerón, M. T. (2006). “El sueño de Escipión”. *Tratados filosóficos I*. Buenos Aires. Losada, 253.

reformas contenidas –al menos en potencia– en ese crisol hoy denominado “Plan de Justicia 2020”.

No se ha procurado aprontar un estudio acabado de la cuestión. De intentar hacerlo, probablemente la extensión de este artículo hubiese sido jalonada por fuera de sus confines y hubiésemos quebrantado las normas de publicación prescriptas por la Revista, so riesgo de enseñar nuestra aquiescencia hacia una hiperbólica anomia reñida justamente con el respeto a la ley, un elemento tan propio del republicanismo clásico.

Sin embargo, con libertad filosófica –presupuesto del *bonum commune*⁹³– se ha intentado escalar hacia la cumbre de una atalaya capaz de ofrecer a los amigos del buen mirar una perspectiva nueva sobre los tornasoles de dos analogados del cesarismo en el proceso penal: el refractario juez de instrucción y un fiscal empoderado por el principio de oportunidad.

Ambas figuras son manifestaciones de un personalismo irreconciliable con la identidad republicana, la división de poderes y los contrapesos republicanos. Constituyen dos expresiones disímiles, pero semejantes de una sinédoque antirrepublicana, que convierte en amos del proceso al caduco juez de instrucción y al fiscal propugnado por los movimientos reformistas. Sí, ambos se transforman en señores de la ley y las libertades, las cuales se tornan en arcilla moldeable del arbitrio, capricho o mera voluntad de esas proyecciones de un cesarismo, desde siempre enfrentado a la república. Tal es así, que esa confusión de las partes con el todo vuelve al juez de instrucción en acusador, y al fiscal encumbrado por la oportunidad en legislador.

Paralelamente, sin remilgos, pero con el afán de no perdernos en visiones corticales, hemos procurado compartir razones de entidad en pos de instaurar un proceso acusatorio signado por la contradicción, la oralidad y una *poliacroasis* resignificada por una retórica, en donde la capacidad de juicio de una virtuosa ciudadanía cobra especial dimensión, en tanto constituye un antídoto eficaz ante los impostores de la manipulación y la demagogia.

Con este propósito, al pivotear sobre estos aspectos procesales hemos trazado puntos de contacto con elementos intrínsecos a una matriz genuinamente republicana (léase la libertad, la virtud, el debate, la ley y la patria), además de subrayar un ingrediente que, como sentenciaría el cuervo de Poe,

93 Sin el acontecer académico es improbable que en una instancia ulterior el hombre práctico logre ordenar virtuosamente su actuación a la realidad de manera fecunda. Es que, necesariamente, el desinteresado hundimiento del ser y el acto puramente teórico sobre la realidad objetiva deben darse *ex ante* si se busca conseguir efectos útiles. Cf. Pieper, J. (2003). “Lo académico, el funcionario y sofista”. *El ocio y la vida intelectual*. Madrid. Rialp. Ver también Pieper, J. (1984). “La libertad de la *Theoria* filosófica y sus contrarios”. *Antología*. Barcelona. Herder, 136-137.

“never more” (nunca más)⁹⁴ debe configurarse, al ser el enemigo natural de la república. En concreto, hablamos del cesarismo.

En fin, se ha interpelado al lector a sumarse en esta faena de discutir *in utramque partem, audi alteram partem* qué clase de proceso es el *hashtag* más representativo de una Constitución irradiada por el principio republicano de gobierno. Sencillamente, se ha invitado a quienes Platón solía llamar los amigos del buen mirar, a formularse algunos interrogantes y sortear, así, los peligros de obliterarse en posiciones propias o ajenas, en aras de redescubrir a partir del diálogo la identidad de un proceso penal nacional convocado a alcanzar su culmen.

El cometido propuesto se habrá logrado si esa *disputatio*, hermanada al proceso acusatorio, lo académico y la república, nos acerca al menos un poco más a abrazar el desiderátum de la expresión constitucional en el proceso penal. Una manifestación hasta el presente silente en el proceso penal de la Nación, pero que por el propio valor y las claridad de las razones indicadas inminentemente superará ese “never more” de Poe. Entonces, cuando esto suceda, en el hado republicano podremos decir Eureka, el proceso mixto y el juez de instrucción han perimido. Eureka, la Nación es regida por un proceso de cuño acusatorio formal y reivindicador de un protagonismo del fiscal acorde a su identidad, es decir, no permeable ni a la arbitrariedad ni a la vacuidad de contrapesos o controles, o en otras palabras, inmune a cualquier clase de analogado del cesarismo.

Bibliografía

- AA. VV. (2000). *Las reformas procesales penales en América Latina* (coord. por Maier, J. B. J. - Ambrosio, K. - Woischnik, J.). Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Amnistía Internacional (1998). *Manual de Juicios Justos*. España. EDAI.
- Aristóteles (2001). *Ética a Nicómaco*. Madrid. LIBSA. Edición especial para Editorial El Ateneo.
- Aristóteles (2007). *Retórica*. Madrid. Gredos.
- Bauman, Z. (2013). *Vida líquida*. Buenos Aires. Paidós.
- Bauman, Z. - Donskis, L. (2015). *Ceguera moral. La pérdida de sensibilidad en la modernidad líquida*. Buenos Aires. Paidós.
- Bauman, Z. - Lyon, D. (2013). *Vigilancia líquida*. Buenos Aires. Paidós.
- Beccaria, C. (2002). *De los delitos y las penas*. Buenos Aires. Losada.
- Bidart Campos, G. J. (2005). *Compendio de Derecho Constitucional*. Buenos Aires. Ediar.

94 Poe, E. A. (1986). “La Filosofía de la Composición”. *Cuentos*. Colección Biblioteca Personal Jorge Luis Borges, n° 65. Buenos Aires. Hyspamérica Ediciones.

- Cafferata Nores, J. I. (2000). *Proceso Penal y Derechos Humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre Derechos Humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- Carrió, A. D. (2015). *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires. Hammurabi.
- Castaño, S. R. (2012). *Lecturas críticas sobre el Poder Político*. México. Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Cicerón, M. T. (2006). *Catilinarias*. Buenos Aires. Losada.
- Cicerón, M. T. (2006). “Catón el mayor o sobre la vejez”. *Tratados filosóficos I*. Buenos Aires. Losada.
- Cicerón, M. T. *De las Leyes*.
- Cicerón, M. T. (1924). “De la República”. *Obras completas de Marco Tulio Cicerón*. T. VI. Madrid. Librería de los Sucesores de Hernando.
- Cicerón, M. T. (2009). *Discursos I. Verrinas*. Madrid. Gredos.
- Cicerón, M. T. (2006). “El sueño de Escipión”. *Tratados filosóficos I*. Buenos Aires. Losada.
- Cicerón, M. T. (2001). *Sobre los Deberes*. Alianza.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón*. Madrid. Trotta.
- Gamboa, A. - Romero Berdullas, C. M. (2015). *Planteos actuales de la Política Criminal*. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Gamboa, A. - Romero Berdullas, C. M. (2014). *Proceso constitucional acusatorio*. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Garavano, G. C. - Romero Berdullas, C. M. (2014). “El rol del Ministerio Público Fiscal de la CABA”. AA. VV. *Derecho de la Ciudad de Buenos Aires*. Buenos Aires. El Derecho, 197-239.
- Goldschmidt, J. (1935). *Problemas jurídicos y políticos del Proceso Penal*. Barcelona. Bosch. Publicado en colección Maestros del Derecho Penal, N° 46 (2016). Montevideo-Buenos Aires. B de f.
- Graves, R. (1985). *Los mitos griegos*. Colección Biblioteca Personal Jorge Luis Borges. Buenos Aires. Hyspamérica Ediciones.
- Hauriou, M. (1925). *Teoría de la Institución*. Francia. *Cahiers de la Nouvelle fournée*.
- Jofré, T. (1941). *Manual de Procedimiento (Civil y Penal)*. T. II. Buenos Aires. La Ley, 12-13.
- Kant, I. (1930). *Crítica de la Razón Pura*. Leipzig. Philosoph Bibliothek.
- Korsgaard, C. (1996). *The sources of normativity*. Cambridge. Cambridge University Press.
- Lamas, F. A. (2011). *Filosofía del Estado. Política y tradición*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”.
- Maier, J. B. J. (2004). *Derecho Procesal Penal. Parte General. Fundamentos*. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- Ministerio Público Fiscal de la CABA (2013). *Nuevo Diseño, fiscalías de la ciudad*. Garavano, G. C. (Fiscal Gral.); Gamboa, A. (dirección); Romero Berdullas, C. M. (redacción); Peix, H. (redacción).
- Montesquieu (1906). *El Espíritu de las Leyes*. L. V, cap. XIV. Madrid. Librería General de Victoriano Suárez.

- Núñez, R. C. (2009). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Córdoba. Lerner.
- Ortega y Gasset, J. (1950). *El Espectador*. Madrid. Biblioteca Nueva.
- Pieper, J. (2003). *El ocio y la vida intelectual*. Madrid. Rialp.
- Pieper J. (2012). *Introducción a Tomás de Aquino –doce lecciones–*. Madrid. Rialp.
- Pieper, J. (1984). “La libertad de la *Theoria* filosófica y sus contrarios”. *Antología*. Barcelona. Herder, 136-137.
- Pieper, J. (2000). *Obras*. V. III. Madrid. Ediciones Encuentro.
- Pieper, J. (2008). *Tratado sobre las virtudes. Virtudes Cardinales*. Buenos Aires. Librería Córdoba.
- Platón (2001). “Apología de Sócrates”. *Diálogos*. Madrid. Editorial LIBSA - Editorial El Ateneo.
- Poe, E. A. (1986). “La Filosofía de la Composición”. *Cuentos*. Colección Biblioteca Personal Jorge Luis Borges, n° 65. Buenos Aires. Hyspamérica Ediciones.
- Romero Berdullas, C. M. (2016). “Derecho penal líquido: derrame de la expresión constitucional”. AA. VV. *Forum IV*. Buenos Aires. Educa, 119-182.
- Romero Berdullas, C. M. (2015). “Hacia una Política Criminal Integradora”. AA. VV. *Prudentia Iuris*, n° 80 –35° aniversario–. Buenos Aires. Educa, 179-196.
- Romero Berdullas, C. M. (2015). “#Proceso Acusatorio: ¿Hashtag Constitucional?”. AA. VV., *Forum III*. Buenos Aires. Educa, 57-110.
- Rosler, A. (2016). *Razones públicas. Seis conceptos básicos sobre la República*. Mostoles-Madrid. Katz.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- Rusconi, M. (1991). “División de Poderes en el Proceso Penal”. *La Ley*. T. 1991-D, 1130 y sigs.
- San Juan Pablo II. *Centesimus Annus*.
- Santo Tomás de Aquino (1998). *Suma Teológica*, II-II (a). Madrid. BAC.
- Schajowicz, L. (1990). *El mundo trágico de los griegos y de Shakespeare –consideraciones sobre lo sagrado–*. Puerto Rico. Editorial de la Universidad de Puerto Rico.
- Shakespeare, W. (1996). *El Rey Lear*. Buenos Aires. CS ediciones.
- Shakespeare, W. (1997). *Hamlet –en sus tres versiones–*. Buenos Aires. Losada.
- Shakespeare, W. (2005). *Romero y Julieta – Julio César*. España. *La Maison de L'écriture*.
- Shakespeare, W. (2002). *La violación de Lucrecia*. Colombia. Norma.
- Ventura, E. (1997). *Sobre hechos e ideas políticas*. Buenos Aires. Ediciones Ciudad Argentina, 213-232.

**LAS VENTAJAS DE LOS TRIBUNALES PENALES MIXTOS COMO
MODELO DE JUSTICIA INTERNACIONAL PARA EL FUTURO.
¿UNA ALTERNATIVA CREÍBLE A LA JURISDICCIÓN PENAL
INTERNACIONAL AD HOC?**

*The benefits of Hybrid Criminal Tribunals as a model
of International Justice for the future
A credible alternative to the ad hoc
International Criminal Jurisdiction?*

Jérémie Swinnen¹

Recibido: 31 de marzo de 2016

Aprobado: 4 de abril de 2016

Resumen: Este ensayo pretende, de manera sintética, exponer los puntos positivos de un modelo de justicia que ha venido avanzando en este último tiempo. A diferencia de los tribunales penales internacionales especiales o *ad hoc*, los tribunales penales mixtos presentan varias particularidades que, potenciadas, pueden constituir una opción mucho más eficiente que los primeros, no solo en el hacer justicia con un menor costo, sino también a largo plazo, en el impulso al restablecimiento de un Estado de Derecho a través de la herencia que estos dejan, durante y luego de sus mandatos. En este trabajo no solo intentaré apoyarme sobre los beneficios del empleo de este sistema, sino también en los aspectos a tener en cuenta para mejorar y seguir creciendo en lo que posiblemente pueda constituir una importante parte de la justicia penal internacional en un futuro cercano si las cosas se hacen bien.

Palabras claves: Jurisdicción Penal Internacional - Tribunales penales mixtos - Estado de Derecho.

1 Abogado, egresado de la Universidad Católica Argentina (UCA), especializado en Derecho Internacional Público en l'Université Catholique de Louvain (UCL), Bélgica. Correo electrónico: jeremieswinnen@gmail.com.

Abstract: This essay aims, synthetically, exposing the positive points of a model of justice that has been advancing in recent times. Unlike special or *ad hoc*, International Criminal Tribunals, hybrid Criminal Courts have several peculiarities, which potentiated can be a much more efficient than the first option, not only in justice at a lower cost, but also long-term in promoting the restoration of the rule of law through the inheritance that they stop, during and after their mandates. In this work not only I will try to lean on the benefits of using this system, but also aspects to consider improving and keeping growing in what possibly might constitute an important part of international criminal justice in the near future if things are done well.

Keywords: International Criminal Jurisdiction - Hybrid Criminal Courts - Rule of Law.

Introducción

Hoy, después de cierta cantidad de años de experiencia tratando de juzgar crímenes que la humanidad considera que no deberían ser olvidados, hemos pasado por ciertos procesos que intentaron universalizar la jurisdicción penal.

A grandes rasgos, podemos mencionar cuatro tipos de jurisdicciones que han sido utilizadas (con mayor o menor rendimiento) para que los mayores crímenes no queden impunes. La jurisdicción penal nacional, la jurisdicción ejercida por los tribunales penales *ad hoc* o internacionales especiales (para los crímenes en Ruanda o en la ex-Yugoslavia), la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (CPI), y la jurisdicción que nos interesa en este trabajo, la de los tribunales penales mixtos, híbridos o internacionalizados.

Estos últimos forman parte del esfuerzo por encontrar soluciones viables, teniendo en consideración la difícil labor (por no decir imposible) de juzgar todos los crímenes por un único tribunal internacional, como lo es la CPI, y el elevado costo, por otra parte, que implica crear tribunales internacionales especiales, como se hizo para los crímenes cometidos en Ruanda o en la ex-Yugoslavia. Considerando, en particular, el escaso nivel de rendimiento al día de la fecha en relación al avance de los procesos.

Esto nos obliga a plantear el siguiente interrogante: ¿Hacia dónde avanzar? ¿Es posible avanzar en una alternativa que sea más eficiente, que deje un mayor impacto nacional y que además signifique un menor costo?

Cuando creímos que habíamos visto mucho en cuanto a las posibles formas de represión internacional, esta “tercera generación” de jurisdicción penal internacional aparece en Sierra Leona y Líbano para luego extenderse en Timor Leste, Kosovo, Bosnia-Herzegovina y Camboya. Esta nueva

forma de hacer justicia resulta particularmente atractiva, principalmente por su menor costo en comparación a los tribunales penales internacionales *ad hoc* y por la constructiva herencia que esta deja en el país en el que interviene, incorporando un alto valor agregado internacional a la estructura nacional existente, muchas veces precaria.

En este trabajo haremos, en una primera parte, un examen sobre los beneficios de este tipo de justicia, particularmente sobre los efectos en la justicia interna a largo plazo de los Estados que atraviesan un proceso de reconstrucción posconflicto, especialmente en consideración al restablecimiento del Estado de Derecho y respeto de los Derechos Humanos.

En segundo lugar, veremos los desafíos a los cuales la comunidad internacional debería enfrentarse para mejorar este modelo, que resulta, a nuestro modo de ver, una excelente alternativa a los tribunales *ad hoc* y una atractiva propuesta que complementa los esfuerzos y la labor de la CPI.

Resulta convincente que este es el modelo que ha de seguir explorándose en el futuro. ¿Por qué? Lo iremos viendo más adelante.

Para comprender mejor lo que son los tribunales internacionalizados, hasta el presente, tienen todos las siguientes cinco características:

- 1) Estas instituciones ejercen una función judicial y son sometidas a los principios fundamentales que rigen en todo tribunal penal.
- 2) Estos tribunales tienen como objetivo, además del restablecimiento del Estado de Derecho y la represión de los crímenes internacionales, la reconstrucción de estructuras sociales, especialmente judiciales, que han sido deterioradas producto de un determinado conflicto.
- 3) Las Naciones Unidas juegan un rol determinante en la creación de los tribunales mixtos.
- 4) Poseen una dimensión internacional que varía de una institución a otra, teniendo como especial característica un componente de magistrados internacionales y nacionales del país en cuestión.
- 5) Fueron creados para una situación particular y por un período de tiempo determinado².

Podríamos completar esta aproximación de los tribunales mixtos recalcando el hecho de que todos estos tribunales *actúan en el territorio del Estado* sobre los cuales sucedieron los hechos y que poseen competencia para reprimir los crímenes previstos a la vez por el Derecho Internacional y por la legislación del país en cuestión.

2 Romano, C. et Boutruche, T. (2003). *Tribunaux pénaux internationalisés: état des lieux d'une justice hybride*. RGDIP, 111.

Veamos cómo nace un tribunal de este tipo, a fin de hacer hincapié en unos de los requisitos fundamentales para el mejor desempeño de ellos: la cooperación nacional con la internacional.

El origen de un Tribunal Penal Mixto

Si bien la vía más natural u ordinaria de creación de estos tribunales es mediante un acuerdo entre el Estado y las Naciones Unidas a través de un tratado, como sucedió con los casos del tribunal especial para Sierra Leona y las cámaras extraordinarias para Camboya, no obstante, existen varios otros fundamentos que dieron origen a este modo de hacer justicia.

En el caso de la constitución de las cámaras especiales para Timor Leste y las jurisdicciones mixtas en Kosovo, estas han sido creadas en un mandato de administración mucho más amplio de las Naciones Unidas sobre dichos territorios, ya que han sido impuestas de manera coercitiva en el capítulo VII del Consejo de Seguridad por razones de paz y seguridad internacional.

En cuanto al Líbano, si bien al principio parecía que un tribunal mixto iba a ser creado a través de un tratado, este resultó frustrado y el Consejo de Seguridad optó por la vía también del capítulo VII, pero con ciertas características muy particulares, ya que ninguna obligación de cooperación ni contribución es exigida a los demás Estados con respecto a este tribunal; se aplica principalmente el Derecho Libanés, la competencia del tribunal solo se concentra en un solo hecho (el atentado contra el primer ministro Hariri y los atentados relacionados) y con un papel mucho menos activo por parte de la organización³. Un caso particular ha sido, por otra parte también, el fundamento jurídico de la sección para los crímenes de guerra en Bosnia-Herzegovina, que reposa sobre el artículo 11 bis del reglamento de procedimiento y prueba del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY)⁴.

A pesar de ello, el acuerdo y la cooperación resultan (o deberían resultar) las vías más naturales en la creación de los tribunales mixtos, y si bien, como vimos, estos tribunales pueden ocasionalmente estar fundados en el mandato del capítulo VII del Consejo de Seguridad, “los casos más emblemáticos como el de Timor Oriental, Kosovo y Bosnia-Herzegovina se ubican

3 Resolución 1757 (2007), adoptada por el Consejo de Seguridad en su sesión número 5685, el 30 de mayo de 2007.

4 IT/32/ rev. 42 (22 de mayo de 2013). Rules of procedure and evidence, International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former Yugoslavia since 1991.

en una óptica de reconstrucción del sistema judicial interno en vez de la creación de una jurisdicción internacional. Los casos de Timor Oriental y de Kosovo se acercan más a lo que es un territorio ubicado en la administración provisional de las Naciones Unidas sobre la base de resoluciones del Consejo de Seguridad. Administraciones que estaban habilitadas para ejercer la totalidad de los poderes sobre los territorios en cuestión, incluso la administración de justicia”⁵.

Si observamos, en cambio, el caso camboyano, que sería un caso propio y exclusivo de creación de un sistema judicial, vemos que es especialmente interesante el hecho de que la creación de un tribunal internacional, por vía del capítulo VII, como en algunos de los supuestos mencionados anteriormente, hubiera resultado inviable dado que la situación actual no constituía ya ninguna amenaza a la paz o a la seguridad internacional que habilitaría al Consejo de Seguridad a poder actuar. Las penas por los crímenes internacionales cometidos entre los años 1975 y 1979 por los Khmers rojos solo podían hacerse, por consiguiente, a través de la creación de un tribunal penal internacionalizado, producto de un acuerdo, que permitiese así la injerencia internacional.

El acuerdo y la cooperación resultan, de esta manera, las principales fuentes de energía para que todo el mecanismo y la herencia que se desprende de esta modalidad cooperativa de justicia funcionen correctamente. No puede haber una política interna favorable que se preocupe por explotar los atributos positivos que desarrollaremos más adelante si se impone esta modalidad llanamente desde el exterior, sin tener demasiado en cuenta la participación del personal local, por ejemplo. Un tribunal mixto trabaja con componente internacional y nacional, y si se decide inyectar personal foráneo a trabajar con personal local, codo a codo, mejor es que estas interacciones resulten de un acuerdo mutuo y que la política preste un guiño a las reformas que sean necesarias para poder desarrollar esta ayuda internacional de forma adecuada. Lo veremos con detalle más adelante.

Las dificultades de los Tribunales Penales *ad hoc* como opción efectiva de represión

Un breve examen acerca de las debilidades que presentan estos modelos de justicia, que han sido creados tras una decisión política del Consejo de Seguridad para sancionar a los individuos responsables de los crímenes

5 Pazartzis, P. (2003). “Tribunaux pénaux internationalisés: une nouvelle approche de la justice pénale (inter)nationale?”. *Annuaire français de droit international*, volume 49, 648.

cometidos en Ruanda y en la ex-Yugoslavia, independientemente de sus funciones, nos servirá en gran medida para vislumbrar las diferencias que existen con respecto al modelo alternativo de justicia mixta.

En primer lugar, encontramos las dificultades de orden político y la reticencia a cooperar, que terminan influyendo, en gran medida, en la lentitud con la que actúan estos tribunales⁶.

En segundo lugar, tenemos el inconveniente de que el fundamento de creación de los tribunales internacionales *ad hoc*, por mandato del capítulo VII del Consejo de Seguridad, resulta controvertido. No pocos son los autores que critican y se muestran preocupados por este modo de actuar, que politiza la justicia, y que socavaría el principio de legalidad. “El Consejo de Seguridad no posee, en efecto, ni competencias legislativas, ni competencias judiciales”⁷. “El Consejo de Seguridad es un órgano político, que, en principio, no hace justicia ni dice la ley; sin embargo, la evolución de su actividad muestra que asume de manera creciente este tipo de funciones, particularmente a través de la creación de jurisdicciones internacionales, pero también con el rol que le es atribuido en el Estatuto de la CPI”⁸. Si vemos los argumentos jurídicos presentados por quienes alegan estas cuestiones, en general asociadas a que este tipo de medidas por el Consejo de Seguridad, no estarían permitidas según lo expresado en la Carta de las Naciones Unidas; si notamos la incapacidad de un órgano ejecutivo de crear órganos judiciales, vemos que las respuestas dadas por la Cámara de Apelaciones del TPIY, en el caso “Tadic”, son bastantes débiles y siguen siendo, aun hoy, cuestión controvertida. La misma se funda, a grandes rasgos, sobre el concepto de inaplicabilidad del principio de separación de poderes del sistema onusiano⁹, y sobre la afirmación de que el principio de juez natural, preestablecido por instrumentos legales, como la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)¹⁰ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹¹, no es aplicable a las jurisdicciones internacionales¹².

6 Rapport Afrique N° 30 (7 juin 2001). Bureaucratiques, cf. le rapport de International Crisis Group. *Tribunal pénal international pour le Rwanda: l'urgence de juger*. Disponible en el sitio de internet: www.crisisweb.org/home/index.cfm?id=1649&l=2. [Consultado el 2-1-2016].

7 Kolb, R. (2009). *Droit international*. Helbing et Lichtenhahn, 116-117.

8 Cohen-Jonathan, G. (1985). *Commentaire de l'art. 39*. Dans Jean-Pierre Cot et Alain Pellet, dir. Paris. La Charte des Nations Unis, Économica, 644.

9 Le Procureur C Dusko Tadic, T-94-1-AR72, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (2 October 1995) (Tribunal Penal International para la ex-Yugoslavia, Cámara de Apelación), párr. 43. Disponible en: TPIY <http://www.icty.org>. [Consultado el: 2-1-2016].

10 CEDH, 4 de noviembre de 1950, art. 1°, párr. 1.

11 PIDCP, 19 de diciembre de 1966, 999RTNU 171, art. 14, párr. 1.

12 Procureur C Tadic, ibíd. note 9, en el párr. 42.

Por nuestra parte, creemos que si bien el Consejo de Seguridad puede crear los órganos subsidiarios que juzgue necesarios para cumplir sus funciones, consideramos que el poder que éste ejerce conoce igualmente ciertos límites, sobre todo teniendo en consideración que la justicia penal está exclusivamente dirigida a las personas; en tanto que la Carta de las Naciones Unidas (al igual que la competencia asignada a la Corte Internacional de Justicia) no está dirigida a los individuos, sino a los Estados miembros de la comunidad internacional. Es en esta lógica que varios Estados expresaron su postura, oponiéndose a los supuestos poderes normativos y legislativos del Consejo de Seguridad¹³. Varios de sus miembros calificaron la creación del TPIY como medida excepcional, para responder a una situación de la misma envergadura. Países como Brasil y China afirmaron explícitamente que en razón a causas particulares, en las que la gravedad y urgencia necesitan de una respuesta concreta inmediata, votaban a favor, pero que este voto no debía ser interpretado como una aprobación de un recurso compatible con el capítulo VII del Consejo, y que la creación de una jurisdicción tal debía ser, por ende, formulada por tratados¹⁴. Algo parecido sucedió con la creación del tribunal especial para el Líbano en 2007, mediante la resolución 1.757 (2007), en el que un tercio de los Estados se abstuvieron (África del Sur, Federación Rusa, China, Indonesia y Qatar), y contestaron el fundamento legal sobre el cual otros países se sustentaban. El representante de Perú, pese a haber votado favorablemente por la resolución, subrayó que ella no podía ser considerada como precedente en razón de las circunstancias¹⁵.

“Como vemos, los fundamentos legales de estos tribunales resultan al menos ambiguos y muy controvertidos”¹⁶ y si bien, como mencionamos más arriba, existen tribunales mixtos creados por la voluntad del Consejo de Seguridad, a través el capítulo VII, esto no es lo más común ni la vía más natural de creación de estos tribunales. Este recurso ha sido utilizado como parte de un proceso mucho más amplio de reestructuración administrativa, en el mandato de las Naciones Unidas.

Creemos que el desarrollo de estas instituciones debería evolucionar por la vía más característica de estos tribunales, mediante acuerdos o trata-

13 Posturas expresadas en el proceso de adopción de las resoluciones 1373 (2001), 1422 (2002) y 1487 (2003) del Consejo de Seguridad.

14 El representante chino precisó que “esta posición política, que es la nuestra, no debería sin embargo ser considerada como una aprobación de la medida jurídica utilizada” [Doc off CS UN, 1993, sesión 3217; Doc UN S/PV. 3217 (provisoria), 32].

15 Doc off CS NU, 2007, sesión 5685, Doc NU S/PB. 5685.

16 Cesoni, M. L. et Scalia, D. (2010). *Juridictions Pénales internationales et Conseil de Sécurité: Une justice Politisée*, 47.

dos que garanticen una mayor legitimidad. Por ello pensamos que evolucionar hacia estos mecanismos en el Derecho Internacional puede garantizar mayor justicia, transparencia e independencia para aquellos Estados que verdaderamente la necesitan, sin las críticas que comúnmente se han hecho a los tribunales *ad hoc*.

Por otro lado, a pesar del importante financiamiento proveniente del presupuesto de las Naciones Unidas todos los años, estas instituciones *ad hoc* quedan supeditadas a la buena o mala voluntad de los Estados y del Consejo de Seguridad en materia de policía y de cooperación judicial¹⁷. Si vemos los números, a fin de cuentas, que hablan del resultado obtenido hasta el día de la fecha por estos tribunales, vemos que en cuanto a costo-beneficio estos dejan mucho que desear, no solo sobre los procesos llevados a cabo, sino también por el pobre impacto que estos dejaron en la región. Además, un claro reflejo de esta ineficiencia está en la duración de sus mandatos que ya debería haber expirado según las normales expectativas depositadas en ellas a la hora de su creación. Veamos algunos números en función al TPIY entre el año 1993 y 2010:

Número de personas acusadas: 161

35 acusados en procesos actuales

126 acusados en procesos cerrados

13 absueltos, 64 condenados = 77 personas juzgadas

13 reenviados delante una jurisdicción nacional

20 personas sobreseídas

16 fallecidos durante el proceso

Resultado: Menos de 10 personas por año han sido juzgadas

Personal: 1173 personas pagadas por la ONU¹⁸

En función al TPIR los números no han sido más alentadores (1994-2010):

17 (2005). *Annuaire Français de Relations Internationales*, AFRI. Vol VI. Editions Bruylant. Bruxelles, 7.

18 Vandermeersch. D. (2010). *Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice: Les juridictions internationales et les tribunaux nationaux*. Bruylant, 56.

Número de personas acusadas: 90

69 personas juzgadas en primera instancia

Resultado: 4 personas juzgadas por año

En 15 años de proceso, el TPIR ha costado más de 100 millones de dólares por año

Personal: 900 personas pagas por la ONU¹⁹

Por ello la necesidad de encontrar mejores propuestas, que combinen la eficacia con la legalidad y legitimidad en la justicia.

A raíz de esto nacen los tribunales penales mixtos que se apoyan mayormente en un acuerdo convencional entre los Estados y las Naciones Unidas, garantizando una mayor legitimidad al proceso, rompiendo con la crítica al intervencionismo, combinando el sustento internacional con la infraestructura y personal nacional, reduciendo así notablemente los costos y brindando además herramientas a largo plazo que pueden utilizarse para reconstruir un Estado de Derecho.

Veremos que los tribunales híbridos, al trabajar con componente nacional importante, reducen además el perjuicio y las críticas que se hacen en torno a este principio de legalidad, procediendo con mayor respeto hacia él, combinando, por ejemplo, incriminaciones del Derecho Internacional con otras del Derecho Nacional.

Los beneficios de los Tribunales Mixtos

Algunas de las razones que han conducido a la creación de estos tribunales son las siguientes:

- Ausencia de medios o recursos a nivel nacional: Incapacidad para el Estado de hacer frente a las necesidades técnicas y jurídicas necesarias para llevar a cabo un debido proceso por crímenes cometidos en un pasado más o menos cercano.
- Temores de parcialidad del sistema judicial o ausencia de independencia en la justicia. Temor suscitado en Camboya, por ejemplo²⁰.

¹⁹ Ídem, 59.

²⁰ De hecho, vemos que hasta el día de hoy, las cámaras extraordinarias de Camboya constituyen el único tribunal mixto que posee un componente mayoritario de jueces

- Reforzar el Estado de Derecho, sobre todo, cuando la impunidad constituye una de las principales causas del conflicto. “Una paz duradera y una transición democrática dependen en gran medida del correcto restablecimiento del Estado de Derecho y la advertencia de que los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio no quedarán impunes”²¹.
- Contribución a la reconciliación social.

Como vemos, existe una variedad de aspectos a los cuales estas cortes atienden, que hacen que estas se vuelvan particularmente interesantes.

La experiencia, tras más de una década utilizando y extendiendo esta práctica, demuestra algunas ventajas apreciables. En primer lugar, refuerzan la capacidad judicial de la nación en la que se instalan, generando una mayor publicidad ante la población local. En segundo lugar, aceleran la mejora del Estado de Derecho de la Nación. En tercer lugar, son mucho más eficientes en los resultados obtenidos, con costos sensiblemente menores. Y finalmente, son una muy buena inversión a mediano y largo plazo para el Estado en el cual se instalan: en capacitación de personal, reformas legislativas e infraestructura.

Veamos más en detalle:

- *Refuerzan la capacidad judicial de la nación en la que se instalan:* Además de acabar con la impunidad, este sistema de justicia brinda de manera directa un refuerzo en toda la capacidad judicial del país en cuestión. Esta función, sumamente importante, dota a estos tribunales de una responsabilidad mayor y, lejos de poder regocijarse con dejar sus huellas en la administración de justicia interna, deberán influenciar radicalmente en la opinión pública para que ella confíe en el sistema judicial como medio viable para reglar los conflictos futuros y sancionar las violaciones a los Derechos Humanos.

nacionales. Situación que perjudica la punición adecuada de forma independiente. Varios incidentes en torno a dimisiones de jueces internacionales por esta causa han existido. (Ej. Cambodia: démission du juge d'instruction international. Disponible en http://www.un.org/apps/newsFr/storyF.asp/storyF.asp?NewsID=27817&Cr=Cambodge&Cr1=#.UsTxn_R5MV0) [Consulta el 3-1-2016]. Este ejemplo de composición mayoritaria de jueces nacionales no es un buen ejemplo a seguir. Si necesitamos un componente internacional es a fin de poder garantizar independencia y para ello es necesario que la cantidad de jueces internacionales sea mayoritario.

²¹ HR/PUB/08/2 (2008). *Les instruments de l'état de droit dans les sociétés sortant d'un conflit. Valorisation des enseignements tirés de l'expérience des tribunaux mixtes*. Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme. New York et Genève, 13.

Así, podemos subrayar la importancia que tienen estos tribunales en cuanto a la visibilidad y a la accesibilidad a la justicia para la población local. Muchas veces los medios de comunicación contribuyen activamente a la actividad que desarrollan estos tribunales a través de la difusión periódica de los juicios. La cercanía con la cual estos tribunales llevan su labor no es una cuestión menor en términos de eficacia e impacto en la región.

- *Aceleran la mejora del Estado de Derecho:* La intervención desde la dimensión legislativa es también muy importante, ya que si bien el sistema jurídico nacional cumple un importante rol en cuanto a fondo y procedimiento, muchas veces el Derecho del Estado en cuestión debe ajustarse obligatoriamente a los estándares comúnmente aceptados en el Derecho Internacional, en lo relativo al procedimiento y a la protección de los Derechos Humanos. No obstante, en regla general y en vista de adquirir mayor legitimidad y seguridad jurídica, es deseable que el acento sea puesto sobre la aplicación del Derecho Interno, y sea complementado con la incorporación de normativas internacionales en caso de existir un vacío jurídico o incompatibilidad con las normas internacionales en materia de Derechos Humanos. Esta complementación representa un progreso en legislaciones que han quedado desactualizadas de los avances en esta materia, mejorando sensiblemente la protección de derechos.

Debemos reconocer que además de ejercer, estas jurisdicciones internacionales, una competencia a vocación universal, elaboran además una fuente jurisprudencial rica e importante para las autoridades nacionales, las cuales trabajando de manera concurrente o compartida con las jurisdicciones internacionales son puestas bajo presión para asegurar garantías equivalentes.

Obviamente, también deben formarse profesionales del Derecho en la nueva legislación, que serán un recurso humano de un enorme valor para la nación en conflicto.

- *Mayor eficiencia en los resultados obtenidos:* La experiencia nos muestra, además, que, a pesar de necesitar una menor cantidad de recursos, estos tribunales, en su conjunto, han representado un mayor avance en la punición de crímenes, con un resultado en cuanto al juzgamiento de personas superior al alcanzado por los tribunales penales *ad hoc*. Por ejemplo, en el trabajo de las cámaras especiales creadas para Timor Leste, a pesar de sus recursos limitados, las estadísticas permiten hablar de un éxito en términos de velocidad en las investigaciones y procedimientos. Luego de cuatro años de

funcionamiento se emitieron acusaciones en contra de 391 personas y 55 juicios fueron concluidos; 84 personas fueron sentenciadas y 4 absueltas²².

En cuanto a costos, por ejemplo, la idea del Programa de jueces internacionales en Kosovo, que había sido inicialmente pensado para que funcionara como un tribunal internacional *ad hoc* o especial, cambió por razones presupuestarias. Se decidió, entonces, nombrar jueces y fiscales internacionales llamados a operar en el seno del aparato judicial nacional existente, para que actuaran al lado de sus colegas kosovares.

Existen entre 11 a 17 jueces internacionales y de 6 a 11 fiscales. Esto quiere decir que en término de recursos no cuesta en realidad tanto (el TPIY cuenta con alrededor de 900 personas), y vemos, sin embargo, cómo estos procesos se llevan a cabo funcionando como una jurisdicción competente²³.

No obstante, vemos que estos tribunales distan muchos de ser perfectos todavía y su novedad como modelo de jurisdicción es símbolo, como es habitual, de que aún queda mucho por seguir avanzando hacia un modelo exitoso. Por suerte, la experiencia ya nos ha podido brindar ciertos aspectos en los cuales se puede seguir progresando.

Hacia dónde los Tribunales Mixtos deberían seguir avanzando

La noción de herencia debería ser muy importante y tendría que ser tratada y diseñada desde el comienzo. Esta herencia debe tratarse como un elemento intrínseco y natural de esta idea de justicia y, por lo tanto, planeada al mayor detalle posible, con anticipación, para explotar realmente las cualidades de estas instituciones. ¿Qué podría resultar provechoso para el país que acogerá un sistema judicial internacional?

El ex Secretario General de la ONU, Kofi Annan, dijo: “Es por demás esencial, que, desde la creación de todo nuevo tribunal internacional o mixto, pensemos de manera prioritaria en las modalidades de su disolución y el legado que queremos dejar para los países en cuestión”²⁴.

22 Track Impunity always (1-11-2013). “Críticas y perspectivas a futuro”. Disponible en <http://www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-mixtos/camaras-especiales-para-los-crimenes-graves-en-timor-leste/criticas-y-perspectiva-a-futuro.html>. [Consulta el 5-1-2016].

23 Track Impunity always. “Programa de jueces internacionales en Kosovo”. Disponible en <http://www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-mixtos/programa-de-jueces-internacionales-en-kosovo.html>. [Consultado el 5-1-2016].

24 S/2004/616, NU, CS (2004). *El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflicto*. Informe del Secretario General, párr. 46.

Debemos partir de la base de que todo diseño o plan estratégico queda supeditado en gran parte a la voluntad política de los Estados receptores de estos procesos, que deberán colaborar para que esta “semitransición” al nivel internacional sea alcanzada con eficacia. En un reporte del ex Secretario General, esta remarca es dada claramente: “[...] en definitiva, ninguna reforma de instituciones que pueda garantizar el Estado de Derecho, ninguna reconstrucción del aparato judicial, ni ninguna iniciativa en materia de administración de la justicia durante un período de transición tienen posibilidades de ser llevadas a cabo a largo plazo si estas son impuestas desde el exterior”²⁵.

Veamos a continuación, más en detalle, algunos puntos en concreto de cómo los tribunales mixtos podrían maximizar y mejorar sus resultados.

Lugar del emplazamiento

En la creación de todo tribunal internacionalizado o mixto se presenta la disyuntiva de la centralización o descentralización de estos tribunales. Ambos tienen sus puntos positivos y negativos. La centralización de un edificio especial para estos tribunales, situados, por ejemplo, en la capital del país, conlleva la posibilidad de contar con un trabajo más organizado y facilita la gestión y administración del tribunal, estando al cubierto de los problemas que pueden presentar los tribunales nacionales. La tendencia suele estar del lado de esta opción ya que este fue el modelo adoptado por Sierra Leona, Bosnia-Herzegovina y Camboya.

Por otro lado, la descentralización del trabajo inyectando personal internacional de manera repartida entre las diferentes instituciones judiciales ya creadas, reduce significativamente los costos²⁶. Esta modalidad brinda un mayor contacto con el componente nacional, pudiendo causar un impacto mayor sobre el sistema nacional en su conjunto. Este modelo profundiza la interacción entre lo nacional y lo internacional. En Timor Leste, el hecho de compartir las oficinas ha promovido los intercambios informales y la realización de reuniones periódicas del personal. Esto resulta una buena oportunidad de trabajo cooperativo y de legado a través de la capacitación indirecta.

Esto último resulta una vía interesante, no solo por cuestiones de presupuesto, sino también por la función que desempeñan los tribunales híbridos cuasi naturalmente con respecto a la herencia, en especial, en la forma-

²⁵ Ídem, párr. 17.

²⁶ Por ello se ha decidido seguir esta opción en Kosovo, por razones de costo principalmente.

ción de personal. Sobre todo, teniendo en cuenta que estos operan en medios azotados por la crisis, donde la reconstrucción administrativa es uno de los pasos necesarios para volver a crear un marco de Derecho. La cercanía, trabajando a la par con los nacionales, y el aprendizaje a través del ejemplo cotidiano resultan esenciales. Caso contrario, en la centralización, se puede terminar creando un sistema judicial a dos velocidades que opacará los resultados a largo plazo.

Aspecto formativo

Otro punto para mejorar es el hecho de que no existen programas o políticas de formación coherentes para jueces tanto locales como internacionales²⁷. Esto resulta no solo una deficiencia, sino también una gran negligencia e ingenuidad: el pensar que todo juez está preparado para actuar en un Derecho que no le resulta totalmente propio.

Una exhaustiva capacitación debería ser precedida en materia de Derechos del hombre, Derecho Internacional Humanitario, Penal y Procesal Penal²⁸. Además es importante que los jueces internacionales reciban una buena aproximación acerca de la cultura e idiosincrasia en la cual van a trabajar. Es una buena muestra de sensibilidad saber acerca de los usos y costumbres locales, así como la historia del país, especialmente a la hora de interrogar a testigos y mantener relaciones con sus colegas²⁹.

Programas de este estilo han sido tratados de poner en práctica tras la iniciativa del PNUD en Timor Leste; sin embargo, estos fueron brindados exclusivamente en portugués, idioma que los pasantes no comprendían. Todos los exámenes fueron desaprobados³⁰.

Es evidente que a la hora de crear instituciones mixtas, el elemento cultural debe estar muy presente en todo momento, al inicio, con la capaci-

27 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, HR/PUB/08/2 (2008). *Les instruments de l'état de droit dans les sociétés sortant d'un conflit. Valorisation des enseignements tirés de l'expérience des tribunaux mixtes*. Ob. cit., 43.

28 En Timor Leste, por ejemplo, capacitaciones fueron dadas únicamente a jueces nacionales, cuando a todas luces, las decisiones de los jueces internacionales no iban todas en el mismo sentido.

29 Son interesantes medidas como las que tomó el fiscal general adjunto en Timor Leste, que dirigió el grupo de investigación de crímenes graves a principios de 2002. Impulsó una reforma profunda del servicio concentrándose en reforzar la capacitación del personal en materia de persecución, investigación, medicina legal y conservación de pruebas. La formación del grupo fue llevada de forma teórica y práctica haciendo uso de simulaciones y videos.

30 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, HR/PUB/08/2 (2008). *Les instruments de l'état de droit dans les sociétés sortant d'un conflit. Valorisation des enseignements tirés de l'expérience des tribunaux mixtes*. Ob. cit., 46.

tación; durante, en las relaciones interpersonales entre colegas; y después, en las traducciones, por ejemplo, de documentos y jurisprudencia para que estos tengan rápidamente acceso a la población local.

Herencia material

Otro aspecto positivo está en el legado de infraestructura, creado para que estos tribunales lleven a cabo sus tareas. Como la mayoría de ellos ha optado por un sistema centralizado en un nuevo inmueble, sucede que luego de acabado el mandato de estas cortes, debe examinarse cómo reciclar estos locales. En Sierra Leona, por ejemplo, se ha creado una sede con equipos técnicos ultramodernos. En Camboya, se decidió que luego de sus funciones las nuevas instalaciones pasaran a manos del ejército, no dando lugar a ninguna herencia propiamente judicial.

Es importante que los nuevos inmuebles, una vez cumplida la misión como tribunales mixtos, puedan dar lugar a una infraestructura que se utilice con fines similares en el plano nacional, sin que se desvíe su uso para una utilización radicalmente diferente, o incluso peor, con fines políticos. La herencia material es un elemento importante en la ventaja de este modelo de justicia que debe aprovecharse para la reconstrucción de un Estado de Derecho azotado por una crisis humanitaria. Al menos, sería interesante que el propósito al que se destina dicha infraestructura se mantenga relacionado con sus objetivos de origen: institutos de búsqueda e investigación, fondo de archivos o documentos, resúmenes de procesos o jurisprudencias que puedan ser conservados y utilizados por estudiantes, etc.

Cuando se decide crear tribunales mixtos es precisamente porque las instituciones judiciales no abundan, sino todo lo contrario.

Este debería ser otro de los puntos por tener en cuenta desde el establecimiento del mandato; el poder determinar el uso futuro no solo de la infraestructura idílica, sino también de los archivos y otros documentos a fin de poder conservarlos con total seguridad.

Aspecto legislativo

En un cuarto punto podemos hacer referencia a la importante impronta que se deja en el aspecto legislativo. Las potenciales reformas quedan supeditadas al plano político nacional, y éste constituye uno de los legados neurálgicos de este modelo. Así, por ejemplo, en Kosovo y Bosnia-Herzegovina, la necesidad de una profunda revisión del Derecho Penal y del Derecho Procesal era necesaria y tuvo que hacerse. En Kosovo particularmente, a

quien la autonomía le había sido quitada en 1989 y no disponía de su propio Derecho Penal cuando fue ubicado en el mandato administrativo de la ONU. El 6 de abril de 2004 un grupo de representantes del Consejo Europeo y del Departamento de Asuntos Jurídicos de la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (MINUK) redactaron y crearon de manera provisoria un nuevo Código Penal y un Código Procesal Penal, reemplazando otras leyes penales existentes hasta el momento³¹.

Es interesante observar cómo se dan estos procesos. Al contar con presencia de personal internacional, las reformas legislativas suelen combinar elementos del Derecho Continental con otros del *common law*³². Además, estas reformas suelen prestar especial atención a la legislación internacional, particularmente las incriminaciones penales como las sexuales, que no siempre son incorporadas al Derecho Nacional de manera espontánea³³. El estatuto de la Corte Penal Internacional y los estatutos de los tribunales internacionales *ad hoc* constituyen una fuente de ayuda para la redacción de futuros tribunales mixtos, sin duda.

Es importante, con el fin de que estas reformas sean incorporadas de manera favorable para el conjunto de la sociedad, que esta herencia sea producto del esfuerzo de un trabajo conjunto entre nacionales y no nacionales con un esquema laboral que haga un balance entre las prioridades locales e internacionales³⁴.

Si los ajustes legislativos se hacen correctamente, esto puede constituir una fuente de gran riqueza en el reparto del legado que se hace de los tribunales internacionalizados.

Impacto de la jurisprudencia

La jurisprudencia de los tribunales internacionales siempre constituye una fuente con alta estima, sobre todo cuando los tribunales mixtos actúan como cortes de segunda instancia³⁵.

31 Reglamentos 2003/25 y 2003/26 de la MINUK, promulgados el 6 de julio de 2003.

32 Kosovo, que hasta entonces poseía un sistema esencialmente socialista de Derecho Romano, vio incorporar reglas que reforzaban el papel del fiscal, los métodos modernos de investigación de crímenes organizados (escuchas, reducción de penas para testigos que cooperen con la justicia y programas de protección de testigos gracias a procedimientos que permiten el anonimato).

33 Art. 192-204. Chapter XIX: Criminal offences against sexual integrity. Reglamento 2003/25 de la MINUK, promulgado el 6 de julio de 2004.

34 En relación a ello el Secretario General remarcó la importancia de trabajar en la reforma junto al personal local (S/2004/616, cap. VII).

35 Tal como es el caso en Kosovo y Timor Leste.

Ya hemos anticipado que las traducciones de los fallos de la corte ayudarían enormemente al acceso que de ellas pudiese tener la sociedad. Facilitaría, asimismo, su difusión a través de medios locales, volviendo los resultados de la justicia más accesibles.

La no publicación de las decisiones perjudica el legado positivo que estas cortes podrían tener sobre el país. Es menester poder ampliar y asegurar la difusión de las decisiones a través de vías públicas de fácil acceso, como sitios web, las cuales podrían ser aprovechadas no solo naturalmente por la justicia, sino también por el ámbito académico, como el universitario. Y otorgaría, además y a fin de cuentas, a una mayor transparencia del proceso.

Conclusión

El mundo moderno se ha encargado de querer demostrar a la sociedad que los crímenes graves contra la humanidad difícilmente volverán a tolerarse. Para ello se ha venido avanzando desde hace aproximadamente cincuenta años (y de manera significativa, desde hace veinte años) con la idea de querer instaurar una justicia penal internacional que juzgue a los responsables sin distinción de sus funciones o de cargos que los protejan. Esta idea, sin embargo, sigue perfeccionándose. Aún queda mucho, y las críticas de todo tipo abundan, pero la comunidad internacional va progresando hacia la búsqueda de un sistema de justicia que sea eficiente y adaptado al contexto.

A nuestro modo de ver, el sistema que posibilita mezclar el esfuerzo interno de un país con el internacional representa un avance hacia una justicia penal cooperativa. La idea de universalización de la justicia penal no es mala, pero es sumamente complicada, sobre todo desde el punto de vista político, en el que muchas de las grandes potencias no han siquiera querido ratificar el estatuto de la CPI³⁶ que, no obstante e igualmente, sería incapaz, por sí sola, de hacer frente a todos los procesos.

Los tribunales mixtos ofrecen la posibilidad de trabajar con un componente internacional que actúa como un valor agregado en calidad de justicia, de imparcialidad y de legitimidad. Todo a un menor costo y traducido (hasta el día de la fecha) en un sistema más eficiente de justicia que aquel ofrecido por los tribunales penales internacionales *ad hoc*.

La herencia depende mucho de la eficacia comunicativa y de la información, para las cuales deberían proveerse los suficientes fondos, brindados,

36 Otros casos, como Bélgica, que ha intentado jugar el rol de fiscal del mundo a través su legislación de jurisdicción universal, han debido modificarla por la importante presión política ejercida por sus pares para que cese este tipo de conductas.

principalmente, a través de la donación voluntaria de los Estados para que esta justicia mixta funcione adecuadamente. Es indispensable, asimismo, que estas estructuras híbridas aspiren a transmitir el estándar de normas más elevadas en independencia, imparcialidad y aplicación de las garantías previstas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Para ello, es necesario que la política interna esté bien predispuesta y posibilite las reformas que sean necesarias.

El modelo de justicia aquí tratado, además de ofrecer la posibilidad de descentralizar la justicia, también actúa como un medio para brindar a los países involucrados el sentirse parte en la reconstrucción nacional, creando un legado importante para la región. Permitiendo tener una mayor aproximación al lugar de los hechos, a la residencia de los testigos, de las víctimas y de los acusados, respondiendo mejor a las particularidades culturales y sociales de cada país.

Es importante que se trabaje de manera consciente, a la hora de crear estos tribunales, en los puntos que constituirán el legado que queremos dejar para el país. De manera pragmática, adaptable al contexto, pero con suficiente antelación, debe preverse el desarrollo de la misión, desde la capacitación hasta el quehacer del espacio físico una vez terminada la misma. Este modo de hacer justicia contribuye, a la vez, a la reconstrucción del Estado en asuntos totalmente diversos, aspecto carente en todo otro tipo de estructura judicial internacional. La herencia o el legado que estos tribunales otorgan deberían ser estudiados al detalle para explotar su alto valor agregado, que además no se traduciría necesariamente en un alto gasto más de presupuesto.

Podemos tener mucho más, por mucho menos. Ese es el punto.

Volvemos entonces a la pregunta que nos hicimos al principio: ¿Es posible avanzar en una alternativa de justicia internacional que sea más eficiente, que deje un mayor impacto nacional y que además signifique un menor costo? Pensamos que sí.

**UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL SOBRE LA EDUCACIÓN
RELIGIOSA EN LAS ESCUELAS PÚBLICAS DE SALTA, A
PROPÓSITO DEL FALLO “CASTILLO Y OTROS C/ SALTA”**
*A Constitutional Perspective on Religious Education in Public Schools in
Salta, concerning the case “Castillo et al. vs. Salta”*

María Soledad Riccardi¹

Recibido: 18 de febrero de 2016

Aprobado: 21 de marzo de 2016

Resumen: El presente ensayo se ocupa de revisar la pretensión de inconstitucionalidad de las leyes que establecen y reglamentan la educación religiosa en escuelas públicas de Salta, tal como fue propuesto para su análisis en los autos “Castillo y otros c/ Salta”. Ante la interposición de una acción de amparo por parte de un grupo de madres y algunas asociaciones civiles para impedir la enseñanza de religión en escuelas públicas, la sentencia y este ensayo analizan, principalmente, la interpretación del artículo 2º de la Constitución Nacional, junto con el resto del plexo constitucional, para dilucidar si el artículo 49 de la Constitución Provincial y la Ley Local de Educación 7.546 son contrarios a la Carta orgánica nacional. Se tratan, además, como desprendimientos naturales de la sentencia a examinar: la potestad de las provincias para dictarse sus propias normas, las características del control de constitucionalidad federal y los efectos de las acciones de clase.

Palabras claves: Educación religiosa - Control de constitucionalidad - Artículo 2º Constitución Nacional - Acción de clase - Constitución Provincial.

1 Abogada (UCA). El presente ensayo se desarrolló en el marco de una investigación llevada a cabo en la Facultad de Derecho de la UCA, el “Proyecto Ius 14/16”, dirigido por la Dra. Débora Ranieri de Cechini, a quien agradezco sus valiosos comentarios. Correo electrónico: msriccardi@gmail.com.

Abstract: This essay reviews the unconstitutionality claim made to the laws that establish and regulate religious education in the public schools of the province of Salta, as proposed for analysis in the case “Castillo y otros v. Salta”. A group of mothers and civil associations decided to bring a protective action to prevent their children from receiving religious education; this paper and the case it quotes seek to analyze the interpretation of section 2° of the National Constitution along with other constitutional laws, to elucidate whether section 49 of the Constitution of Salta and Local Education Law 7.546 violate constitutional rights. States right to give themselves their own laws, the characteristics of federal judicial review, and class actions effects’ are also addressed.

Keywords: Religious education - Judicial review - Section 2° of the National Constitution - Class action - Provincial Constitution.

I. Introducción

En algún futuro cercano, la Corte Suprema de Justicia de la Nación deberá examinar de cerca la Constitución salteña y, particularmente, la Ley Provincial 7.546, que reglamenta el artículo 49 de la Carta orgánica provincial. Así lo dispuso el máximo tribunal de Salta, mediante la concesión del recurso extraordinario interpuesto por las actoras en los autos “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta – Ministerio de Educación de la Provincia de Salta s/ amparo”².

En el caso a reseñar se cuestionaron, en primera instancia, el artículo 27, inc. ñ), de la Ley Provincial de Educación 7.546, y, subsidiariamente, el artículo 8°, inc. m), de la misma ley, junto con el artículo 49 de la Constitución local. El primero se ocupa de detallar, entre los objetivos de la educación primaria en la provincia de Salta, el “brindar enseñanza religiosa, la cual integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo las creencias 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”³. Dicho precepto se asienta en la estructura provista por los segundos artículos cuestionados –ambos casi idénticos en su redacción–, los cuales rezan en su parte pertinente: “Los padres y, en su caso, los tutores tienen derecho a que sus hijos

2 Corte de Justicia de Salta, “Castillo, Carina V. y otros c/ Provincia de Salta – Ministerio de Educación de la provincia de Salta s/ amparo”, del 1-9-2014, Expte. 33659/2010, disponible en: <http://www.justiciasalta.gov.ar>. En adelante, “Castillo y otros c/ Salta”.

3 Art. 27, inc. ñ, Ley 7.546.

o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones”⁴.

Ante la implementación de este orden legal en el sistema público de educación, un grupo compuesto por madres de los presuntos damnificados y por distintas asociaciones civiles presentó un amparo para impedir que los niños reciban educación religiosa. Solicitaron la supresión de dichas clases en las escuelas públicas por comprender que en su aplicación se suscitaba un trato desigualitario y discriminatorio respecto de aquellos alumnos que, decisión de sus padres o tutores mediante, no asistieran a esas clases. Las impugnantes enumeraron varios Derechos Constitucionales que entienden vulnerados, a saber: a la libertad de culto, religión y creencia, a la igualdad, a la educación sin discriminación, a la intimidad y principio de reserva, a la libertad de conciencia, y el respeto a las minorías étnicas y religiosas.

Marcelo Domínguez, juez de la Sala III en lo Civil y Comercial de la provincia, fue el encargado de expedirse en primera instancia: advirtió que no correspondía declarar la inconstitucionalidad del artículo 49 de la Constitución, pero sí encontró que el sistema implementado por la Ley de Educación 7.546 era perfectible en su faz práctica. Por ello, se ordenó el cese de ciertas conductas⁵ susceptibles de imponer la educación católica; también se obligó a las autoridades a que arbitraran un régimen curricular alternativo, afín a quienes no desearan participar en clases de religión. En este mismo sentido, se solicitó a los padres que manifestaran si deseaban que sus hijos recibieran educación religiosa o no y, en caso afirmativo, que expresaran de cuál credo. Esto último también fue considerado discriminatorio por las actoras, y cuestionado en la apelación que finalmente llegó a la Corte salteña.

La Corte de Justicia de Salta rechazó la impugnación de las normas cuestionadas. Hizo hincapié en instrumentos internacionales⁶ de jerarquía constitucional que avalan lo prescripto en la Constitución salteña; resaltó además la realidad de la provincia –donde gran parte de la población profesa la religión Católica– junto con las dificultades que impiden a parte de esa población acceder a una educación conforme a su religión. Esgrimió que no sería justo que esos niños se vean impedidos, por la mera oposición de un grupo, de ser instruidos en la fe de sus mayores. Explicaron también los jueces que la Constitución Nacional no es indiferente a lo religioso ni agnóstica,

4 Cf. art. 49, Constitución de Salta. El art. 8°, inc. m, de la Ley Provincial de Educación 7.546 reproduce textualmente el art. 49 de la Constitución salteña.

5 Entre las conductas consideradas discriminatorias, se enumeran en la sentencia: el rezo diario, la conmemoración de festividades religiosas, la permanencia de los alumnos durante la clase de religión a pesar de la expresa negativa en este sentido de sus padres o tutores.

6 Véase Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 12; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 13.

ya que afirma que Dios existe, y que las otras libertades consagradas en ella no deben traducirse en una exclusión de todo lo religioso.

La sentencia, pese a incluir múltiples aristas para analizar, ha suscitado una pléyade de opiniones doctrinarias apuntando a la legitimidad –o ilegitimidad, según el autor– de la educación religiosa en escuelas públicas. Entre sus detractores, los doctores Lombardi y Arias Amicone han coincidido en catalogar al Estado argentino como laico, señalando que al ser “plural, laico y democrático no evangeliza a sus ciudadanos”⁷. Además, se ha sostenido que “la escuela pública no es el lugar para el dogma religioso, sino de la ciencia y el conocimiento”⁸, que es falso que la mayoría de los ciudadanos argentinos, y en particular salteños, sean católicos, y que permitir que la autoridad religiosa de cada credo fije el contenido de la materia es una “flagrante violación al sistema representativo y republicano”⁹.

Otros autores han tenido una perspectiva distinta. El Dr. Palazzo se ocupó de revisar tanto la vía procesal elegida como la cuestión de fondo impugnada¹⁰. Respecto de la primera, señaló que “Castillo” no responde al molde originario de las *class actions*, “pues existen dos grupos con intereses opuestos”¹¹, y se preguntó, a propósito de lo planteado, si corresponde a la justicia resolver un conflicto de estas características estructurales (es decir, un conflicto entre dos grupos). Sobre la enseñanza religiosa, luego de reseñar el marco legal internacional que avala lo prescrito en las normas salteñas, resaltó la vinculación que une a los derechos y valores de la democracia con las religiones, las cuales les otorgan fundamentos trascendentes a los primeros. Señaló, además, que quienes desconocen dicho vínculo deben de igual manera admitir que la educación que se les imparta a sus hijos propugne los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas.

Por su parte, la Dra. Ranieri trajo a colación casos internacionales similares al examinar la constitucionalidad de la educación religiosa en escuelas públicas¹², entre los cuales se encuentra el afamado “Lautsi”¹³. De aquel antecedente se concluye que “asignar un lugar preponderante a la religión de un país no implica un acto de adoctrinamiento y, por ende, no

7 Arias Amicone, M. (2013, septiembre). “Educación y evangelización en un Estado Democrático”. *LLNOA* 2013, 829.

8 *Ibidem*, 5.

9 *Ibidem*, 1.

10 Palazzo, A. (2012, 9 de abril). “El difícil aprendizaje de nuevas vías procesales, las tensiones en los derechos y el desconcierto en las fuentes. Acción de clase y enseñanza religiosa”. *ED*, 247.

11 *Ibidem*, 4.

12 Ranieri de Cechini, D. (2012, 9 de abril). “Sobre una decisión judicial contra la educación católica en las escuelas públicas de Salta: una medida contradictoria”. *ED*, 247.

13 TEDH, “Lautsi and others v. Italy Judgement”, 18 de marzo de 2011.

implica la violación de Derecho Humano alguno”¹⁴. El Dr. Lo Prete, acaso atendiendo a las críticas reseñadas, se ocupó del término “laicidad”¹⁵. Sobre aquel explicó que “reconoce a la religión como parte de la cultura y de la vida democrática, es garante de la pluralidad. Distinto sería el caso de un laicismo hostil, que busca erradicar o limitar la presencia pública de la religión. Pero no es el caso de la Argentina, cuya Constitución teísta colisiona con ese tipo de posturas”¹⁶.

Si bien el punto de la enseñanza religiosa se incluye en este estudio –ineludible, pues es el holding del caso–, interesa particularmente desde este ensayo expandir la mirada propuesta por la disidencia del Dr. Abel Cornejo, quien sostiene que la demanda debería haber sido rechazada *in limine*. No se ahondará en este ensayo en tópicos como el derecho a la igualdad, o en una revisión jurisprudencial del derecho a la libertad de cultos, acaso con la excusa de aguardar el pronunciamiento de la CSJN sobre tales materias. Así las cosas, pretendo abordar el caso desde la siguiente perspectiva: intentaré, por un lado, reseñar brevemente la situación de las provincias en cuanto a sus facultades para dictar este tipo de normas, en especial relación con algunas leyes prominentes en el ámbito nacional. Por otro lado, y utilizando la disidencia mencionada como pretexto, intentaré analizar el control de constitucionalidad sobre las Constituciones de provincia –por la CSJN y por las cortes provinciales–, explicando, en el caso específico, los peculiares efectos pasibles de producirse por los distintos sistemas de control de constitucionalidad.

Los efectos o trascendencia de la sentencia los observaré también desde la perspectiva procesal, al tratarse de una acción de clase, referencia obligada por cuanto la Corte de Salta ha convalidado la legitimación activa. En última instancia, revisaré el alcance del artículo 2º de la Constitución Nacional, en su génesis histórica y en su actualidad, para dilucidar si el artículo 49 salteño encuentra algún obstáculo en su legalidad.

II. Federalismo y autonomías provinciales

No es objeto del presente replicar o coincidir con todo lo escrito sobre el federalismo; tal tarea excede estas pocas líneas. Sí interesa hacer preliminarmente algunas precisiones, cuya evidencia no quita su valor: el federalis-

14 Limodio, G. “El crucifijo y la reforma del Código Civil a partir del caso ‘Lautsi’”, *ED*, 242-579, *apud* Ranieri de Cechini, ob. cit., 6.

15 Lo Prete, O. (2013, 9 de agosto). “Educación religiosa en las escuelas estatales de Salta”. *LL* 2013-D, 485.

16 *Ibidem*, 4.

mo argentino, pese a haber tenido un período de gestación turbulento, nació, en papel, con la Constitución Nacional¹⁷. Podrá resultar elemental, pero es importante comprender que el federalismo –y las interpretaciones que jueces y doctrinarios hagan de él– está indisolublemente sujeto a la letra de nuestra Carta Magna, a pesar de las válidas y necesarias consideraciones extra-jurídicas que se puedan invocar para explicarlo.

Al oír la palabra “federalismo”, muchos apelamos por defecto a la idea del régimen federal americano, donde el poder se encuentra mucho más descentralizado. Si bien reiteradamente se dice que la Constitución de los Estados Unidos sirvió de inspiración para la nuestra, nuestro régimen federal no es una fotografía de aquel. Tampoco está de más señalar este posible error: la suposición de que nos rige otro modelo, basándonos en construcciones abstractas o prototipos ideales sobre cómo debería ser un régimen federal.

Conceptualmente, interesa partir desde una de las nociones básicas¹⁸ que lo integran, en relación a las facultades que poseen las unidades políticas que en nuestro país denominamos provincias: la autonomía. Se entiende que todas las provincias poseen la cualidad de autónomas; así lo disponen los artículos 5º y concordantes de la Constitución Nacional. La autonomía se subdivide, a su vez, en un trípode compuesto por una pierna económica-financiera, otra política y otra normativa. Las tres forman parte de un todo; por ello diversos autores¹⁹ han observado atinadamente cómo los desbarajustes producidos en una de ellas impactan, necesariamente, debilitando las otras dos.

En lo que hace a esta facultad de dictar sus propias normas, la Constitución Nacional indica que “entre las competencias exclusivas de las provincias cabe incluir: dictar la Constitución Provincial, establecer impuestos directos, dictar sus leyes procesales, asegurar su régimen municipal y su educación primaria”²⁰, todo ello en cuanto sea conforme los principios, declaraciones y garantías consagrados en la Constitución Nacional. Básicamente, se otorga a las provincias cierto ámbito de discrecionalidad al momento de dictar su ordenamiento jurídico y, en particular, la educación escolar pri-

17 Esto lo afirma Bidart Campos, mas luego señala: “[...] nuestro federalismo no fue una creación repentina y meramente racional, sino [...] una recepción de fuerzas y factores que condicionaron su realidad sociológica”. Cf. Bidart Campos, G. (2013). *Manual de la Constitución Reformada*. T. I. Buenos Aires. Ediar, 438.

18 Véase Hernández, A. (2013, 2 de mayo). “Soberanía y autonomía provinciales. Criterio de la Corte Suprema”. *LL*, 2013-C, 731.

19 Cf. Lonigro, F. (2006, 14 de noviembre). “Extraño federalismo”. *LL*, 2008-F, 1399; Manili, P. (2011, 1º de marzo). “Tensiones en el Derecho Constitucional”. *LL*, 2011- B, 667; Iriarte, L. (2010, 5 de mayo). “La reconstrucción del federalismo argentino”. *LL Sup. Const.*, 2010-C, 951.

20 Bidart Campos, G. *Manual de la Constitución Reformada*. Ob. cit., 443.

maria, siempre y cuando las normas dictadas no sean repulsivas al régimen federal.

En este sentido, resulta interesante mencionar una sentencia²¹ muy similar del Tribunal Constitucional Alemán, donde se solicitó la declaración de inconstitucionalidad de una ley del Estado de Baviera, por medio de la cual se obligaba a colocar una cruz en cada aula. En uno de los votos de la sentencia se observó que, conforme la Ley Fundamental alemana, lo atinente a la organización escolar primaria era una materia propia de los gobiernos locales, y no del gobierno federal. Por tanto, no era tarea de dicho tribunal inmiscuirse en la organización escolar elegida por ese Estado. Se señaló, además, que el Estado de Baviera sostiene en su Constitución que la educación primaria debe inculcarse conforme a los principios de la fe cristiana.

Algo similar podría argumentarse respecto de la sentencia salteña. No se estaría saliendo, con las disposiciones cuestionadas, fuera del límite que demarca ese ámbito de discrecionalidad que posee la provincia para dictar sus normas en este respecto. Este régimen federal implica “un piso mínimo de derechos garantizados en todo el territorio de la Nación, pero [...] las provincias pueden establecer derechos o garantías más amplios dentro de su ámbito competencial”²². Es decir que no solo tienen la facultad de decidir, en un plano organizativo, por sí solas sobre todo lo referente a la educación primaria, sino que además pueden ampliar la base de derechos y garantías brindada por la Constitución Nacional.

En cuanto hace particularmente a la educación dentro de este régimen, la Ley Federal de Educación prescribe en su artículo 6° que el sistema educativo nacional “posibilitará la formación integral y permanente del hombre y la mujer [...] que se realicen como personas en las dimensiones cultural, social, estética, ética y religiosa”²³.

No se trata, sin embargo, de la única ley de alcance nacional que contempla una formación integral en las escuelas. La mismísima Ley 1.420 establece, en su artículo 8°, que “la enseñanza religiosa solo podrá ser dada en las escuelas públicas por ministros autorizados de los diferentes cultos, a los

21 Traducción parcial del fallo del Tribunal Constitucional Alemán sobre la constitucionalidad de colocar crucifijos en las escuelas públicas, disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica12.pdf, visitado por última vez el 30-7-2016. Si bien la resolución ordenó la remoción de las cruces en las aulas, el sistema educativo alemán posee escuelas estatales confesionales y religión como materia del currículo regular.

22 Elías, S. (2004, agosto). “Las Constituciones Provinciales y los derechos y garantías de la Constitución Nacional”. *LL*, Gran Cuyo, 639, 3.

23 Ley 24.195.

niños de su respectiva comunión y antes o después de las horas de clase”²⁴. Respecto a la situación de dicha ley en particular se suscitó una controversia: la mentada norma no se encontraría más en uso, puesto que desde su sanción han sobrevenido varias leyes que desvirtuaron su vigencia. Es por ello que la comisión bicameral que se ocupó de crear y aprobar el *Digesto Jurídico Argentino* —y que debe ahora mantenerlo actualizado y resolver las consultas que se susciten en su aplicación²⁵— decidió incluirla en el anexo de Derecho Histórico o Derecho Positivo no vigente²⁶.

Algunos juristas manifestaron su preocupación en la conformación del *Digesto*, particularmente en lo relativo al lugar de asiento de esta ley. Quienes protestaron por la inclusión de la Ley 1.420 dentro del resabio histórico normativo entienden que el artículo citado es la única traba legislativa para que otras provincias imiten lo que se hace en Salta²⁷; es decir, su supresión otorga la posibilidad de dictar clases de religión en escuelas públicas, pues se podrían incluir dichas clases dentro del currículo escolar habitual, y no como un anexo anterior o posterior al horario de cursada.

III. Control de constitucionalidad de la CSJN sobre las provincias

No será esta la primera oportunidad en la que la Corte Federal someterá a su escrutinio la constitución de una provincia. Desde la inclusión del recurso extraordinario como remedio procesal en 1863, la Corte ha meritado lo dispuesto por las unidades políticas que la conforman, impugnando en algunos casos la vigencia de lo dispuesto en sus Cartas orgánicas. Así, el control de constitucionalidad de la Corte Federal por sobre las provincias no está dotado de la excepcionalidad que uno creería, y se ha conformado una serie de tesis respecto de su ejercicio.

En los albores de la vida republicana argentina, la Corte ejerció un *self-restraint* (autolimitación) respecto de las causas que podían caer en su órbita. Tuvo —y tiene— discrecionalidad para ampliar o restringir su propia competencia siempre que exista un Derecho Federal comprometido. Y fue

24 Cf. Ley 1.420, art. 8°.

25 Véase Capítulo III, Ley 26.393.

26 La Ley 26.393 aprobó el *Digesto* elaborado al 31 de marzo de 2013, y creó una comisión bicameral cuya principal tarea fue dividir el ordenamiento jurídico argentino entre aquel que se encuentra vigente, y aquel que haya perdido su vigencia, denominando a este último Derecho argentino histórico. Cf. Navarro Floria, J. (2014, 21 de noviembre). “El derecho eclesiástico en el Digesto Jurídico Argentino”. *ED*, 260.

27 Disponible en: <http://www.infobae.com/2015/07/24/1743846-el-kirchnerismo-descarta-la-ley-que-garantiza-la-educacion-laica>, visitado por última vez el 15-11-2015.

en virtud de una tesis histórica o tradicional²⁸ que limitó su poder: invalidaba las Cartas orgánicas provinciales solo en los supuestos en que se viera afectado el reparto federal de competencias, con la premisa de que las provincias tienen terminantemente prohibido ejercer facultades delegadas por cualquier vía legal –ni siquiera, por medio de su propia Constitución–.

La Corte guardaba –y guarda– celosamente la potestad del Congreso de la Nación para dictar legislación de fondo. A modo de ejemplo, aunque en tiempos más recientes, impugnó un artículo de la Constitución cordobesa que declaraba la inembargabilidad de la vivienda única²⁹, por cuanto qué bienes son materia de agresión patrimonial de los acreedores es algo que corresponde determinar, a través del Código Civil, al Congreso de la Nación.

Es cierto que ese *self-restraint* ha mermado en una política de ensanchamiento³⁰ de la competencia del tribunal. En términos concretos, esto se tradujo en la impugnación de Constituciones locales por agraviar ellas los principios, derechos y garantías federales, y por su polémico entendimiento sobre la correspondencia que guardaban las Constituciones locales con el artículo 5° de la Constitución Nacional –el cual exhorta a las unidades políticas que conforman la Nación a darse instituciones republicanas compatibles o similares con las del Estado Federal–. Digo polémico entendimiento, porque durante un tiempo se rehusó consistentemente a valorar el cumplimiento provincial sobre este punto particular. Su acatamiento, entendía, quedaba a cargo de los otros poderes federales –Congreso y Poder Ejecutivo–, quienes podían eventualmente remediarlo a través de la intervención federal.

En los últimos años ha impugnado algunas Constituciones provinciales, pronunciándose sobre distintas materias y por distintos motivos. Entre los casos que nos interesan, “Hooft”³¹ se alza como la celebridad; no solo porque se dejó sin efecto un artículo de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, sino porque se transformó en uno de los antecedentes prominentes de los últimos años respecto de la interpretación de la Corte en materia de igualdad –también puesta en tela de juicio en los presentes autos–. En él, Pedro C. F. Hooft promovió demanda contra la provincia en tanto el artículo 177 de su Constitución le impedía acceder al cargo de juez de Cámara, puesto que exigía que los aspirantes hubieran nacido en territorio argentino, condición que no cumplía Hooft, más allá de haberse naturalizado nacional y estudiado y trabajado toda su vida en el país.

28 Spota (h), A. (2004). “El control de constitucionalidad sobre las constituciones de provincia”. *LL* 2004-C, 1190.

29 *Fallos*: 325:428.

30 Spota, A., ob. cit., 3.

31 *Fallos*: 327:5118.

Amén de las enseñanzas vertidas por la Corte en materia de igualdad, la pregunta que resuena a lo largo de las líneas del fallo resulta relevante, susceptible de resolver otros casos similares donde la tensión se arbitre entre Constitución local y federal: ¿se pueden imponer límites mayores en una Constitución Provincial que los trazados por la Constitución Nacional?³² La provincia de Buenos Aires argumenta, de modo predecible, que dentro de sus competencias se encuentra la facultad de darse su propia Constitución; que una declaración de inconstitucionalidad se traduce en un avasallamiento a su autonomía provincial. La Corte responde invocando su rol como protectora de la voluntad del constituyente y de aquellos principios superiores que las provincias han acordado respetar. Señala que no se trata de avasallar autonomías provinciales, sino de procurar “la perfección de su funcionamiento”³³.

IV. Control de constitucionalidad de las provincias sobre las Constituciones Provinciales

En esencia, el control de constitucionalidad es uno. Su naturaleza –la función declarativa de inconstitucionalidad– es invariable. Lo que sí puede fluctuar son sus efectos: “en” y “para” el caso concreto³⁴, como se aplica en el régimen federal argentino, control tradicionalmente acompañado de los apelativos “difuso” y “relativo”, para señalar que solo se dejará sin efecto (se “inaplicará”) una ley en ese caso particular; o con efecto derogatorio de la ley *erga omnes*, como es el caso de los tribunales constitucionales europeos. Es en los efectos, justamente, que algunas Constituciones Provinciales se han desprendido de lo dispuesto en el orden federal.

Los tribunales constitucionales que existen en Francia, Italia y otras naciones del viejo continente surgieron, curiosamente, del principio de legalidad, fruto de la supremacía de la racionalidad. Por el mentado principio, “el juez debía someterse a la ley y limitarse a su aplicación”³⁵. La función judicial estaba, entonces, marcada por la asepsia de creatividad e interpretación: el juez era solo un autómatas, que aplicaba la ley mecánicamente. No existía tampoco la noción de que el Poder Legislativo debía ser vigilado por el Judicial.

Con el avenimiento de los regímenes totalitarios se comprobó lo nefasta que era esta concepción: se abandonó la idea de que las leyes eran infalibles

32 Cf. Elías, S. (2004, agosto), ob. cit., 639.

33 *Fallos*: 327:5118.

34 Bidart Campos, G. *Manual de la Constitución Reformada*. Ob. cit.

35 Highton de Nolasco, E. (2014, 10 de junio). “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”. *LL*, 2014-C, 1000.

—gracias a los excesos del legislador— y se crearon tribunales constitucionales para protegerse de las flagrantes violaciones causadas, particularmente, en materia de Derechos Humanos.

Pero ¿qué es lo que sucede, al fin y al cabo, en nuestro país? Todos tenemos, *a priori*, la noción de que el control de constitucionalidad que se ejerce en la Argentina es exclusivamente de carácter difuso. “Ningún juez (tampoco la Corte Suprema) tiene en la República Argentina el poder de hacer caer la vigencia de una norma *erga omnes*”³⁶, ratifica la ministra Highton de Nolasco. Sin embargo, quienes estamos en contacto con literatura jurídica sabemos que es habitual encontrar, luego de una afirmación tan categórica, una o más excepciones que destiñan lo expresado —o, al menos, que morigeren su fuerza—.

En efecto, la magistrada enumera en el texto citado las variantes que el control de constitucionalidad —difuso y relativo en nuestro sistema federal— tiene en (algunos) pueblos del interior: en Tierra del Fuego, la Constitución establece que cuando el Superior Tribunal de Justicia declare por unanimidad y tercera vez la inconstitucionalidad de una norma, podrá resolver la suspensión de su vigencia; algo similar prescribe la Constitución de Chubut, que requiere que su tribunal superior impugne dos veces consecutivas o tres alternadas la inconstitucionalidad de una norma legal. Los ejemplos siguen, con alguna variedad en la dinámica de las disposiciones que admiten un control de constitucionalidad diverso al federal. Pero dentro del examen rico y detallado que nos ofrece el texto, en ningún momento encontramos a la provincia de Salta como parte de ese cúmulo de excepciones.

Lo explicado hasta el momento viene a sustentar, cuando menos de modo indirecto, lo expuesto por el Dr. Abel Cornejo en la única disidencia que compuso el voto salteño. El dictamen mayoritario de los jueces se inclinó por afirmar la legalidad de la Constitución local, por entender que la educación religiosa en colegios públicos no es incompatible con lo prescripto por la Constitución Nacional. El Dr. Abel Cornejo, sin embargo, sostuvo que la demanda debería haber sido rechazada *in limine*, puesto que “de ningún modo un poder constituido puede declarar inconstitucional una norma o cláusula de la Constitución Provincial, so pretexto de interpretación, en virtud de que la ley fundamental de la provincia solo puede ser modificada o alterada por una Convención Constituyente convocada al efecto”³⁷. Con ello se refiere no solo al artículo constitucional cuestionado, sino también a la ley que lo reglamenta, pues entiende que “la Ley 7.546 —de Educación de la Provincia— es una derivación inexorable del artículo 49, apartado noveno,

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ “Castillo y otros c/ Salta”, voto del Dr. Abel Cornejo.

de la Constitución Provincial, y en consecuencia, no debió abrirse la acción, toda vez que lo que se puso en crisis es una norma constitucional plenamente vigente”³⁸.

La Dra. Highton le daría la razón, particularmente teniendo en cuenta que, como ya se señaló, la Corte de la provincia de Salta no tiene atribución alguna que la asemeje a un tribunal constitucional europeo. ¿Por qué, entonces, el Doctor pone énfasis en el rechazo de la demanda? Vale hacer la siguiente aclaración: en el caso concreto, se presta a confusión cómo se implementaría una eventual declaración de inconstitucionalidad –recordemos, de efectos relativos– del mentado artículo 49. En un hipotético fallo favorable a favor de la parte actora, sus hijos no se verían compelidos a asistir a clases de religión, pues esto, argumentaron, es lesivo de su libertad de cultos, entre otros derechos.

Pero también alegaron discriminación, puesto que entienden que completar un formulario de manera privada para manifestar si desean o no recibir educación religiosa es lesivo del derecho de igualdad de sus representados, como así también lo sería que los niños que no son católicos se excluyan de la clase de religión que toma el resto de los alumnos. En este supuesto, para purgar la discriminación sería necesario que nadie se exprese en favor o en contra de las clases y que los niños no se agrupen de diversa manera para estudiar la religión que profesan. Lisa y llanamente: la solución sería suprimir esa clase sin más, por ser ella causa del daño.

Atinada resulta, en este orden de ideas, la mención que el voto mayoritario hace del célebre “Portillo”³⁹. Tanto en aquel proceso como en el presente, la solución frente a la tensión entre uno y otro derecho radica en la armonización entre ambos, y no en la destrucción de uno de ellos. Nos recuerdan desde Salta, adecuándose a lo ya dicho por la Corte Suprema: “La interpretación de la Constitución Nacional no debe efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por ella enumerados, para que se destruyan recíprocamente; antes bien, ha de procurarse su armonía dentro del espíritu que les dio vida”⁴⁰.

V. La incidencia de la cuestión procesal: ¿Debió abrirse la acción?

La pretensión de las actoras expuesta en el acápite anterior se explica también a la luz de la cuestión procesal: se trata aquí de una acción de clase, entablada en primera instancia contra un artículo de la Constitución

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Fallos*: 312:496

⁴⁰ “Castillo y otros c/ Salta”, voto de la mayoría.

Provincial y contra la ley que la reglamenta. Esta legitimación procesal fue controvertida tanto en el expediente como en algún comentario⁴¹ de la doctrina que glosó el fallo; en ella se encuentra enraizada la pretensión de supresión –y no de mera inaplicabilidad– del artículo constitucional por parte de las actoras.

Para efectuar el comentario que sigue asumiré que tal definición es acertada; es decir, trabajaré en la hipótesis de que se trata, efectivamente, de una acción de clase, desatendiendo las críticas respecto de tal legitimación y sin evaluar si es correcta o no tal precisión. Mi trabajo hipotético no es un mero capricho, sino que lo utilizo como vía para explicar que, incluso si concedemos que se trata de una acción de clase, no es posible la abrogación de un artículo constitucional por senda procesal.

Las acciones de clase aparecen en nuestro país por creación pretoriana de la Corte Federal a través del afamado fallo “Halabi”⁴². La doctrina se ha ocupado de comentarlo y de rellenar la laguna jurídica que deviene de la falta de regulación legal. Aquí solo interesa comentar los efectos de las sentencias que resultan de este tipo de procesos.

En “Halabi”, en virtud de la apelación que había interpuesto el Estado ante la Corte, solo se cuestionó el alcance de la sentencia que la Cámara había dictado, la cual se extendía no solo al litigante, sino también a todos los usuarios de las telecomunicaciones y de Internet⁴³. Como los agravios expresados por el Estado fueron rechazados por la Corte, los efectos generales de la sentencia de Cámara quedaron firmes.

La mayoría de la doctrina⁴⁴ celebró la proyección de la sentencia. Cassagne explica que la Corte utilizó dos tipos de argumentos para sustentar esos efectos: uno lógico y otro jurídico⁴⁵, y que ambos “tienen sólido

41 Cf. Palazzo, E. (2012, 9 de abril). “El difícil aprendizaje de nuevas vías procesales, las tensiones en los derechos y el desconcierto en las fuentes. Acción de clase y enseñanza religiosa”. *El Derecho*, 247.

42 *Fallos*: 332:111.

43 Ernesto C. Halabi promovió un amparo contra el PEN arguyendo la inconstitucionalidad de la Ley 25.873 y de su Decreto reglamentario 1.563/2004, por considerar que sus disposiciones eran contrarias a las garantías establecidas en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional. La ley y el decreto impugnados autorizaban la intervención de comunicaciones telefónicas y por Internet, sin una ley que determinara en qué casos y con qué justificativos.

44 Cf. Balbín, C. “Sobre la legitimación en el proceso de amparo”. *LL*, 2001-B1172; Cassagne, J. (2009, 6 de abril). “Derechos de incidencia colectiva. Los efectos ‘erga omnes’ de la sentencia. Problemas del reconocimiento de la acción colectiva”. *LL*, 2009-B, 646; entre otros.

45 El lógico es el atinente a la naturaleza de los derechos que se protegen por medio de una acción colectiva. El jurídico hace alusión al art. 54, párrafo segundo, de la Ley 24.240; art. 33, *in fine*, de la Ley 25.675; y al texto Constitucional, “aunque en forma implícita”, explica Cassagne. Cf. Cassagne, ob. cit., 3.

sustento, pues [...] es razonable que dicho efecto resulta ‘inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intenta proteger’. Apela, también, al principio de economía procesal, pues “aceptar que aquel Poder (el Judicial) puede desconocer la eficacia de *leyes y decretos* con relación a las partes que promueven el correspondiente litigio equivale a aceptar que puede volver a hacerlo en todos los casos sometidos a su consideración”⁴⁶. Es decir: no hay diferencia en que lo haga en un solo acto, o en repetidas oportunidades.

Sin embargo, otros autores⁴⁷, como los Dres. Legarre y Rivera (h), han desestimado que las sentencias derivadas de esta clase de procesos posean consecuencias de carácter general –como las tendría un tribunal constitucional–, pues “ni siquiera en sentido impropio podría sostenerse que una sentencia dictada en [...] procesos colectivos tiene ‘efectos *erga omnes*’, ya que los efectos de la sentencia se extienden exclusivamente a los integrantes del grupo representado por los legitimados institucionales”⁴⁸. Esta tesis podría aplicarse al caso planteado, si las actoras no hubieran manifestado expresamente⁴⁹ su voluntad de suprimir las clases.

Si aceptamos la opinión mayoritaria y volcamos lo expuesto hasta el momento a “Castillo y otros c/ Salta”, surgen algunos interrogantes sobre la demanda incoada en primera instancia: incluso consintiendo una interpretación relativa del principio de división de poderes, ¿puede declararse por vía judicial la derogación de una norma constitucional? ¿Puede proceder una acción de clase contra un artículo constitucional? ¿Todas las acciones de clase implican, necesariamente, una sentencia con trascendencia *erga omnes*? La modificación o supresión de un artículo constitucional, ¿no es algo reservado exclusivamente a una Convención Constituyente, intangible para un poder constituido?

“La demanda debió haber sido rechazada *in limine*, allende la plena legitimación que tenían las actoras para deducirla; debido a que tal como oportunamente lo señalara en el precedente ‘Amerisse’ (Tomo 163:5) de ningún modo un poder constituido puede declarar inconstitucional una norma o cláusula de la Constitución Provincial, so pretexto de interpretación, en

46 Bosch, J. (1951). *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración pública?* Buenos Aires. Víctor P. de Zavallía, *apud* Cassagne, ob. cit., 4.

47 Cf. Rivera (h), J.; Legarre, S. (2009). “Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en los Estados Unidos y la Argentina”. *Lecciones y Ensayos*, nro. 86, 321-350.

48 *Ibidem*.

49 Véase “Castillo y otros c/ Salta”, voto de la mayoría: “Concluyen [las actoras] que la única forma de evitar menoscabos a quienes no profesan la religión católica es prohibir su enseñanza dentro del horario escolar”.

virtud de que la ley fundamental de la provincia solo puede ser modificada o alterada por una Convención Constituyente convocada al efecto”⁵⁰.

Como se señaló anteriormente, el voto mayoritario fue correcto en sus precisiones legales, pero el Dr. Cornejo parece haber dado una respuesta más adecuada a la pretensión de las actoras, quienes buscaban eliminar las clases de religión, lo cual en términos legales implicaría la supresión del artículo 49 de la Constitución salteña. Esto solo puede lograrse desde una declaración de inconstitucionalidad *erga omnes*, proveniente de un sistema concentrado, atribución que, atento a lo expuesto, no posee la Corte de Salta –ni tampoco poseerá, *ceteris paribus*, la Corte Suprema al momento de resolver el recurso extraordinario concedido–; o, en el caso de las acciones de clase, según asevera la doctrina mayoritaria.

Por ello lo asiste la razón al Dr. Cornejo en su disidencia cuando nos explica: “El artículo 49 –apartado 9– de la Constitución de la provincia no solo es una norma vigente y como tal aplicable [...] sino que además resulta diáfana, y solo podría ser plausible de cambiarse, si una Convención Constituyente decidiese modificarla, abrogarla o suprimirla”⁵¹.

VI. Artículo 2° de la Constitución Nacional: alcance y proyección sobre la sentencia

Múltiples voces se alzaron sobre el decisorio salteño, no todas ellas con elogios. El objetivo de este último punto es explicar el alcance del artículo 2° de la Constitución Nacional, justamente porque la coincidencia que une a los detractores⁵² de la sentencia es partir del postulado de que nos encontramos en un régimen constitucional laico.

Interesa destacar un hecho que no parece ser anecdótico: todos los intentos de reformar o derogar el artículo 2° de la Constitución fracasaron. Sea por casualidad o causalidad, los hechos han coincidido con los autores⁵³ que abogan, primero, por la existencia de cláusulas pétreas en nuestra Constitución –aquellas no aptas de ser reformadas por el avenimiento de una comisión reformadora, en virtud de la existencia de límites de carácter

50 “Castillo y otros c/ Salta”, voto del Dr. Abel Cornejo, considerando 1°.

51 “Castillo y otros c/ Salta”, voto del Dr. Abel Cornejo.

52 Cf. Lombardi, C. (2013, 9 de agosto). “Educación religiosa en escuelas públicas de Salta. ¿Necesidad o imposición?” *LL Sup. Const.*, 2013-D, 494; Arias, M. (7 de diciembre). “Educación y evangelización en un Estado Democrático”. *LLNOA*, 829.

53 Bidart Campos es el principal defensor de esta teoría. En su tratado, Gregorio Badietti también se manifiesta a favor de su existencia.

extra-jurídicos que así lo impiden—; y segundo, por la inclusión del artículo dentro de esta categoría.

No viene mal, a los efectos antedichos, reseñar la génesis del artículo 2º de nuestra Carta Magna. En 1129, el Concilio de Palencia estipuló al diezmo como una norma canónica. Así llega a España, y así continúa su recorrido hacia América como un derecho-deber vinculado al ejercicio del derecho de patronato⁵⁴. En las Indias, el diezmo pertenecía en propiedad a la Corona por donación del pontífice Alejandro VI a los reyes de Castilla; pero también se vinculaba a la jurisdicción espiritual, puesto que su destino eran las obras de caridad en las Iglesias y el sostenimiento del culto en general.

El diezmo era, en aquel entonces, una palabra equivalente a “impuesto”: aproximadamente el 10 % de los ingresos anuales. La época de turbulencia general del Virreinato no le fue indiferente: a partir de la Revolución de 1810, surgió la duda sobre si correspondía seguir cobrándolo, pues este, en rigor, pertenecía a la Corona, como el derecho de patronato⁵⁵. So pretexto de considerar que el gobierno patrio ejercía facultades soberanas sobre las Iglesias del territorio, en 1812 comienza el dictado de una serie de medidas que incluían el ejercicio del patronato. “Soberanía” parece ser siempre una palabra clave: las autoridades de las provincias echaron mano de tal concepto para atribuirse el patronato, y con él, el diezmo como derechos. Así se transformó en una fuente de financiación, particularmente de los ejércitos, actividad que poca correspondencia tenía con su fin verdadero: el sostenimiento de la Iglesia.

Las oscilaciones legislativas en las diferentes provincias previas al dictado de la Constitución Federal fueron cuantiosas; la desviación de la finalidad diezmal por parte de las provincias se convirtió en una constante. Eventualmente, el diezmo se abolió, y el sostenimiento del culto fue afrontado por los distintos erarios públicos, en la medida en que no tuvieran otras necesidades más urgentes. Esta política, obviamente, impactó de manera negativa en el clero secular.

El problema se abordó durante el proceso de organización nacional. El culto católico no solo era el mayoritario sino que, receptado por vía hereditaria de nuestros antepasados españoles, era considerado por los constituyentes como una institución necesaria para el progreso moral de la Argentina, acaso el fundamento basal para abonar por su sostenimiento. “El contenido del artículo 2º y las demás cláusulas religiosas que involucraban a la Iglesia sancionadas en 1853 fueron interpretándose del modo propuesto por Alber-

54 Montilla, F. (2013, 15 de octubre). “El artículo 2º de la Constitución Nacional. Presupuesto de culto”. *LL Sup. Act.*

55 En rigor, el patronato era una concesión que la Santa Sede había otorgado a la corona española.

di, esto es: procurando la unificación de la Iglesia de la mano del ejercicio del Patronato por parte de las autoridades federales pero también teniendo en cuenta el avance moral que Ella generaba en la sociedad [...] Se advierte, entonces, que desde los albores de la organización constitucional la práctica institucional fue interpretar que el sostenimiento del culto debía efectuarse de dos modos: aboliendo definitivamente el diezmo y disponiendo que la Nación establezca una partida presupuestaria destinada a la Iglesia Católica, y procurando una relación política proeclesiástica”⁵⁶.

La vinculación que el futuro país tendría con la Iglesia no se limitaba, según los deseos de los constituyentes, al auxilio económico. En todo caso, esa ayuda estaba enlazada a una realidad sociológica –la mayoría católica existente–; pero los constituyentes no incluyeron el sostenimiento del culto por mero pragmatismo, sino que veían como saludables y deseables las enseñanzas morales que, fomentadas por la Iglesia, decantarían en un modelo de país.

La cláusula que finalmente se incluyó en nuestra Carta Magna reza: “El gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano”. Una observación liminar revela que: a) es una cláusula escueta; b) el uso del verbo “sostener” se presta a cierta confusión. Ante esta última situación, el instinto indica recurrir al Diccionario para levantar el velo de ambigüedad. Entonces, entre las acepciones de la *RAE* para el verbo “sostener”, encontramos: “sustentar, mantener firme algo”; “sustentar o defender una proposición”; “prestar apoyo, dar aliento o auxilio”; “dar a alguien lo necesario para su manutención”. Nótese que solo la última definición le otorga de manera explícita un contenido económico a la acepción.

Algo similar a la variedad de respuestas transcritas de la *RAE* se suscitó en la doctrina argentina. Parte de ella entendió que a “sostener” le cabía la última definición citada –de corte netamente económico–, aunque sus motivos para argüirlo excedían lo lingüístico. Este sector, si bien minoritario en un principio, fue sumando adhesiones, en particular luego del Concordato con la Santa Sede de 1966 y de la última reforma constitucional, donde se abrogaron algunos artículos⁵⁷ que de una manera u otra vinculaban a la Nación con la Iglesia Católica. Encontramos a Carlos Nino entre los exponentes más destacados de este criterio, quien si bien hacía sus críticas desde una perspectiva abiertamente liberal, entendía que el *status* de la Iglesia Católica era “violatorio del principio igualitario, que entendía implícito en la libertad de cultos”⁵⁸.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ El art. 67, que atribuía al Congreso de la Nación la potestad de “arreglar el ejercicio del patronato en toda la Nación”, según su inc. 19; que lo instaba a “promover la conversión de los indios al Catolicismo”, según su inc. 15, entre otros.

⁵⁸ Gardinetti, J. (2013). “Breves notas históricas y doctrinarias relativas a la cuestión

Exigua y precisa, la mejor respuesta a tal objeción la encontré de la pluma de Bidart Campos quien, en consonancia con Nino, arguyó: “[...] libertad de cultos pero sin igualdad de cultos”⁵⁹. En efecto, para él, el uso del verbo “sostener”, además de implicar una situación preferencial de la religión Católica por sobre las demás, trasciende lo puramente económico: implica la unión moral entre Estado e Iglesia. Señala incluso que la faceta deontológica del artículo reseñado es mucho más relevante que el sustento económico, el cual podría desaparecer, sin afectar por ello su contenido⁶⁰, y resume la ascendencia del artículo en: la unión moral del Estado con la Iglesia; y el reconocimiento de la Iglesia como una persona jurídica de Derecho Público⁶¹. Esta tesitura⁶² –más afín a lo deseado por los constituyentes– ve reflejada en el mentado precepto una afirmación por parte del Estado del contenido doctrinal de la Iglesia, a quien se le debe una protección moral. Así las cosas, sus implicancias deberían verse vertidas en las leyes promulgadas por el Congreso y las sentencias firmadas por los jueces en los tribunales, tal como en el caso salteño.

Lo expuesto puede encontrarse refrendado en una sentencia reciente emitida por el Tribunal Superior de Justicia de La Pampa: en “Presidencia del STJ s/ Presentación de la Asociación por los Derechos Civiles – ADC y Otro”⁶³, se decidió por unanimidad rechazar la pretensión de remoción de las imágenes religiosas de las salas de audiencia y otros espacios públicos del Poder Judicial que impulsaron algunas asociaciones civiles. Fueron claros los jueces al explicar que “la obligación del Estado de sostener el culto católico apostólico romano, prevista en el artículo 2º de la Constitución Nacional (sin perjuicio de que se la interprete de una forma amplia –lo que implicaría desde el sostenimiento económico del culto a la defensa de los valores y creencias propias del catolicismo– o restringida –sólo el sosteni-

religiosa en la Constitución federal argentina, en especial acerca del sostenimiento del culto católico”. *El Derecho Constitucional*, 2013-629.

59 *Ibidem*.

60 Según Bidart Campos, el artículo 2º de la Constitución Nacional no establece la obligación de subsidiar económicamente al culto católico. Este equívoco podría proceder del informe de la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso Constitucional, donde se afirma que “es obligación del gobierno federal mantener y sostener el culto católico, apostólico, romano, a expensas del tesoro nacional”. Cf. Bidart Campos, G. *Manual de la Constitución Reformada*. Ob. cit., 543.

61 *Ibidem*, 544.

62 Entre los autores que coinciden en encontrar un estatus preeminente de la Iglesia Católica a partir del art. 2º de la CN, se hallan Germán Bidart Campos, Carlos María Bidegain, Néstor Pedro Sagüés, Miguel Ángel Ekmekdjian, Norberto Padilla, Juan González Calderón, entre otros.

63 Disponible en: <http://todosobrelacorte.com/2015/06/19/juro-dios-la-patria-neutral/>, visitado por última vez el 14-9-2015.

miento económico), permite concluir que, si bien no se asume el culto como oficial, indudablemente se otorga a la Iglesia Católica un estatus constitucional propio y preferente a las demás iglesias⁶⁴.

En virtud de lo expuesto, afirmar que nuestro sistema constitucional es laico podrá ser, en algunos casos, una expresión de deseo y, en otros, una mala interpretación. Con frecuencia encontramos que las relaciones entre el Estado y una determinada religión pueden ubicarse dentro de tres formas arquetípicas⁶⁵: la sacralidad, en la cual se instituye una religión del Estado, y ambos se absorben mutuamente; la secularidad, en la que el Estado coopera con las iglesias pero sin considerarlo como una tarea específica suya; y el laicismo, en el que se erige entre el Estado y la religión un muro de separación de carácter inflexible, impermeable e inquebrantable. El contenido de las voces “laicidad” y “laicismo” puede y suele variar según el autor; su estudio excede ampliamente este ensayo.

Sin embargo, algunos doctrinarios no han sido tímidos a la hora de categorizar al Estado argentino. La Dra. Gelli explica que “de la invocación a Dios, fuente de toda razón y justicia, según lo expresa el Preámbulo de la Constitución Argentina, emana la concepción teísta que adoptaron los constituyentes de 1853, cosmovisión que no fue atea ni neutra, tampoco confesional, aunque se protegiera en especial a la religión Católica”⁶⁶. Luego opta por distinguir al laicismo de la laicidad, puesto que para el primero el factor religioso cuenta: el poder estatal debe tomarlo en consideración y propiciar la colaboración con la Iglesia. El profesor Padilla, por su parte, habla de “laicidad positiva”⁶⁷: el modelo de la Argentina desde la reforma de 1994, “compatible con un estatus privilegiado [...] o mejor, con una preeminencia de la religión Católica”⁶⁸; una definición coincidente con la propuesta por el Tribunal Superior de Justicia de La Pampa: “[...] puede afirmarse que, entre nosotros, rige [...] un modelo de laicidad positiva en donde existe una necesaria y prudente independencia entre Estado e iglesias, pero se reconoce al factor religioso como un fenómeno con trascendencia social, una dimensión propia de la persona humana no relegada al ámbito exclusivamente interno y que, como tal, no sólo no debe neutralizárselo sino que debe prestarse la

64 “Presidencia del STJ s/ Presentación de la Asociación por los Derechos Civiles - ADC y Otro”, considerando III.1.

65 Si bien la clasificación más simple y frecuente responde a este modelo tripartito, algunos autores agregan hasta cuartas y quintas categorías. Cf. Cardoso, J. (2001). “Perspectivas constitucionales sobre libertad religiosa”. *LL*, 2001-A, 787.

66 Gelli, M. (2005). “Espacio público y religión en la Constitución Argentina. Laicismo y laicidad en una sociedad plural”. *LL*, 2005-F, 1397.

67 Padilla, N. (2014, 29 de mayo). “¿Se puede hablar de religión en la escuela?” *LL Sup. Const.*, 2014-C, 300.

68 *Ibidem*.

cooperación oportuna a fin de posibilitar las condiciones necesarias para el mejor desarrollo de esa dimensión”⁶⁹.

Dado el estado actual de cosas, cada provincia puede –en razón de su autonomía y en concordancia con lo que prescriba su Carta orgánica– asimilarse al modelo salteño en lo que aquí respecta. Por razones de brevedad, remito nuevamente al voto del Dr. Cornejo, quien, transcribiendo todas y cada una de las Constituciones Provinciales en la parte pertinente, hizo una síntesis de cuál es el tratamiento que se le dio a la religión Católica en ellas. Su conclusión es que, en general, las normas constitucionales provinciales no son laicas. Además, señala que aquellas que sí lo son han incluido en sus textos una declaración expresa en tal sentido.

Concuerdan con él sus pares del voto mayoritario, quienes desestimaron la pretensión de inconstitucionalidad. Ellos, citando a la Dra. Gelli, expusieron que “es la fe en un Dios único, personal y providencial, fuente de toda razón y justicia, el que se invoca al momento de dictar la ley de leyes y que se convierte, así, en fundamento trascendente del orden legal”⁷⁰. También comprendieron que el planteo formulado evidencia “el deseo de las actoras de que en las escuelas públicas no se dicte tal materia, pero sin lograr demostrar vicio alguno que permita a este Tribunal declarar la invalidez de normas impugnadas”.

VII. Conclusiones

- i) Las provincias son autónomas; ello implica que las normas cuestionadas estarían dentro de su ámbito discrecional y serían, por tanto, válidas. Además de lo prescrito en la Constitución de Salta, algunas normas relevantes en el orden nacional incluyen a la religión como un aspecto de la persona humana que debe ser atendido durante la formación escolar.
- ii) La Corte de Salta no está facultada para dictar sentencias con carácter *erga omnes*, como sí lo están –en ciertas condiciones, y en tanto sus Cartas orgánicas así las habiliten– algunas Cortes de otras provincias del país.
- iii) Para la doctrina mayoritaria, las sentencias que resultan de acciones de clase tienen efectos *erga omnes*. Aplicar esa teoría a “Castillo y otros c/ Salta” motiva varios interrogantes pero, principalmente, genera un conflicto entre poder constituido y poder constituyente.

69 “Presidencia del STJ s/ Presentación de la Asociación por los Derechos Civiles - ADC y Otro”, considerando III.1.

70 Gelli, M., ob. cit., 5.

- iv) Por lo expuesto sobre control de constitucionalidad provincial y efectos de las sentencias en procesos colectivos, la disidencia del Dr. Abel Cornejo posee amplio sustento al afirmar que no hay en autos una vía procesal para abrogar un artículo constitucional, pues aquello solo puede suceder por obra y arte de una comisión reformadora.
- v) Desde su creación, el artículo 2º de la Constitución Nacional se concibió como mucho más que una mera vinculación económica entre Iglesia-Estado: implica una conexión más intensa, pues se trata de una afirmación de la doctrina de la primera por parte del segundo. Habiendo dotado a la Iglesia Católica de un estatus legal preeminente, no puede aseverarse que nuestro país se enrole en un sistema laico.

DISOCIACIÓN ENTRE PREVENCIÓN Y PRECAUCIÓN¹

Dissociation between prevention and precaution

Emiliano C. Lamanna Guiñazú²

Recibido: 1º de julio de 2016

Aprobado: 8 de agosto de 2016

Resumen: El autor analiza cómo la responsabilidad objetiva en el Derecho de Daños ha triunfado sobre la teoría de la culpa originando una mayor tutela para la víctima a través de la teoría del riesgo. De este modo, se produce una especie de “humanización” del Derecho Civil, ya que el *causante de riesgos* debe soportar las consecuencias que dicha actividad (riesgosa) genera.

Palabras claves: Responsabilidad objetiva - Daño - Causalidad - Prevención - Acción preventiva - Precaución - Acción precautoria - Jurisprudencia.

Abstract: The author analyzes how strict liability in Damage’s Law has triumphed over the theory of guilt resulting in greater protection for the victim through risk theory. Thus, a “humanization” of Civil Law occurs as the *cause of risks* must bear the consequences that such activity (risky) generates.

1 El presente trabajo se enmarca en el Proyecto IUS titulado “Transformaciones del Derecho de Daños a la luz de la nueva función preventiva”, dirigido por el Prof. Dr. Fernando Ubiría, perteneciente a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA).

2 Abogado (UBA - 1994). Magíster en Derecho de la Alta Tecnología (UCA - 2008). Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA - 2015). Profesor Adjunto en “Derecho de las Obligaciones” y “Derecho de Daños” en la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA). Profesor Adscrito en la Universidad Austral de “Derecho de las Obligaciones” y “Derecho de Daños”. Profesor Adjunto en la Universidad del Museo Social Argentino - UMSA, en “Derecho de las Obligaciones” y “Derecho de Daños”. Administrador de Contenidos en el sitio web www.uba.edu.ar, en la Cátedra del Doctor Aníbal Piaggio, en la asignatura “Derecho de las Obligaciones”. Correo electrónico: emilianolamanna@yahoo.com.ar.

Keywords: Strict Liability - Damage - Causation - Prevention - Preventive Action - Caution - Precautionary Action - Jurisprudence.

I. Introducción

La *responsabilidad objetiva* surge triunfante por sobre la débil *teoría de la culpa*, pues se mostró más propensa a tutelar el interés de la víctima del daño, toda vez que el contexto judicial de la noción culpógena tradicional afectaba aún más al perjudicado³. Esta nueva dimensión de la responsabilidad la logra la *teoría del riesgo*, donde se aligera la carga probatoria, siendo la relación de causalidad entre el hecho generador (acción u omisión) y el perjuicio sufrido la única herramienta que debía esgrimir el dañado para enderezar el sistema resarcitorio hacia el que ocasionó el daño. Asistíamos, casi sin darnos cuenta, a un primer rasgo de *humanización del derecho de la reparación civil*, donde la víctima se transforma en el eje del sistema.

Otro rasgo *humanizador* del Derecho de Daños es el actuar del agente que, en el ejercicio de una actividad, *genera riesgos*. Pues al hacerlo y dañar a otra persona cabe la reparación del perjuicio ocasionado. Lo que significa decir que el *causante de riesgos* debe soportar las consecuencias que dicha actividad (riesgosa) genera.

“Más vale prevenir que curar”, decía el viejo adagio médico que el Derecho tomó y reconvirtió en leyes tan dispersas como específicas, creando de tal manera una suerte de segundo adagio, “más vale prevenir que reparar”. Esta conversión marca un poco el trasegar del *derecho de la responsabilidad civil* al que conocemos hoy como el moderno *Derecho de Daños* actual, esto es de un derecho donde imperaba la reparación indemnizatoria a un derecho de la solidaridad resarcitoria... y *preventiva*.

II. Anclaje filosófico de la prevención: la prudentia

Creemos no equivocarnos al enfocar filosóficamente el problema de la *prevención del daño* en la noción de *prudentia*. Y como lo expresan los profesores Jorge Portela y Gabriel Maino, dicha noción no nos lleva a “[...] ex-

3 “En cuanto al Derecho de Daños, jurídicamente se dio respuesta a las expectativas del resarcimiento. Más aún, adquirió protagonismo la atribución objetiva de responsabilidad, que en rigor involucró la subjetividad del agente, se fue afinando el criterio de apreciación en concreto de la culpa y el daño; la liberación por caso fortuito quedó limitada en su operatividad por la incidencia de la tecnología, que confinó las hipótesis de imprevisibilidad e inevitabilidad, y en muchos casos esa liberación dependió de la ocurrencia de una fuerza mayor externa”. Alterini, A. A. y López Cabana, R. (1996). *Derecho de Daños*. Buenos Aires. Editorial La Ley, 73.

presiones multívocas, sino hipótesis múltiples, descripciones muy completas que nos brindan un panorama detallado de la importancia que presenta esta virtud en el desarrollo de la vida moral del hombre”⁴.

Los mismos autores citan a San Isidoro, afirmando que el normotipo del hombre *prudente* es aquél “[...] que ve de lejos, que es perspicaz y prevé con certeza a través de la incertidumbre de los sucesos”⁵.

Por su parte, Fernando Bermúdez, siguiendo el pensamiento de Casaubón, sostiene que el *reconocimiento jurídico prudencial*, como virtud intelectual: “[...] nos recuerda, es una virtud moral cardinal, pero al mismo tiempo es una virtud intelectual, que reside en el intelecto práctico. Su fin es determinar los debidos medios, en cada circunstancia, rectamente ordenados hacia el fin último moral. En Derecho se requiere prudencia para dictar leyes positivas, y ésta es una prudencia legislativa con mayor razón aún, se requiere prudencia para aplicar la ley a los casos concretos, y ésta es una prudencia judicial; en los ciudadanos se requiere prudencia en la obediencia a las leyes, y ésta es una prudencia ciudadana; [...]”⁶.

Volviendo a Portela y Maino, hacen una referencia concreta hacia lo *contingente* que atiende la *prudencia*, y dentro de lo *contingente* y de lo *práctico* al valor que brinda la *experiencia*, y sostienen: “En ese ámbito de lo contingente y de lo práctico es fundamental la experiencia, lo que es otro punto de contacto con el ámbito jurídico. El hombre conoce lo contingente a través de la experiencia, gracias a la capacidad de la cogitativa, que nos permite dar significado inteligible a lo que observamos a través de los sentidos, como aquél que viendo higos reconoce que se trata de higuera y no de un manzano”⁷.

La correcta *delimitación de los márgenes de incertidumbre* es la prevención, requiere de la *experiencia*, para que dicha frontera no se vuelva *desconocida o inoperante*. Lo que significa, entonces, que a la par de un grado certeza –otorgado en estos tiempos por la ciencia y la tecnología–, deben ser conocidas por aquéllos que plantean su nueva plasmación. Pues cuando hablamos de *prevenir un daño*, hay acuerdo en sostener que la experiencia

4 Portela, J. y Maino, C. A. (2014). “Prudencia Jurídica, argumentación y razonamiento judicial”, 3. Disponible en el sitio web <http://catedraportela.blogspot.com.ar/2011/02/prudencia-juridica-argumentacion-y.html>.

5 Ibídem, 4.

6 Bermúdez, F. (2013). “El pensamiento filosófico-jurídico en Juan Alfredo Casaubón”. *Prudentia Iuris*, N° 75, 128. Citado en Tesis Doctoral del Dr. Emiliano Lamanna Guinazú, “Acerca de la mitigación de los daños por parte del acreedor. Análisis general y particular de las medidas a adoptar por el perjudicado a fin de que el daño que ha sufrido no resulte maximizado en sus efectos”. Rendida el 18 de marzo de 2015 en la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA).

7 Portela, J. y Maino, C. A. Ob. cit., 5.

indica cierto grado o nivel de producción. Claro que *no todos los márgenes de incertidumbre se asemejan*, pero podemos acercarnos más a ellos si la *experiencia* nos asiste.

III. El novedoso paradigma preventivo en la responsabilidad civil

Aún con un proceso de humanización jurídica ya iniciado en la Argentina a fines de los años sesenta, había una tarea pendiente, pues con culpa o con riesgo *los paradigmas parecían no modificarse demasiado*: seguía siendo la responsabilidad civil el territorio propicio donde obtener una indemnización lo más plena posible, ajustada a las circunstancias que le había tocado vivir a la víctima. Logrando el brioso y desafiante *status quo ante* (estado anterior al daño) por supuesto, puramente ficticio, propenso más a un ardid para consolar a la víctima que un recurso veraz de composición del daño. Entonces, seguían componiéndose los perjuicios por medio de la aplicación de estas herramientas tradicionales. Por lo que vemos, era necesario correr ejes. Hacer ruido. Y que ese *status quo ante* fuera más sincero, abandonando la perplejidad que generaba la conversión indemnizatoria del daño, y proveyendo del realismo propio que encierra esta frase interrogativa: *¿Y si evitamos el daño, no estaríamos acaso en un estado anterior al mismo?*

En razón del Proyecto del Código Civil y Comercial de 1998, Atilio Alterini sostenía, en relación a este novel paradigma preventivo: “[...] tenía un profundo sentido humanista pero, a la vez, es económicamente eficiente. Porque la evitación de daños no sólo es valiosa desde la perspectiva ética, sino también desde el punto de vista macroeconómico, por ejemplo, cuando resultan daños personales de la circulación de vehículos, los costos sociales aumentan por la mayor utilización de hospitales públicos, y por la mayor actividad de los servicios de policía y de administración de justicia”⁸.

No obstante, la aguda mirada de Aída Kemelmajer de Carlucci lo veía de la siguiente manera: “No ignoro [...] que un importante sector doctrinal defiende la existencia de una única función: (la reparatoria) y argumenta que algunas de las otras funciones atribuidas son simplemente ‘la otra cara’. Más aún, algunos ofertan contra la pluralidad de funciones y con visión casi apocalíptica denuncian que provocará la ‘muerte de la responsabilidad’, la crisis o el ocaso. Sin embargo, no puede olvidarse que estas nuevas visiones

8 Alterini, A. (2000). *Antecedentes parlamentarios. Proyecto de Código Civil de la República Argentina*. Buenos Aires. La Ley, 91.

obedecen esencialmente a dos factores: 1) la gran plasticidad del Instituto y 2) las nuevas necesidades sociales”⁹.

Para Fernando Ubiría, la *prevención* del año “identifica, ordena y orienta al sistema en torno a la adecuada contemplación de su eje: el daño injusto o no justificado, por lo que el mandato consiste en anticiparse para evitar el acaecimiento del perjuicio”¹⁰.

Lo cierto es que nuestro novel Codificación Civil y Comercial se plantó en un estadio anterior al daño, previendo su producción (*Prius*), compartiendo el mismo con sus conocidos ropajes reparatorios. Legislando sólo sobre sus posterioridades, lo que de alguna manera lo deshumanizaba o desprendía de la víctima desconsolada, porque sólo veía la justicia en la reparación del daño y no en su evitación.

IV. La prevención como principio. Copiosas presencias legislativas. Consagración en la Ley 26.575. Requisitos de procedencia

Aún cuando la *prevención* y el debate abierto en derredor de ella pueda parecer reciente, tiene una amplísima convocatoria en numerosas leyes argentinas que le han dado presencia y, hasta diríamos, cierto grado de estelaridad. Veamos un poco esta normativa y determinemos luego si fuimos exagerados en nuestra afirmación: “[...] a las múltiples normas clásicas de policía del trabajo, Ley 19.587 (de salubridad, de construcción, de vehículos de transporte), se agregan otras, como las relativas a la contaminación del agua (Leyes 2797, del año 1891 y 13.577, modificada por Ley 20.324) y del aire (Ley 20.284), a la causada por buques (Ley 22.190), a la prevención de abordajes marítimos (Convenio de Londres de 1972, Ley 21.546), a la remoción de obstáculos en vías navegables (Ley 16.526 y luego Ley 18.024), a la evitación de la transmisión de ciertas enfermedades humanas (Ley 15.465), en particular el SIDA (Ley de Sangre 22.990, Ley de Lucha contra el SIDA 23.798), de animales (Ley 3.959 del año 1900) y de vegetales (Decreto Ley 6.704/1963); a la prevención de riesgos del trabajo (Ley 24.557), así como también al correcto funcionamiento del mercado (Ley 22.962); a la protección del consumidor (Ley 24.240), especialmente en cuanto a la publicidad

9 Kemelmajer de Carlucci, A. “Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el Proyecto del Código Civil y Comercial de 2012”. *Revista Jurídica de la UCES*, 18. Disponible en el sitio web:

http://dispace.uces.edu.ar8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/1/Lineamientos_Kemelmajer-Carlucci.pdf?sequence=1 (Consulta el 21-4-2016).

10 Ubiría, F. A. (2015). *Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Prólogo de Alberto Bueres. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 49.

y lealtad comercial (Ley 22.802); defensa de la competencia (Ley 22.262); alimentos (Ley 18.248) y fármacos (Ley 16.463), y a su abastecimiento (Ley 20.680). La prevención a veces ilustra sobre ciertos riesgos (cigarrillos, Ley 23.344), y llega a la prohibición de una actividad (empleo de incineradores: Ordenanza 33.291/76 de la Municipalidad de Buenos Aires) o de tenencia o consumo (estupefacientes, Ley 23.737)”¹¹. Sinceramente la vastedad de normas ofrecidas en áreas de la salud pública tan dispersas nos permite pensar que no hemos exagerado. La información legislativa nacional ya era vasta, y su núcleo a tutelar primordial era el mismo hoy en día: la *salud*. Con una fuerte presencia legislativa preventiva.

El fallo “Santa Coloma”¹², de 1986, anuncia el *principio de prevención* –no como una pura y dispersa creación legislativa, sino como *paradigma*–, al receptar en el artículo 19 de la Constitución Nacional el principio *alterum non laedere* (no dañar a los demás), piedra angular del sistema resarcitorio civil, desde Roma hasta nuestros días.

Fortaleciendo estos dichos, Fabiana Compiani, además de acompañar la presencia de la norma del artículo 19, enumera los objetivos de la prevención, que serían: “[...] impedir, suspender, prohibir o hacer cesar la conducta ilícita, peligrosa y causante de una lesión actual o futura”¹³.

La Ley 25.675, “De Política Ambiental”, la define de la siguiente manera en su artículo 4º:

“Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se puedan producir”.

El anclaje preventivo, según vemos, nos viene desde el vértice absoluto de las leyes –como lo es la Constitución–, y la absorción legal marcha en línea descendente a partir del artículo 1º del Código Civil y Comercial¹⁴, que se identifica con el proceso de la llamada *Constitucionalización del Derecho Privado*, y también de *Humanización del Derecho Privado*.

11 *Antecedentes parlamentarios. Proyecto...* Ob. cit., 91.

12 Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) – *Fallos*: 308:1160.

13 Compiani, M. F. (2011). “Los principios de prevención y precaución en el Derecho de Daños”. *XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, del 29 de septiembre al 1º de octubre de 2011, ponencia presentada a la Comisión Nº 3 – Principios de Prevención y Precaución, 1.

14 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (2015) - Artículo 1º - “*Fuentes y aplicación*. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarias a derecho”.

V. La herramienta de la precaución en el ámbito medioambiental. Rol del Mercosur

Si cada Estado miembro analiza y gestiona el riesgo de las actividades con anterioridad a su materialidad o suscita algún perjuicio, vamos a estar evitando daños que pueden propagarse y cuyas fronteras no pueden impedir que eso ocurra.

Más allá de esto, la Ciencia y la Tecnología actual no garantizan resultados, sólo dudas¹⁵. Este principio funciona coaccionando y limitando la causalidad (en especial, la causalidad adecuada), puesto que: “La Ciencia no puede determinar con certeza que un hecho cause un efecto, sino probabilidades de que ello ocurra”¹⁶. Dicha limitación de la causalidad adecuada no llega al punto de disipar este presupuesto de la responsabilidad civil al supuesto precautorio de que se trate.

Definamos, primero, qué entendemos por *precaución*. Se caracteriza “[...] por la acción anticipada delante del riesgo o del peligro, teniendo como finalidad evitar o disminuir los daños al medio ambiente cuando haya incertidumbre científica delante de la amenaza de reducción o pérdida de la diversidad biológica”¹⁷, es decir, es un principio que “facilita y permite disminuir las probabilidades de que un daño ambiental más grave ocurra”¹⁸.

Otra definición importante del mencionado principio la brindan Dias Varela y Barros Platiau, quienes comentan sobre el mismo: “[...] se caracteriza por la acción anticipada delante del riesgo o peligro, teniendo como finalidad evitar o disminuir los daños al medio ambiente cuando haya incertidumbre científica delante de la amenaza de reducción o pérdida de la diversidad biológica, es decir, es un principio que facilita o permite disminuir las probabilidades de que un daño ambiental más grave ocurra”¹⁹.

Por ello Kemelmajer de Carlucci plantea la cuestión de la siguiente manera: “El principio de precaución se aplica en todo aquello que supone resguardar Derechos Humanos y privilegia las hipótesis de que suceda lo peor, un daño irreversible, aún en un plazo muy largo”²⁰.

15 Mariño López, A. (2013). “La obligación de informar al consumidor. El paradigma de la precaución”. *LL*, Año LXXVII, N° 32. Buenos Aires, 1, en el cual sostiene: “El pilar básico de la Modernidad es puesto en duda y entra en crisis. La ciencia no llega a certezas absolutas, sino, tan solo, a conclusiones respecto a probabilidades. El conocimiento científico no disminuye los riesgos, los aumenta exponencialmente”.

16 *Ibidem*, 2.

17 Varela, M. D.; Platiau, A. F. B. (2005). *Organismos genéticamente modificados*. Belo Horizonte. 84.

18 *Ídem*.

19 *Ídem*.

20 Kemelmajer de Carlucci, A. (2001). “Determinación de la filiación del clonado”. *JA* 2001 - IV Fascículo N° 12.

Haciendo una asimilación del principio con la *responsabilidad civil*, la doctrina europea, en la notable figura de Geneviève Viney, destaca que “la teoría del riesgo creado ya aporta por el momento la protección necesaria para las víctimas de daños en el campo civil, aún cuando ello no obste a que en el futuro pueda acentuarse la necesidad de brindar una protección aún mayor, admitiendo la responsabilidad aún en supuestos de riesgos potenciales”²¹.

Misma asimilación, pero en la doctrina nacional, es la que efectúa el maestro Atilio Alterini, al decir: “Es evidente que la teoría de la responsabilidad civil en su significado de Derecho de Daños (como por ejemplo lo emplea Santos Briz) o de *Accident Law* (como por ejemplo lo utiliza Calabresi) y, asimismo, en el que involucra las virtualidades del incumplimiento contractual, están en franca transformación. Interesa pues encontrar directivas orientadoras del sentido de esos cambios. En poco más de un siglo irrumpió la sociedad industrial que trajo como secuela el maquinismo y el urbanismo y desembocó en la sociedad posindustrial (Belt) o en otras denominaciones –superindustrial (Toffler), neoindustrial (Valaskakis)–. En ese entorno las posibilidades de sufrir daños se incrementaron enormemente”²².

Nuestra Ley del Medio Ambiente también reconoce este principio, y claramente lo expresa en su artículo 4º de la Ley 26.575, “De Política Ambiental”, donde define el *principio precautorio* como: “Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”.

Una notable jurisprudencia nacional se ha dictado en nombre de este principio, lo que a todas luces señala con detalle que la justicia se ha ocupado de señalar los peligros que la Ciencia y la Tecnología no se encontraron en capacidad de señalar²³.

21 Viney, G. (2000, 30 de noviembre). “Le principe de Précaution. Le point de vue d’un juriste”. *Le Petit Affiches*, 70.

22 Alterini, A. A. (1987). Capítulo XI: “La sociedad industrial y postindustrial. Incremento de las causas de daños potenciales”. *Contornos actuales de la responsabilidad civil*. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 15.

23 CSJN 5-3-2002, Autos: “Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”; Cámara Federal de La Plata, Sala 3ª, del 30-6-2003 – Autos: “Mazzeo, Alicia S. c/ YPF S.A.”, 2003 – III, 394; Cámara Federal de La Plata, Sala 2ª, del 8-7-2003 – Autos: “Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE-EDESUR s/ cese cableado y traslado subestación transformadora Sobral de Ezpeleta”; STJ Río Negro, del 17-3-2005 – Autos: “Bordenave, Sofía c/ Mandamus s/ amparo”.

El Tratado de Asunción de 1991, que abrió el proceso de integración sudamericano a través del Mercosur, fue muy vasto y prolífico en materia medioambiental²⁴.

Como consecuencia de la falta o ausencia de certeza científica se vuelve necesario alejar el peligro y proporcionar seguridad a las generaciones presentes y futuras, a través de medidas que puedan evitar daños al medio ambiente, reportándose el *principio de precaución*²⁵. Tal como lo señala en nuestra doctrina Augusto Morello, cuando dice: “La vida privada se tiñe de pública. De lo expuesto surgen claramente los grandes desafíos que plantea la compleja –pero al mismo tiempo angustiante y vital– problemática ambiental: 1) en cuanto atañe a la plenitud de la vida, la lucha frontal contra el riesgo o peligro a la incolumidad ambiental; 2) saber encontrar un nuevo punto de equilibrio que recomponga la unidad sustancial procesal, todo ello bajo la letra y el espíritu de la Constitución Nacional, que a partir de la reforma, consagra, con privilegiado ropaje tuitivo, esos derechos de tercera y cuarta generación. Ello requiere de una nueva cultura jurídica. De un golpe de timón con la transfiguración de principios y estándares. Priorizando respuestas vivas a los problemas de hoy”²⁶.

Hay que decirlo, el Derecho Medioambiental es el punto central del *principio precautorio*; tal como lo señala la doctrina brasilera en la persona de Antonio Benjamín, es la protección del medio ambiente, al decir: “La precaución distingue el Derecho Ambiental de otras disciplinas tradicionales, que en el pasado sirvieron para lidiar con la degradación del medio ambiente, especialmente el Derecho Penal (responsabilidad penal) y el Derecho Civil (responsabilidad civil), porque éstas tienen como prerequisites fundamentales certeza y previsibilidad, exactamente dos de los obstáculos de la norma ambiental, que la precaución pretende apartar”²⁷.

24 La cuestión ambiental en el Mercosur vino a la luz mediante la Declaración de Canela en 1992, también suscripta por Chile. Por medio de esta, se estableció que las operaciones comerciales deberían abarcar los costos ambientales resultantes de las fases de producción y no transferir los mismos a las generaciones posteriores. Esta declaración produjo una mayor uniformidad en los Estados-Miembro en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo realizada en Río de Janeiro ese mismo año. Posteriormente, en el año 1995, se produce la Declaración de Taranco, en la cual los países miembros concordaron con la armonización de sus normas y legislaciones ambientales.

25 Kiss, A.; Shelton, D. (1995). *Traité de droit européen de l'environnement*. Paris. Editions Frison-Roche, 41-43: “Absence de certitude – Le principe de précaution est celui qui connaît à tous les égards le développement le plus spectaculaire. Il vise à ce que, par prudence, certaines mesures soient prises même en l'absence de certitude scientifique [...]”.

26 Morello, A. M. (1995). “El desafío de nuestros tiempos desde la perspectiva de la protección del medio ambiente”. *Revista Jurisprudencia Provincia*. Buenos Aires. Rubinzal Culzoni, 521.

27 Benjamín, A. E. (2001). “Derechos de la Naturaleza”. En AA. VV., *Obligaciones y Contratos en los albores del Siglo XXI*. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 31.

Esta aseveración del jurista brasileiro parecería aclarar la ausencia de la precaución del nuevo Código Civil y Comercial argentino, que no puede dejar en manos de la incertidumbre un aspecto tan central a su fin como en la reparación de daños.

Por otra parte, una forma en la que los miembros del Mercosur utilizan la *precaución* es el *derecho de alerta* a fin de que toda la sociedad sea informada de los riesgos que presenta una determinada actividad, y como la intención es evitar daños, solo hace falta quien alerte sobre su existencia²⁸.

Actualmente, el conjunto del cuerpo social es considerado como una *sociedad de riesgos*²⁹; otra forma de *precaución* ejercida por los Estados que pertenecen al Mercosur consiste en adoptar regímenes específicos atendiendo determinados riesgos, es decir, considerar, en sus normas internas, la llamada *socialización de riesgos*³⁰. Por tanto, nos parece adecuado sostener que el *seguro forzoso de responsabilidad civil* sería una herramienta fundamental en esta *sociedad de riesgos*, y que la preservación del medio ambiente exige una política en esa dirección.

Justamente en materia de *protección al medio ambiente*, nos parece adecuado mencionar el fallo de la Provincia de Chubut que sostuvo: “Si bien el daño ambiental o su probabilidad son cuestiones de compleja determinación y quien debe juzgarlos debe actuar con suma prudencia, corresponde suspender las tareas de prospección y explotación minera, pues la seria y razonable duda científica sobre las consecuencias negativas que estas actividades pueden ocasionar aconseja que el amparo ambiental es la solución adecuada, tal como lo determina el principio de precaución consagrado por el artículo 3º de la Ley 4.563 –Ley General de Ambiente de la Provincia de Chubut”³¹.

Vale la pena mencionar, también, que en 2006, nuestro Máximo Tribunal entendió en un complejo caso de contaminación del *Río Matanza-Riachuelo*, donde sostuvo: “La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes,

28 El alertador es la persona que brinda información a la población o a las autoridades públicas que rigen a ese grupo social, robusteciendo de algún modo el derecho a la información.

29 Luhmann, N. (1993). *Risk: a sociological theory*. New York. Ad Aldine de Gruyter, 27.

30 Para que la socialización de riesgos cobre forma, resulta necesario que cada Estado miembro conforme un sistema de seguros y fondos de cobertura verdaderamente comprometidos en socializar la responsabilidad producida y, por ende, el daño ocasionado. Claro, sabemos que el mecanismo asegurativo sólo aplica daños conocidos y/o detectables, no así los que no sabemos a ciencia cierta si van a suceder.

31 *Adla* LX-A, 904, dictado por la Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut el 24-6-2003, “Villivar, Silvana N. c/ Provincia de Chubut y Otros”, *LLPatagonia* 2004, mayo, 348.

de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí, y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo”³².

Vemos, de tal manera, que la jurisprudencia ha sido generosa en aceptar la presencia del *principio precautorio* en materia ambiental. De manera más generosa, quizás, que el principio preventivo tal como lo refleja la importante jurisprudencia exhibida, lo cual no fue obstáculo para la consagración legislativa de esta última y no de la primera.

VI. El artículo 1710: La prevención en el Código Civil y Comercial de la Nación de 2015

En sentido favorable a su recepción se ha expedido Fernando Ubiría, para quien la recepción de este paradigma introduce: “El proyecto [...] pone el acento en la necesidad de hacer foco primeramente en un estadio previo, el *ex ante* (la prevención) más que en el *ex post* (la indemnización)”³³.

La norma contenida en el artículo 1710 habla del llamado “Deber de Prevención del Daño” y dice lo siguiente:

“Toda persona tiene el deber en cuanto de ella dependa de:

- a) evitar causar un daño no justificado;
- b) adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en los que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;
- c) no agravar el daño, si ya se produjo”.

La fuente de la norma del 2012/2015 es el artículo 1585, que en una forma idéntica legislaba sobre la materia.

Lo primero que corresponde decir es que el mencionado *deber* que comienza señalando la norma: “[...] no es moral sino jurídico, puesto que pue-

32 CSJN, M 1569. XL, 20-6-2006, “Mendoza, Beatriz Silvia y Otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (Daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”.

33 Ubiría, F. A. (2012). “La Responsabilidad Civil”. *Análisis del Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial de 2012*. Buenos Aires. Informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, El Derecho, 491.

de ser exigido su cumplimiento judicialmente cuando se cumplan las condiciones previstas en los artículos 1711 y 1712³⁴.

Lo segundo que corresponde sostener es que los tres incisos señalados no hablan estrictamente de prevención del daño. O, en todo caso, que sólo lo hacen los dos primeros: el a) y el b), en tanto que el c) hace referencia expresa a la llamada mitigación del daño (*mitigation of damages*), tanto sea por la propia víctima –que sería lo más razonable– como por un tercero, sobre lo que no me explayaré en el presente trabajo.

Pareciera que las normas contenidas en los artículos 1711³⁵ y 1712³⁶, así como en cuantiosos pronunciamientos judiciales, sólo estiman el *principio de prevención*, no así el de *precaución*, que pareciera haber quedado confinado “[...] en los regímenes específicos que la contemplan”³⁷. Lo cual parece razonable, en la medida en que la prevención garantiza un daño efectivo, por tanto, la reparación de las medidas que lo evitan son sobre las sólidas bases de la previsibilidad, y no en el margen de la imprevisibilidad que plantea la precaución.

Sobre la *acción preventiva* de la norma contenida en el artículo 1711 se ha dicho: “[...] era función del Estado, y de contenido propio del Derecho Administrativo, la tarea preventiva tendiente a evitar la plasmación del evento dañoso (Compiani). Pero luego se reconoció la presencia de un remedio procesal, como ser la llamada ‘tutela civil inhibitoria’, que conmovió y, a su vez, comprometió el orden jurídico privado y, en particular, el Derecho Civil”³⁸.

Esta *herramienta procesal* pretende estar activa o presente en todas las fases donde el daño sea de posible ocurrencia, proponiendo bien detener su producción o bien su continuación o agravamiento.

VII. Funcionamiento de los presupuestos generales del responder

La prefiguración que cabe hacerse sobre el Instituto –como, en particular, se hace sobre todos los Institutos de nuestra materia– versa sobre

34 Alferillo, P.; Gómez Leo, O. y Santarelli, F. (2015) Directores del Tomo *Código Civil y Comercial Comentado*. Alterini, Jorge (Director), Tomo VIII. Buenos Aires. La Ley, 14.

35 Art. 1711 - “*Acción preventiva*. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación y agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.

36 Art. 1712 - “*Legitimación*. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño”.

37 Alferillo, P.; Gómez Leo, O. y Santarelli, F. Directores del Tomo *Código Civil y Comercial Comentado*. Ob. cit., 23.

38 Lamanna Guiñazú, E. (2012). *La prevención del daño: una evolución en el Proyecto del Código Civil Argentino*. Buenos Aires. El Derecho, N° 13.099, ED 249.

los *requisitos de procedencia* para que este se configure, o sea, los llamados *presupuestos de la responsabilidad*. Para ello, nada mejor que Compiani, para quien: “Los requisitos de procedencia son la antijuridicidad, el peligro o amenaza de daño, el interés legítimo del sujeto que reclama la tutela, la posibilidad material y jurídica de detención de la acción dañosa. En cambio, prescinde del factor de atribución”³⁹; tema sobre el cual volveremos al cerrar el presente trabajo.

Para formar parte del Derecho de Daños, para ser reconocido un instituto con contenido reparador, resulta trascendente pasar por el tamiz examinador de los llamados *presupuestos generales del responder*⁴⁰, los que —como dijimos— le dan a los institutos sometidos a su análisis raíz y pertenencia en materia resarcitoria⁴¹.

Por cierto que ese tamiz ya ha sido cubierto por la sanción legislativa del año 2015, pero vale la pena relevar a cada uno de ellos y determinar si fue costoso o no lograr dicha determinación. Veamos cómo funcionan en el instituto de la prevención...

¿Qué se necesita para que proceda la prevención del daño? Compiani contesta que serían estos los requisitos de admisibilidad:

- Antijuridicidad⁴².
- Peligro o amenaza de daño⁴³.
- Interés legítimo del sujeto⁴⁴.
- Posibilidad material y jurídica de detención de la acción dañosa⁴⁵.

39 Ídem.

40 Los presupuestos generales del responder son el camino a la reparación, y desde siempre se los identificó como cuatro (antijuridicidad, factor de atribución, daño y relación de causalidad), pero para obtener una *ejecución forzada* o *la ejecución por otro a costa del deudor* sólo se requiere la procedencia de los dos primeros. Sólo frente al incumplimiento definitivo se deben dar los cuatro a fin de obtener la reparación indemnizatoria correspondiente.

41 Vamos a ver si su adaptabilidad es tal que lo permite, o si no estamos pretendiendo asimilar las viejas estructuras indemnizatorias a noveles paradigmas más propensos a colisionar que a asimilarse.

42 Desde una mirada tradicional, este sí es un presupuesto general del responder, también conocido como incumplimiento objetivo o material.

43 El daño no producido, la incertidumbre de su aparición, es el gran núcleo del Instituto. Este no debe haberse producido pues estaríamos frente a un supuesto tradicional enjugado por medio de la indemnización típica que lo avalúa.

44 Este es un presupuesto del daño jurídico o resarcible, es decir, un presupuesto conocido para que el mismo sea reparado. La afectación de ese peligro de daño debe incidir sobre un interés legítimo del sujeto.

45 La referencia concreta de la norma pasa porque las medidas sean efectivas, y lo que logra que esto sea así es que sea posible detenerlas. Entonces, el/los sujetos involucrados deberán contar con elementos que aseguren esa posibilidad, desde un punto de vista físico

- Prescendencia del factor de atribución⁴⁶.

La *precaución* nos enfrenta a un riesgo potencial y no actual como la *prevención*, y sus requisitos son:

- La incertidumbre acerca del riesgo.
- La evaluación científica del riesgo.
- Perspectiva de un daño grave o irreversible.

Mostrar el *daño* en estado latente afecta de alguna manera a la *causalidad*, a la que el daño se encuentra tan ligada, pues la actividad preventiva no deja de ser un *proceso causal anticipado*.

La gran discusión relacionada con ambos institutos versa sobre la *antijuridicidad*. En torno a la *prevención* se ha dicho que la acción preventiva es autorizada por el artículo 1711, a lo que sostienen Alferillo, Gómez Leo y Santarelli: “[...] debemos tener en cuenta que el daño será futuro, con lo cual el mismo, al momento de impetrarse la acción preventiva, no se ha producido aún, motivo por el cual al no existir en la realidad fáctica el menoscabo, no es operativa la presunción de ilicitud contenida en el artículo 1717, donde se regula que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica, si no, no está justificado”⁴⁷.

VIII. Conclusiones

A la luz de lo señalado en los puntos precedentes, podemos enfatizar la cuestión en los tópicos que a continuación ponderamos:

- “Más vale prevenir que curar”, decía el viejo adagio médico. A lo que, reconvertido en nuestra área de conocimiento, podríamos mencionar como una suerte de segundo adagio, “más vale prevenir que reparar”.
- El paradigma preventivo, a la par de ser un principio profundamente humanista, resulta económicamente eficiente.

o jurídico. A lo que deberemos sumar la absoluta independencia de estos con el daño que se intenta provocar. Es decir, ser absolutos terceros al hecho o eventuales víctimas. Caso contrario no habrá reparación alguna.

46 Compiani, M. F. (2011). “Los principios de prevención y precaución en el Derecho de Daños”. Ob. cit., 3.

47 Que la incertidumbre que brinda el daño a producirse pueda desbaratarse por medio de una medida concreta no sólo asoma como necesaria, puesto que podríamos emprender una medida evitativa absolutamente desproporcionada entre medios y fines; se ve como razonable.

- Aún cuando la *prevención*, y el debate abierto en derredor de ella, pueda parecer reciente, tiene una amplísima convocatoria en numerosas leyes argentinas que le han dado presencia y, hasta diríamos, cierto grado de estelaridad.
- El fallo “Santa Coloma”, de 1986, anuncia el *principio de prevención* –no como una pura y dispersa creación legislativa, sino como paradigma–, al “descubrir” en el artículo 19 de la Constitución Nacional el principio *alterum non laedere* (no dañar a los demás), piedra angular del sistema resarcitorio civil, desde Roma hasta nuestros días.
- La Ley 25.675, “De Política Ambiental”, la define de la siguiente manera en su artículo 4º: “Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se puedan producir”.
- La *precaución* se caracteriza “[...] por la acción anticipada delante del riesgo o del peligro, teniendo como finalidad evitar o disminuir los daños al medio ambiente cuando haya incertidumbre científica delante de la amenaza de reducción o pérdida de la diversidad biológica”, es decir, es un principio que “facilita y permite disminuir las probabilidades de que un daño ambiental más grave ocurra”.
- Nos parece adecuado sostener que el *fondo asegurativo* sería una herramienta fundamental en esta *sociedad de riesgos*, y que la preservación del medio ambiente exige una política en esa dirección.
- Mostrar el *daño* en estado latente afecta de alguna manera a la *causalidad*, a la que el daño se encuentra tan ligada, pues la actividad preventiva no deja de ser un *proceso causal anticipado*.
- La norma contenida en el artículo 1710 habla del llamado “Deber de Prevención del Daño”.
- Los tres incisos señalados no hablan estrictamente de prevención del daño. O, en todo caso, sólo lo hacen los dos primeros: el a) y el b), en tanto que el c) hace referencia expresa a la llamada mitigación del daño (*mitigation of damages*), tanto sea por la propia víctima –que sería lo más razonable– como por un tercero,
- La herramienta procesal del artículo 1711 sobre “acción preventiva” del Código Civil y Comercial pretende estar activa o presente en todas las fases donde el daño sea posible que ocurra, proponiendo bien detener su producción o bien su continuación o agravamiento.
- El Código Civil y Comercial de la Nación por fuerza de la norma mencionada sólo acepta el principio preventivo, es decir, aquél que puede decirse que está embebido de previsibilidad de ocurrir, no así el de precaución.

- Pensamos que esto es así, pues la reparación de las medidas evitativas requieren dicha previsibilidad, no así la imprevisibilidad que es el sello de la precaución.
- Es muy importante juzgar la presencia de los presupuestos generales del responder en ambos institutos, puesto que los parámetros reparatorios no se mueven por los estándares conocidos del *posterius* dañoso, sino de un *prius* que –naturalmente– transforma la visión tradicional de estos presupuestos.
- Los presupuestos o requisitos que asoman como más razonables para la producción de la prevención son la antijuridicidad, el peligro de daño y el interés legítimo del sujeto.

Bibliografía y jurisprudencia

- Adla* LX-A, 904, dictado por la Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut el 24-6-2003, “Villivar, Silvana N. c/ Provincia de Chubut y Otros”, *LLPatagonia*, 2004, mayo, 348.
- Alferillo, Pascual; Gómez Leo, Osvaldo y Santarelli, Fulvio (2015), Directores del Tomo *Código Civil y Comercial Comentado*. Buenos Aires. La Ley, 23.
- Alterini, Atilio Aníbal (1987). Capítulo XI: “La sociedad industrial y postindustrial. Incremento de las causas de daños potenciales”. *Contornos actuales de la responsabilidad civil*. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 15.
- Alterini, Atilio Aníbal y López Cabana, Roberto (1996). *Derecho de Daños*. Buenos Aires. La Ley, 73.
- Alterini, Atilio Aníbal (2000). *Antecedentes parlamentarios. Proyecto de Código Civil de la República Argentina*. Buenos Aires. La Ley, 91.
- Benjamín, Antonio E. (2000). “Derechos de la Naturaleza”. En AA. VV., *Obligaciones y Contratos en los albores del Siglo XXI*. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 31.
- Bermúdez, Fernando (2013). “El pensamiento filosófico-jurídico en Juan Alfredo Casaubón”. *Prudentia Iuris*, N° 75. Buenos Aires. Educa, 128.
- Compiani, María Fabiana (2011). “Los principios de prevención y precaución en el Derecho de Daños”. *XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, del 29 de septiembre al 1° de octubre de 2011, ponencia presentada a la Comisión N° 3 – Principios de Prevención y Precaución, 1.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) – *Fallos*: 308:1160.
- CSJN 5-3-2002, Autos: “Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”; Cámara Federal de La Plata, Sala 3ª, del 30-6-2003 – Autos: “Mazzeo, Alicia S. c/ YPF S.A.”, 2003 – III, 394; Cámara Federal de La Plata, Sala 2ª, del 8-7-2003 – Autos: “Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE-EDESUR s/ Cese cableado y traslado subestación transformadora Sobral de Ezpeleta”; STJ Río Negro, del 17-3-2005 – Autos: “Bordenave, Sofía c/ Mandamus s/ amparo”.

- CSJN, M 1569. XL, 20/672006, “Mendoza, Beatriz Silvia y Otros c/ Estado Nacional y Otros s/ daños y perjuicios (Daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo”.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída (2001). “Determinación de la filiación del clonado”. *JA* 2001 –IV Fascículo N° 12.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída. “Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el Proyecto del Código Civil y Comercial de 2012”. *Revista Jurídica de la UCES*, 18. Disponible en el sitio web: http://dispace.uces.edu.ar8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/1/Lineamientos_Kemelmajer-Carlucci.pdf?sequence=1 (Consulta el 21-4-2016).
- Kiss, A.; Shelton, D. (1995). *Traité de droit européen de l'environnement*. Paris. Editions Frison-Roche, 1995, 41-43.
- Lamanna Guinazú, Emiliano (2012). *La prevención del daño: una evolución en el Proyecto del Código Civil Argentino*. Buenos Aires. El Derecho, N° 13.099, ED 249.
- Luhmann, Niklas (1993). *Risk: a sociological theory*. New York. Ad Aldine de Gruyter, 27.
- Mariño López, Andrés (2013). “La obligación de informar al consumidor. El paradigma de la precaución”. *LL Año LXXVII*, N° 32. Buenos Aires, 1.
- Morello, Augusto Mario (1995). “El desafío de nuestros tiempos desde la perspectiva de la protección del medio ambiente”. *Revista Jurisprudencia Provincia*. Buenos Aires. Rubinzal Culzoni, 521.
- Portela, Jorge y Maino, Carlos Alberto (2014). “Prudencia Jurídica, argumentación y razonamiento judicial”, 3. Disponible en el sitio web <http://catedraportela.blogspot.com.ar/2011/02/prudencia-juridica-argumentacion-y.html>.
- Tesis Doctoral del Dr. Emiliano Lamanna Guinazú, “Acerca de la mitigación de los daños por parte del acreedor. Análisis general y particular de las medidas a adoptar por el perjudicado a fin de que el daño que ha sufrido no resulte maximizado en sus efectos”. Rendida el 18 de marzo de 2015 en la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA).
- Ubiría, Fernando Alfredo (2015). *Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación de la Nación*. Prólogo de Alberto Bueres. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 49.
- Ubiría, Fernando Alfredo (2012). “La Responsabilidad Civil”. *Análisis del Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial de 2012*. Buenos Aires. Informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. El Derecho, 491.
- Varella, Marcelo Dias; Platiau, Ana Flavia Barros (2005). *Organismos genéticamente modificados*. Belo Horizonte. Del Rey, 84.
- Viney, Geneviève (2000, 30 de noviembre). “Le principe de Précaution. Le point de vue d’jurista”. *Le Petit Affiches*, 70.

**LA LESIÓN CALIFICADA EN EL DERECHO CIVIL URUGUAYO.
DISTINTAS POSICIONES DOCTRINARIAS SOBRE SU
ADMISIBILIDAD**

*The “laesio” in the Uruguayan Civil Law.
Different doctrines about their admissibility*

Valeria Techera Barreiro¹

Recibido: 17 de mayo de 2016

Aprobado: 11 de julio de 2016

Resumen: Pese a la similitud de origen e ideología de los Códigos Civiles de Uruguay y Argentina y el claro rechazo de los codificadores al instituto de la lesión, la evolución que el mismo tuvo en uno y otro país fue muy diferente. Mientras en Argentina se admitió su aplicación desde la década de 1940 y luego se consagró expresamente en 1968, en Uruguay la discusión sobre su admisibilidad aun continúa, siendo mayoritaria la doctrina que la considera inaplicable en el ordenamiento jurídico vigente.

Palabras claves: Lesión - Autonomía de la voluntad - Libertad contractual - Buena fe - Principio de igualdad.

Abstract: Despite the similar origin and ideology of Uruguayan and Argentinean Civil Codes and that both legislators clearly rejected the laesio, the evolution of the same in these countries has been very different. While in Argentina the application of the laesio has been admitted since 1940 and expressly regulated in 1968, in Uruguay the discussions about its admissibility continues and the majority doctrine considers that the laesio is not applicable under the Uruguayan legal framework in force.

1 Profesora Ayudante de Derecho Civil en la Universidad Católica del Uruguay. Doctoranda de la Universidad Católica Argentina. Doctorado en Ciencias Jurídicas. Correo electrónico: vtechera@ppv.com.uy.

Keywords: Laesio - Party autonomy - Contractual freedom - Good faith - Equality principle.

I. Introducción

Tanto Tristán Narvaja, en Uruguay, como Vélez Sarsfield, en Argentina, con clara influencia de la concepción liberal-individualista, rechazaron el instituto de la lesión. Vélez lo hizo mediante la nota al artículo 943 del Código Civil Argentino y Narvaja lo estableció de forma expresa en el artículo 1277 del Código Civil Uruguayo (CCU), que dispone: “La lesión por sí sola no vicia los contratos. No puede, pues, la lesión servir de fundamento a restitución *in integrum* alguna; sin perjuicio de lo dispuesto sobre la nulidad en el Capítulo VII del Título III de este Libro”.

Pese a la similitud de los Códigos, la ideología plasmada en ellos y el entorno cultural, económico y temporal de ambos países, mientras en Argentina la lesión tuvo una gran evolución gracias a la tarea de la jurisprudencia y la doctrina que abogaron por su admisibilidad aun en el Código de Vélez hasta llegar a su consagración legal, en Uruguay la discusión sobre este instituto sigue vigente, siendo mayoritaria la posición doctrinaria y jurisprudencial que considera que la lesión no es admisible en el Derecho Uruguayo vigente.

II. Tesis tradicional. Inadmisibilidad de la anulación del contrato en base al desequilibrio económico de las prestaciones

II.1. Nociones generales

La doctrina tradicional sostiene que el CCU no contiene normas destinadas a la protección del principio de equidad contractual, en particular, en lo que respecta a las manifestaciones más modernas del mismo, como la teoría de la imprevisión, abatimiento de las cláusulas penales excesivas, anulación de cláusulas abusivas, daños y perjuicios punitivos, etc. Señala esta doctrina que lejos de consagrarse el principio de equidad contractual, pueden encontrarse en el CCU una serie de normas expresas que se inclinan hacia un principio contrario: el principio de autonomía privada, una de cuyas derivaciones fundamentales es el principio de intangibilidad del contrato. Este último principio se ramifica en normas fundamentales del CCU, entre las que se encuentran: (a) la que establece la fuerza obligatoria de los

contratos legalmente celebrados (art. 1291, inc. 1²); (b) la que dispone que los contratos solo se revocan por las causas que la ley autoriza (art. 1294); (c) que las obligaciones solo se extinguen si la prestación deviene totalmente imposible (art. 1549); (d) que la lesión por sí sola no vicia los contratos (art. 1277); (e) que la equivalencia de los contratos onerosos es subjetiva (art. 1250³)⁴.

En base al tríptico formado por los artículos del CCU 1291, 1250 y 1277, la doctrina en estudio ha sostenido invariablemente la intangibilidad del contrato como consecuencia indiscutida de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad. En tal sentido, para esta línea de pensamiento es claro que la equivalencia de las prestaciones es de naturaleza subjetiva (son las partes las que “miran” como equivalentes las prestaciones), y lo pactado libremente por éstas, esto es, sin vicios del consentimiento, las vincula como la ley misma.

La estimación de equivalencia de las prestaciones es, entonces, en esta tesis, totalmente subjetiva, y por tanto, lo pactado por las partes libremente es válido aun cuando exista un grave y evidente desequilibrio económico entre las prestaciones pactadas y dicho desequilibrio tenga su causa en el abuso de las debilidades de uno de los contrayentes. Esta concepción conlleva al rechazo del instituto de la lesión (objetiva y subjetiva) como instrumento de impugnación de la validez de los contratos y a la total intrascendencia jurídica del equilibrio económico de las prestaciones asumidas por los contratantes.

II.2. El principio de equivalencia en el CCU es subjetivo

El artículo 1250, que establece que el contrato conmutativo es aquel en el cual cada una de las partes se obliga a una prestación que se mira como equivalente a la prestación de la otra, es muestra, para esta doctrina, de que el criterio de equivalencia consagrado por el CCU es de naturaleza subjetiva, es decir, son las partes las que miran como equivalentes las prestaciones aunque éstas en realidad no lo sean⁵.

2 El art. 1291, inc. 1, textualmente establece: “Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma”.

3 Esta norma define los contratos onerosos conmutativos como aquellos en los que “cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o a hacer a su vez”.

4 Berdaguer, J. (2007). “Teoría de la Imprevisión y lesión calificada. Fundamentación y comentarios del nuevo proyecto de ley presentado al Instituto de Derecho Civil”. *Anuario de Derecho Civil Uruguayo (ADCU)*, T. XXXVII, 539.

5 Gamarra, J. (1979). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Montevideo. FCU, T. VIII, 129.

El criterio subjetivo adoptado por el CCU respecto de la equivalencia de las prestaciones en los contratos conmutativos ya adelanta cuál es su posición sobre el instituto de la lesión. En efecto, el criterio subjetivo de equivalencia supone el rechazo de la búsqueda de un valor o precio ideal (precio justo), y en su lugar toma en cuenta solamente el valor considerado por las partes. Por tanto, la conclusión lógica que se deriva es el propio texto del artículo 1277, esto es, que la lesión no vicia el contrato. De acuerdo a esta interpretación de las normas, el sistema uruguayo rechaza la lesión en todo el ámbito contractual, aceptándola en la partición, acto especial, ajeno al ánimo de especulación, en el que se busca la distribución equitativa de los bienes⁶.

II.3. Interpretación del artículo 1277 del CCU

Para la tesis tradicional, la interpretación del artículo 1277 debe realizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 17 del CCU, que establece que para interpretar una expresión oscura de la ley se debe recurrir a su intención o espíritu manifestado en ella misma o en la historia fidedigna de su sanción. Considera que la intención del legislador en este punto es clara en cuanto el propio codificador, Tristán Narvaja, suscribió el informe de la Comisión de Codificación de 1867⁷, de donde surge de forma manifiesta el repudio de éste hacia el instituto de la lesión. Asimismo, al momento de sanción del CCU no existía el concepto de lesión calificada, sino solamente

6 De Cores, C. (Dir.); Gamarra, R. (Dir.); Venturini, B. (Dir.) (2014), *Tratado jurisprudencial y doctrinario: incumplimiento del contrato*. T. I. Montevideo. La Ley, 639.

7 Informe de la Comisión de Codificación, 31 de diciembre de 1987, (2000). *Código Civil de la República Oriental del Uruguay anotado y concordado por Eugenio B. Cafaro y Santiago Carnelli*. Montevideo. FCU, 27: “El Derecho vigente admite, como el Romano, la rescisión por causa de lesión enorme o enormísima, y éste es otro de los puntos que la Comisión, de acuerdo con el autor del proyecto, ha creído digno de reforma. Es de interés público que las convenciones lícitas sean siempre eficaces, no sólo por el respeto que merecen la promesa hecha y la palabra empeñada, sino también porque la seguridad del dominio contribuye, en gran manera, al desenvolvimiento de la sociedad. El hombre debe contratar con prudencia, y si no lo hace se perjudica, la ley no debe prestarle auxilio, como no haya mediado delito o cuasidelito de parte del otro contrayente, o algún otro vicio radical en el contrato. Dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores o nuestras imprudencias. Cuando la ciencia económica enseña de un modo incontestable que el precio convencional se determina por la libre transacción del vendedor y el comprador, y ese precio es el verdadero y justo de las cosas, expresión de su valor en el cambio en el instante en que el contrato se celebra [...] ¿por qué no aceptaríamos en lo civil, como justo, como acertado y bueno ese principio? [...] tenemos por mucho más conforme a la moral, la sencilla consignación de esta regla: cada cosa en venta vale la cantidad en que se vende; no habiendo vicios en ella, y no mediando error, ni dolo, no coacción”.

la lesión definida por su único componente objetivo, la disparidad o desequilibrio del intercambio. Ésta y no otra es, para la tesis clásica, la lesión que no vicia los contratos, siendo lo irrelevante que las prestaciones no sean equivalentes. Consecuentemente, el CCU autoriza a que las partes regulen libremente sus intereses por medio del contrato, valoren los términos del intercambio, y se abstiene de controlarlo⁸.

Entiende Gamarra⁹ que la expresión “por sí sola” contenida en el artículo 1277 del CCU refiere a la ausencia de vicios del consentimiento. Es decir, “no lo vicia aunque no esté acompañada por otro vicio”¹⁰. El codificador nacional optó por la validez del contrato económicamente desequilibrado siempre y cuando haya sido libremente pactado (sin vicios de la voluntad) y con causa y objeto lícito. El autor¹¹ cita en apoyo de esta interpretación el artículo 196 del Código de Comercio Uruguayo, fuente del artículo 1277, el que establece: “En los contratos de comercio, no ha lugar a la rescisión por causa de lesión, aunque se diga enorme o enormísima, a no ser que se proba error, fraude o simulación”.

III. Replanteo de la cuestión. La tesis del Prof. Juan Blengio. Admisibilidad de la lesión calificada en el Derecho Civil Uruguayo

A pesar de que el CCU no consagró ni quiso consagrar la lesión, ni la excesiva onerosidad superviniente, la doctrina uruguaya, de vez en cuando, y en especial en época de crisis económica, vuelve a replantear nuevos enfoques renovadores sobre dicha cuestión con el objetivo de encontrar algún fundamento que permita sostener la admisión de dichos institutos en el Derecho Positivo Uruguayo por vía de la reinterpretación de las normas del CCU¹².

El último intento en este sentido fue especialmente protagonizado por el Prof. Juan Blengio, quien a través de varios trabajos publicados en el *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* ha replanteado la cuestión abogando por la admisibilidad de la lesión calificada en el Derecho Uruguayo median-

8 Gamarra, J. (2006). “Imprevisión y equivalencia contractual. Código Civil o Torre de Babel”. *Cuadernos del Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, N° 13, 6.

9 *Ibidem*, 9.

10 *Ibidem*, 9.

11 *Ibidem*, 10.

12 Cabe destacar que esta intención de solucionar los problemas por vía doctrinaria es una característica tradicional en Uruguay. A modo de ejemplo, por medio de un fuerte trabajo doctrinario y jurisprudencial desarrollado particularmente en la segunda mitad del siglo XX, se llevó a cabo la teoría de la responsabilidad extracontractual objetiva y el principio de protección de las víctimas.

te la interpretación del artículo 1277 a la luz del principio constitucional de igualdad.

III.1. El fundamento de la eficacia normativa del contrato

A diferencia de lo sostenido por la doctrina tradicional, Blengio¹³ entiende que la voluntad de las partes no es suficiente para que el contrato sea válido, sino que, además, es necesario que sea equilibrado y justo.

Admite que la libertad es un derecho constitucionalmente reconocido y garantizado, encontrándose dentro de sus manifestaciones la libertad de iniciativa, particularmente en el plano económico. Este reconocimiento constitucional a la autonomía privada tiene una recepción específica en una serie de normas del CCU, siendo el contrato la manifestación por excelencia de este derecho.

La fuerza vinculante asignada a la norma creada por el acuerdo de voluntades se asimila a la fuerza de la ley: “Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma” (art. 1291 del CCU). Sin embargo, señala Blengio, esta libertad no es absoluta. No basta el simple acuerdo de voluntades, sino que el mismo debe respetar ciertas limitaciones procedimentales al momento de crear la norma, esto es, el contrato. El acuerdo de voluntades se debe ajustar a las previsiones legales, en especial al artículo 1261¹⁴ del CCU, que establece los requisitos esenciales de validez del contrato (siendo el consentimiento tan solo uno de ellos) y a las cláusulas generales, como el orden público, las buenas costumbres, buena fe y abuso de derecho (art. 1291, inc. 2¹⁵).

En base a lo anterior, concluye que el acuerdo de voluntades no es suficiente para describir el contrato plenamente ni para fundar su fuerza

13 Blengio, J. (1997). “La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir”. *ADCU*, T. XXVII, 400.

14 Art. 1261: “Para la validez de los contratos son esenciales los cuatro requisitos siguientes:

1° Consentimiento de las partes.

2° Capacidad legal de la parte que se obliga.

3° Un objeto lícito y suficientemente determinado que sirva de material de la obligación.

4° Que sea lícita la causa inmediata de la obligación.

Esto se entenderá sin perjuicio de la solemnidad requerida por la ley en ciertos contratos”.

15 Art. 1291: “Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma.

Todos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley”.

vinculante. No es ni fuente única ni fuente omnímoda de efectos normativos contractuales, sino que también hay exigencias positivas (en cuanto al contenido) para que el contrato sea jurídicamente vinculante. No basta con que el contrato sea creado conforme a las normas procedimentales (límites negativos), además debe ajustarse a un determinado contenido, esto es, ser justo y equilibrado en virtud de la aplicación del principio constitucional de igualdad. Esta exigencia de equilibrio se pone de manifiesto en aquellos contratos en los cuales las partes tienen desigual poder de negociar, lo que permite subdividir los contratos en paritarios y no paritarios.

Indica el autor que a efectos de evitar las consecuencias negativas resultantes del desequilibrio del poder de negociar en el ámbito de los contratos no paritarios se han seguido, a nivel de Derecho Comparado, dos caminos. Uno de ellos es el dictado de normas especiales, como aquellas que regulan las relaciones de consumo (en Uruguay, Ley 17.250, en adelante LRC); y en segundo lugar, por medio de remedios generales como es el caso de la *unconscionability* en el *Uniform Commercial Code*, o la lesión en los países que la admiten; o sin haberlo sido de forma expresa, se infiere de las normas, valores y principios del ordenamiento jurídico, como ocurre, para el autor, con el derivado de la aplicación del principio constitucional de igualdad al ámbito de las relaciones privadas¹⁶.

III.2. Aplicación del principio constitucional de igualdad a las relaciones contractuales

El artículo 8º de la Constitución se limita a consagrar el principio de igualdad de forma general y absoluta: “Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes”.

Ha sido tarea de la doctrina y jurisprudencia su interpretación, admitiéndose que el mismo tiene tres manifestaciones: (i) igualdad en la ley, conforme a la cual ésta no debe establecer discriminaciones injustas; (ii) igualdad ante la ley, que determina que la ley deba ser aplicada de igual forma para todos los afectados por ella; y (iii) igualdad por la ley que tiene una función correctiva de las desigualdades imperantes.

La igualdad en y por la ley son expresiones del principio de justicia conmutativa y distributiva, en cuanto tienden a evitar que los hombres en iguales circunstancias reciban un tratamiento desigual y suprimir o ate-

16 Blengio, J. (2001). “Hacia una contratación más equilibrada y justa. Crónica de algunos remedios generales al desequilibrio de la relación contractual”. *ADCU*. T. XXXI, 541.

nuar desigualdades que deben ser corregidas. La igualdad, por tanto, no es meramente formal sino sustancial.

Otra faceta del principio de igualdad es la igualdad entre las partes, lo cual se funda en dos argumentos. En primer lugar, la postulación de la aplicación del principio de igualdad a los particulares en el ámbito de las relaciones contractuales es una consecuencia de la igualdad entre las partes, ya que el contrato es una norma jurídica asimilada a la ley (art. 1291). En segundo lugar, el artículo 332¹⁷ de la Constitución impone esta aplicación.

En base a la afirmación anterior es que Blengio¹⁸ sostiene que el contrato es y debe ser un medio para la realización de la justicia conmutativa y un instrumento para la actuación de la distributiva (igualdad en y por la ley contractual).

Aclara el autor¹⁹ que cuando los principios constitucionales han sido objeto de reglamentación por la ley, serán las disposiciones de ésta las que habrán de aplicarse, pero en la medida en que no lo hayan sido, o existiendo lagunas, se aplicarán en la forma que determinen la analogía, el recurso a los principios generales y las doctrinas generalmente admitidas.

A nivel legal, no hay una disposición que consagre de forma expresa el principio de igualdad. Sin embargo, como se refirió anteriormente, existen para Blengio varias consagraciones del principio en distintas normas del CCU, leyes especiales y cláusulas generales, como la buena fe, equidad y abuso de derecho.

De acuerdo a esta línea de pensamiento, las normas legales deben ser interpretadas a la luz de las constitucionales, y éstas últimas forman parte de la propia normativa destinada a regular una determinada relación jurídica. Esto determina que las normas constitucionales no tienen un rol importante únicamente en caso de laguna o dudas, sino que son un instrumento normal y principal de interpretación desde que son expresión de valores que deben regir la tarea hermenéutica de las leyes²⁰. En conclusión: “La igualdad formal y sustancial, con su carga de justicia distributiva y conmutativa, incide en el campo de las relaciones entre particulares, no sólo a través de su aplicación directa, sino también en sede de interpretación, con-

17 “Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”.

18 Blengio, J. (1997). “La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir”. Ob. cit., 407.

19 Ibídem, 406.

20 Ibídem, 408.

tribuyendo de manera decisiva a individualizar el contenido y el alcance de las llamadas cláusulas generales como el orden público, la buena fe, la equidad, la diligencia, y hasta nociones más concretas como la causa extraña”²¹.

III.3. Alcance de la aplicabilidad del principio de igualdad al ámbito contractual y su coordinación con el principio de libertad

Enseña Blengio²² que los principios de libertad e igualdad son de rango equivalente, por lo que debe armonizarse el campo de actuación de cada uno de ellos.

En tal sentido, la libertad contractual debe ser sometida a restricciones en función del principio de igualdad, de modo que no afecte la libertad contractual de la otra parte. Un tratamiento desigual solo sería admisible si fuere la consecuencia real de un acto de voluntad, lo que no sucede cuando existe desigualdad de poder negociador o el sujeto consiente sin tener adecuada conciencia del alcance de su consentimiento. El aspecto central de la cuestión es identificar un criterio que, respetando el derecho de los particulares a autorregular sus relaciones jurídicas de contenido patrimonial, no determine situaciones de desigualdad injustificada entre ellos.

El autor sostiene que el criterio a ser utilizado para determinar cuándo el desequilibrio está o no justificado es el de arbitrariedad e irracionalidad, utilizado por la doctrina y jurisprudencia para establecer cuándo se ha violado el principio de igualdad por una ley. A la luz de este criterio, “podría parecer seguro sostener que cuando el desequilibrio en las posiciones contractuales se da en el marco de una situación de disparidad del poder de negociar, sin una explicación que justifique razonablemente la situación desventajosa de la parte débil, la desigualdad será arbitraria y por consiguiente ilegítima”²³.

Conforme a la tesis en estudio, las desproporciones arbitrarias son ilegítimas. Cuando esta desproporción refiere al contenido normativo del contrato, existen diversas vías jurídicas para sostener la ausencia de fuerza vinculante de las normas arbitrarias, como por ejemplo la buena fe, el abuso de derecho, etc. Sin embargo, cuando la arbitrariedad radica en el valor económico de las prestaciones, el tema se vuelve más complejo por la existencia del artículo 1277, las expresiones claras que en relación a la lesión realizó el codificador y la consagración del criterio subjetivo de equivalencia. Sin embargo, la interpretación que la doctrina tradicional da a la frase “por sí sola”

21 *Ibidem*, 408-409.

22 *Ibidem*, 409.

23 *Ibidem*, 412.

contenida en la norma (ausencia de vicios del consentimiento) determina la inutilidad de la norma, ya que estaría repitiendo lo ya dicho por el Código antes, esto es, que el contrato está viciado si existe dolo, error o violencia. Blengio sostiene que esta frase es tan laxa que permite comprender, entre las situaciones que tornan inicua y arbitraria la desproporción del valor de las prestaciones, aquéllas que derivan de la diferencia de poder negociador de las partes y que carecen de justificación racional. Por otro lado, señala que Narvaja creó la norma en apoyo a una concepción liberal, caracterizada por la libertad de mercado, y de la libertad. En aquéllos casos en los cuales esa libertad no existe por la disparidad del poder negociador, estaría ausente el presupuesto ideológico de la solución del texto, y llevaría a encartar la especie en el marco de la excepción implícita mentada por el giro “por sí sola”. Tampoco están presentes en este caso las razones invocadas por la Comisión Codificadora para rechazar la lesión, ya que en este caso no se trataría de un contratante imprudente, sino que se trataría de subsanar una situación resultante de su posición de inferioridad²⁴.

“En esta perspectiva, por ejemplo, sería admisible postular, en nuestro Derecho, la relevancia de una lesión calificada [...] pues no se trataría de una ‘lesión por sí sola’, sino enmarcada en una situación que la hace inicua, como ocurriría, por ejemplo, en el caso de que fuera resultado de un estado de necesidad de la parte lesionada del que se aprovechara la otra parte. La tesis se vería además fuertemente respaldada si se tiene en cuenta que es la que mejor se amolda al texto constitucional pues éste no sólo consagra en general el principio de igualdad, sino que también lo hace en forma más concreta a través de otras normas que armonizan con éste, como la que prohíbe la usura (art. 52)”²⁵.

En virtud de lo anterior, concluye el autor²⁶ que las necesidades de justicia ligadas al principio de igualdad se manifiestan de dos distintas maneras, según el tipo de contrato. En el caso del contrato paritario, limitándose a una justicia puramente formal o procedimental, basada en la presunción de que los sujetos dotados de igual poder de negociar sólo habrán de celebrar un contrato si lo consideran justo y adecuado. Por otro lado, en los contratos no paritarios, exigiendo un equilibrio o proporcionalidad, sustancial u objetiva, que involucran no ya las prestaciones en juego, sino las reglas creadas por los contratantes (equilibrio normativo jurídico). Esto tiene además su respaldo normativo en el dictado de normas relevantes (como la LRC,

24 *Ibidem*, 413.

25 *Ibidem*, 413-414.

26 Blengio, J. (2002). “Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión que se discute. Primera parte”. *ADCU*. T. XXXIII, 586.

Ley de Defensa de la Competencia, Ley N° 17.243²⁷, y diferentes leyes sobre usura²⁸) que configuran, en su conjunto, una forma de consolidar y expandir el orden público de protección, dando cuenta del cambio de paradigma tendiente a la protección del débil. Incluso doctrinariamente, el concepto de contrato ha mutado, habiendo dejado de ser exclusivamente adversario para ser solidario y de cooperación²⁹.

Aclara Blengio que lo expresado anteriormente no implica considerar la igualdad conmutativa, en el ámbito de las relaciones privadas, como la expresión de una equivalencia objetiva perfecta, pues el artículo 1277 acota el campo de relevancia de la misma; por lo que sólo resultaría violada en el caso de que la diferencia de valor entre las prestaciones fuera gravemente desproporcionada determinando un desequilibrio de entidad, ya que así lo impone la configuración de la lesión. Y aun así no sería controlable en todo caso, sino únicamente en los contratos no paritarios³⁰. De esta manera, la tesis propuesta no apunta a justificar cualquier resultado, sino que, en consonancia con el principio de igualdad, procura evitar que en el marco de los contratos paritarios se consideren legítimas relaciones contractuales desequilibradas en favor de una parte contractual dominante y en perjuicio de la parte débil. La posibilidad de asegurar una cierta proporcionalidad o equivalencia de las prestaciones se circunscribe al ámbito de las relaciones no paritarias porque así viene impuesto por el ordenamiento jurídico. En el ámbito de los contratos paritarios, el legislador se conforma con la justicia formal o procedimental, considerándola garantía suficiente de un acuerdo justo, dado que la paridad del poder de negociar de las partes impide que se imponga por una de ellas a la otra una determinada relación contractual³¹.

IV. Crítica a la tesis del Prof. Juan Blengio

La posición de Blengio ha sido hasta el momento rechazada por gran parte de la doctrina civilista uruguaya. Si bien Jorge Gamarra ha sido quien se ha ocupado mayormente de cuestionar y debatir al respecto, otros auto-

27 Los artículos de esta Ley Sobre Defensa de la Competencia fueron derogados por la Ley 18.159 con posterioridad a la publicación del trabajo del autor. Igualmente dicha derogación no afecta la tesis del autor por cuanto la Ley 18.159 regula de forma más específica la defensa de la competencia.

28 Actualmente, Ley 18.212.

29 Blengio, J. (2005). "El principio de equilibrio con especial referencia a su incidencia en la ecuación contractual en la emergencia económica. Primera parte". *ADCU*. T. XXXV, 582.

30 Blengio, J. (2003). "Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión revisada y que se discute. Segunda parte". *ADCU*. T. XXXIII, 487.

31 *Ibidem*, 484.

res como Sarlo y Carnelli, Molla, Caffera, Berdaguer, De Cores, Venturini y Raúl Gamarra también se han preocupado y opinado sobre el tema en variadas publicaciones.

Gamarra³² señala que la solución del artículo 1277 es puramente negativa; el comienzo de la norma refiere al instituto que va a regular (la lesión) y a continuación resuelve que no vicia los contratos. Entiende que para que la nueva interpretación del artículo 1277 fuera procedente, el texto tendría que haber agregado que la lesión vicia cuando no hay adecuación entre el valor de las prestaciones recíprocas, y la desproporción es inicua y arbitraria, como consecuencia de la disparidad de poder negocial de los contratantes. Pero nada de esto existe en el CCU, y ello se debe a que el mismo regula los contratos paritarios. Concluye, entonces, que nada permite afirmar que el llamado “componente subjetivo” existe en el CCU.

Por su parte, sostiene Molla³³ que en pocas situaciones coinciden todos los ángulos de la interpretación jurídica en una misma solución, como sucede respecto de la lesión calificada. En efecto, la aplicación de la lógica formal mediante el raciocinio de subsunción conduce a la negación de la lesión calificada; la premisa mayor sería: la lesión por sí sola no vicia el contrato; la premisa menor: la lesión calificada es un tipo de lesión; la conclusión: la lesión calificada no vicia el contrato. Lo mismo sucede con la utilización de los medios extralógicos. En el Derecho Uruguayo rige el principio de conmutatividad que se apoya en la noción subjetiva de equivalencia; las prestaciones no son económicamente equivalentes (o pueden no serlo), pero lo que importa es la equivalencia subjetiva; se considera que son equivalentes porque lo que una parte da o hace se mira como equivalente de lo que la otra debe dar o hacer a su vez (art. 1250).

IV.1. Informe de la Comisión de Codificación

Gamarra³⁴ critica las conclusiones a las que arriba Blengio acerca de los argumentos contra la admisibilidad de la lesión calificada en base al Informe de la Comisión de Codificación (ver supra IV.4). En tal sentido, expre-

32 Gamarra, J. (2006). “Imprevisión y equivalencia contractual. Código Civil o Torre de Babel”. Ob. cit., 11. En igual sentido en (2009). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Montevideo. FCU, T. XXVI, 311 y sigs.

33 Molla, R.; Groisman, C. (2005). “Crisis del sistema jurídico. Algunas consideraciones acerca de la inviabilidad de la aplicación analógica de la Ley de Relaciones de Consumo 17.250”. *ADCU*. T. XXXV, 730.

34 Gamarra, J. (2006). “Imprevisión y equivalencia contractual. Código Civil o Torre de Babel”. Ob. cit., 13. En igual sentido en *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Ob. cit. T. XXVI, 315 y sigs.

sa que se crea un “diálogo de sordos” (entre el intérprete, esto es Blengio, y lo que dice el Informe), ya que cada uno por su lado está considerando cosas distintas. A su juicio, Blengio intenta introducir su interpretación donde no entra porque el Informe concuerda plenamente con el artículo 1277, esto es, que la lesión no vicia el contrato, no rectifica el actuar de un contratante imprudente. La relevancia de la lesión que pretende Blengio para subsanar una situación de inferioridad es, para Gamarra, un dato que pertenece al intérprete y no a la ley.

Agrega Gamarra³⁵ que el fundamento de la Comisión para rechazar la lesión como vicio del contrato no es la imprudencia del contratante sino la seguridad del comercio y la confianza en las adquisiciones. “El Código uruguayo pertenece a la tendencia que confía en la autonomía privada y en el mercado como las modalidades más razonables y eficaces de distribución de recursos”³⁶.

IV.2. El principio de igualdad

Quienes critican la teoría de Blengio consideran que el codificador optó por concretizar el principio de libertad y no el de igualdad sustancial. Este principio de libertad se manifiesta en la autonomía privada de determinarse a contratar y pactar el contenido del acuerdo. Sostienen que la regulación del principio de igualdad es meramente procedimental o formal, consistente en la igual libertad de formación del contrato, la cual se verifica cuando la voluntad de los contrayentes no fue afectada por ninguno de los vicios taxativamente establecidos en el CCU, y el objeto y la causa del acuerdo son válidos. De esta forma, lo que interesa para el CCU es cómo se acuerda y no lo que se acuerda. Por tanto, una vez que las partes han arribado a un acuerdo de forma libre, esto es, sin vicios del consentimiento, el contrato es totalmente válido y debe ser cumplido. Los principios de igualdad material y de libertad se excluyen mutuamente por responder a concepciones políticas diversas, y el CCU optó por el sistema liberal.

En tal sentido, Sarlo y Carnelli³⁷ consideran que la igualdad conmutativa (relativa al intercambio igualitario) no está consagrada en el artículo 8° de la Constitución, como sostiene Blengio, sino que lo está en el artículo 10, que dispone: “Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero están exentas de la autoridad de los

35 Gamarra, J. (2006). “Imprevisión y equivalencia contractual. Código Civil o Torre de Babel”. Ob. cit., 14.

36 *Ibidem*, 29.

37 Carnelli, S. y Sarlo, O. (2001). “El principio de igualdad y la contratación del Código Civil”. *ADCU*. T. XXXI, 605 y sigs.

magistrados. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Para los citados autores, la Constitución adoptó el sistema liberal, no existiendo ni en la misma ni en el CCU un concepto independiente de igualdad conmutativa. En virtud de lo anterior, no es posible la implementación de una justicia procesal perfecta o imperfecta que requiere de la existencia de criterios independientes que indiquen lo que es correcto, sino que solamente es viable la justicia puramente procesal. El contrato es el procedimiento para realizar la igualdad conmutativa, y por ello el artículo 10 le reconoce a los sujetos competencia para concretarla. Concluyen que el CCU consagra una igualdad procedimental, lo que significa excluir el sistema contrario, por el cual el juez puede llegar a examinar la ecuación económica del contrato para verificar si se cumple con el equilibrio objetivo de las prestaciones. Es decir, en el sistema vigente, el control de igualdad se verifica únicamente respecto de las condiciones de ejercicio de la autonomía contractual, esto es: igual libertad en la formación del contrato, y en cuanto al contenido de éste, únicamente la licitud del objeto y de la causa.

Por su parte, en igual línea, Gamarra³⁸ sostiene que el principio de igualdad consagrado constitucionalmente no tiene poder para modificar una solución legal que se aparta del mismo y privilegia la libertad contractual, también de raigambre constitucional. La solución legal en cuestión es, para el autor, uno de los ejes de la política jurídica y económica del Derecho Positivo Uruguayo que de forma expresa rechaza la influencia de la lesión en la validez del contrato: “Los cimientos del Derecho Civil radican en el Código: cuando los dinamitamos en su lugar surge una Torre de Babel”³⁹. A juicio del citado autor⁴⁰, el principio de igualdad no puede servir de base para la interpretación del artículo 1277, como postula Blengio, porque dicha norma es totalmente incompatible con dicho principio, al establecer de forma clara que la disparidad de las prestaciones intercambiadas no vicia el contrato. El legislador optó por el principio de libertad excluyendo el de igualdad. No niega que las normas legales deban ser interpretadas a la luz de los principios constitucionales que las mismas concretizan en razón de la coherencia y jerarquía, pero, en su opinión, los artículos 1250 y 1277 del CCU, y los artículos 28 y 30, de la LRC, concretizan el principio de libertad y no de igualdad⁴¹.

38 Gamarra, J. (2006). “Imprevisión y equivalencia contractual. Código Civil o Torre de Babel”. Ob. cit., 15. En igual sentido en *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Ob. cit. T. XXVI, 318 y 319.

39 Gamarra, J. (2006). “Imprevisión y equivalencia contractual. Código Civil o Torre de Babel”. Ob. cit., 15.

40 *Ibidem*, 16.

41 Gamarra, J. (2012). *Neoconstitucionalismo, Código y Ley especial*. Montevideo. FCU, 17 y 18.

IV.3. El artículo 30 de la LRC

Para Gamarra⁴², la LRC, contrariamente a lo que pretende Blengio, es determinante en cuanto a la total intrascendencia de la desigualdad económica de las prestaciones, aun en el campo de los contratos no paritarios, como lo son, por excelencia, los contratos celebrados en el marco de las relaciones de consumo. En efecto, el artículo 30 de la LRC dispone que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá al precio o a la contraprestación del contrato.

El hecho de que la regla general en el marco de la LRC sea también la irrelevancia del desequilibrio económico de las prestaciones es, para Gamarra⁴³, una poderosa razón de Derecho Positivo que obstaculiza el ingreso de la lesión calificada, la equivalencia objetiva y la teoría de la imprevisión, porque ni siquiera en el marco más propicio de todos puede tener cabida. En opinión del citado autor⁴⁴, la razón de ser de este límite puesto al Poder Judicial proviene, entre otras cosas, del principio de libertad contractual, confirmando el principio de autonomía privada y de la intangibilidad del contrato para evitar que la voluntad del intérprete sustituya la apreciación autónoma de los contratantes.

IV.4. Inexistencia de un principio general de protección al débil

En la visión originaria del CCU, claramente individualista, lógicamente están ausentes principios como el de protección al débil, de equidad contractual y protección a la víctima del daño, los cuales fueron siendo objeto de regulaciones especiales como el Derecho Laboral, las leyes sobre arrendamientos, ley de relaciones de consumo, ley de defensa de la competencia, ley de usura, etc.

Cabe preguntarse si a partir de dichas normas especiales puede construirse un principio general de protección al débil aplicable fuera de los límites legales en los cuales dicho principio ha sido expresamente consagrado y regulado por el legislador. En general, quienes adhieren a la línea de pensamiento clásica responden negativamente a la cuestión planteada. Para esta doctrina, no es facultativo del intérprete aplicar el *factor debilis* como criterio general de interpretación de los contratos. De esta forma, el

42 Gamarra, J. (2006). "Imprevisión y equivalencia contractual. Código Civil o Torre de Babel". Ob. cit., 35.

43 Ibídem, 38.

44 Ibídem, 38.

significado del concepto de “débil”, así como los mecanismos de protección son solamente aquellos determinados por ley⁴⁵.

IV.5. Improcedencia de la interpretación evolutiva del artículo 1277 propuesta

Gamarra⁴⁶ rechaza la interpretación que Blengio propone principalmente porque no se configuran los presupuestos que habilitarían una interpretación evolutiva de una norma textualmente incambiada, esto es, el cambio en las circunstancias históricas, sociales, económicas o culturales. Ninguno de estos cambios existen en relación a la lesión, sino que los principios de raigambre liberal del CCU siguen vigentes y son universalmente dominantes.

IV.6. Improcedencia de la buena fe como fundamento de la lesión calificada

Tampoco la buena fe sirve como argumento para fundar la procedencia de la lesión calificada en el Derecho Uruguayo, según lo entiende Gamarra.

No existe discusión acerca de que la incidencia de la buena fe en el período precontractual actúa como patrón de conducta que obliga a las partes a negociar de acuerdo al mismo y se manifiesta en obligaciones concretas como la de informar. Además, en el ámbito de la LRC, se permite al juez el contralor del contenido del contrato para declarar nulas aquellas cláusulas que resultan abusivas (según lo define la propia ley) e integrar el contrato con otras que restablezcan el equilibrio normativo del mismo.

Considera Gamarra⁴⁷ que aun conforme a aquellas teorías que admiten la función correctiva de la buena fe cuando existe abuso (esto es, admiten que el juez pueda corregir aquellos contratos en los cuales una parte por medio del abuso de las inferioridades de la otra obtiene condiciones claramente

45 Caumont, A.; Mariño, A. (1996). “Referencias semióticas para el estudio de problemas de hermenéutica contractual. Examen del favor debilis como factor interpretativo. Análisis de su admisibilidad en Derecho Uruguayo”. *ADCU*. T. XXVI, 395-404. Molla, R.; Groisman, C. (2005). “Crisis del sistema jurídico. Algunas consideraciones acerca de la inviolabilidad de la aplicación analógica de la Ley de Relaciones de Consumo 17.250”. Ob. cit., 729 a 732.

46 Gamarra, J. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Ob. cit. T. XXVI, 321 y sigs.; en igual sentido, Gamarra, J. (2009). “Interpretación evolutiva del Código Civil (art. 1277). Interpretación arbitraria”. *ADCU*. T. XXXIX, 701 y sigs.

47 Gamarra, J. (2011). *Buena fe contractual*. Montevideo. FCU, 153.

desequilibradas a su favor), el bien jurídico protegido por la aplicación del principio de buena fe en el período precontractual es el de libertad de determinarse a contratar, la que se ve menoscabada en el sujeto que está en situación de inferioridad, y además que la cuestión pertenece a la zona del control procedimental, siendo por tanto ajena a la justicia sustancial. Está en juego la libertad de autodeterminación, la libertad del consentimiento, y no el principio de equivalencia o equilibrio entre las prestaciones. Señala el autor⁴⁸ que incluso en la teoría de Blengio el elemento objetivo (desproporción económica de las prestaciones) está subordinado a la existencia previa del elemento subjetivo, esto es, el abuso de uno de las partes de las inferioridades de la otra. Lo quiere decir que, existiendo desequilibrio económico, pero no abuso, la lesión no vicia. De donde deduce que no existe el principio de equilibrio contractual puesto que en realidad dicho desequilibrio resulta intrascendente, y solo adquiere trascendencia cuando es causado por la disparidad del poder de negociar o el abuso.

Gamarra⁴⁹ niega, entonces, a la buena fe el rol de un segundo control procedimental que permita anular contratos más allá de la verificación de los vicios del consentimiento taxativamente establecidos en el CCU, porque ello quebrantaría la coherencia y armonía del sistema general de la contratación vigente en el Derecho Positivo Uruguayo: igualdad formal de las partes, irrelevancia de la lesión, taxatividad y tipicidad de los vicios del consentimiento, intervención autoritaria y correctiva del juez sobre el contrato únicamente en los casos previstos por la ley.

V. La tesis del Prof. Blengio releída desde el principio de libertad. Prof. Gerardo Caffera

El Prof. Caffera⁵⁰ sostiene que los corolarios de la posición de Blengio pueden ser releídos como una aplicación del principio de libertad material.

Enseña que la libertad material se diferencia del concepto de libertad de estilo liberal traducida en la ausencia de limitaciones al actuar individual, de forma que toda conducta posible para un sujeto debería ser jurídicamente permitida a dicho sujeto.

El concepto liberal de libertad presupone concebir al sujeto como aislado de lazos sociales, lo cual no se ajusta a la realidad. El sujeto es un ser social, vive en sociedad, entrelazado con la comunidad.

⁴⁸ Ibídem, 154.

⁴⁹ Ibídem, 165.

⁵⁰ Caffera, G. (2008). *Una teoría del contrato*. Montevideo. FCU, 175 y sigs.

En virtud de lo anterior, considera el autor que la libertad es básicamente una forma de ser de una sociedad o en una sociedad, más que una forma de ser del individuo.

Seguendo a Rawls, Cafferla postula la formulación del principio de libertad como el derecho de cada persona de tener un derecho igual al más extenso esquema posible de libertades básicamente e iguales, compatible con un esquema similar de libertades para otros. Señala que ese componente igualitario (iguales libertades) no es una intersección del principio de igualdad con el principio de libertad, como sostiene Blengio en su tesis, sino que es de la esencia misma del concepto de libertad. No es que haya un concepto de libertad que luego es corregido por el principio de libertad, sino que la idea de compatibilidad son componentes de la propia idea de libertad.

Entendida la libertad de esta manera, a diferencia de la libertad ilimitada de estilo liberal, la misma se formula de la siguiente forma: un sujeto tiene permitido realizar cierta conducta solamente si la realización de ella por parte del mismo mantiene la posibilidad para otros sujetos de también realizarla.

Consecuentemente, la noción de prohibición es también un componente esencial del principio de libertad. En este principio, una prohibición estaría justificada solo cuando de permitírsele a un sujeto desarrollar determinada conducta conlleva a la imposibilidad de otro sujeto de desarrollar la misma conducta.

Para Cafferla, entonces, es esta relación bicondicional entre permisiones y prohibiciones que conforman el principio de libertad la que ha sido considerada por Blengio como una manifestación concreta de un cierto tipo de principio de igualdad (igualdad de libertades), cuando en realidad es parte del propio concepto de libertad.

Atendiendo a que los casos que Blengio soluciona mediante la aplicación del principio de igualdad son todos aquellos en que existe desigual poder negocial, propone Cafferla replantear las conclusiones de su tesis desde el principio de libertad material antes muy brevemente explicado.

Entiende el autor que Blengio funda su tesis en el principio de igualdad pero en realidad no lo aplica para arribar a las conclusiones a las que llega. En efecto, de la lectura de su posición se deriva que debe realizarse un test previo consistente en determinar si hay desigual poder negocial entre los contratantes. Solo si la respuesta a este test es positiva pasan a preocupar los desequilibrios de las normas contractuales. Para Cafferla, si se trata simplemente de aplicar el principio de igualdad este test previo no tiene ninguna razón de ser, ya que en tal hipótesis la norma debería satisfacer el requisito de igualdad en cualquier contexto de su producción. Es decir, normas desequilibradas generadas por pares también deberían ser atacables si no satisficieran el requisito de igualdad.

Concluye que la tesis de Blengio leída en reversa es más cercana a un concepto material de libertad que a un concepto material de igualdad. Esto es, si un sujeto tiene el poder de actuar de forma tal de anular toda posibilidad de discusión o autodefensa del otro en la producción del contrato, entonces está gozando de una libertad que no es compatible con la de la otra parte. Solo cuando esa incompatibilidad se manifiesta importan los desequilibrios⁵¹.

VI. La interpretación aplicativa. ¿Posible argumento para admitir la lesión calificada en el caso concreto?

En un reciente trabajo publicado en la *Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, el Prof. Jorge Gamarra⁵² plantea la importancia de las circunstancias particulares del caso concreto en la decisión judicial que resuelve el conflicto. En este trabajo, analizando tres sentencias dictadas por jueces uruguayos, e inspirado por las ideas de Zagrebelsky y Viola y Zaccarà, el autor admite que con la finalidad de encontrar la solución más justa a un determinado conflicto, es posible que exista una interpretación de la ley al momento de su aplicación, diversa a su interpretación general y abstracta. En este sentido, una misma norma puede ser leída de distintas formas dependiendo de quién sea el intérprete y a qué efectos sea interpretada⁵³.

Gamarra diferencia la interpretación aplicativa o en concreto, de la interpretación abstracta. Señala que esta última es la realizada por la doctrina u otros actores del Derecho con fines distintos a la resolución de un conflicto en particular. Consiste en la reformulación del enunciado legislativo en el lenguaje del intérprete y carece de efectos prácticos ya que no es aplicada a ninguna situación concreta.

Por otro lado, explica, la interpretación en concreto es aquella que tiene por función ser aplicada a un caso en particular para lograr a través de ella la solución del conflicto. El campo de interpretación es más amplio ya que no solo comprende el texto de la norma sino también el hecho y sus circunstancias. Está orientada hacia los hechos, porque el punto de partida no es tanto el texto sino una peculiar controversia; al juez no se le pregunta el significado del texto, sino si una determinada situación de hecho cae en el

51 *Ibídem*, 199.

52 Gamarra, J. (2014). "Las circunstancias del caso concreto en la interpretación y aplicación de la ley". *Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*. T. II. Montevideo. FCU, 91-110.

53 *Ibídem*, 94.

campo de aplicación de cierta norma y cuál es la interpretación más justa, correcta y adecuada para resolver el conflicto.

Dado que la norma general y abstracta debe ser vinculada a la especificidad del caso particular, las relaciones entre la norma y el caso obligan a un ir y venir, hay elementos que se entrelazan y se deciden unos en base a otros: el caso no se puede comprender si no es por referencia a la norma y ésta por referencia a aquél. La contextualización de la norma se realiza considerando las características del caso singular, cuidando su razonable conexión con las exigencias contingentes del caso.

Lo anterior refleja un cambio en el pensamiento de Gamarra, doctrino de esencial relevancia en el Derecho Civil Uruguayo, que demuestra, al menos, una aproximación a un nuevo paradigma de pensamiento y conceptualización del Derecho Civil, alejado del positivismo que caracteriza los argumentos y razonamientos expresados por él hasta el momento y desarrollados anteriormente en este trabajo.

Muestra explícita de este cambio radica en el arrepentimiento y la rectificación que el autor realiza de sus propias afirmaciones en un trabajo anterior, a las que cataloga de “inadecuadas”⁵⁴. Una de estas afirmaciones refiere a la ineludible aplicación de la regla (entre las que se encuentra el art. 1277) con prescindencia de los principios⁵⁵. La otra consiste en que el juez de reglas no debe verse tentado a aplicar concepciones sobre la justicia, generalizando al campo de la ley los poderes que le corresponden para decidir la especie de normas que son vagas, como los principios⁵⁶.

El cambio de pensamiento del autor sobre la posibilidad de darle a la norma una interpretación diversa a la abstracta en atención a las circunstancias especiales del caso tiene particular influencia en el tema que nos ocupa. En efecto, expresa Gamarra que conforme a una interpretación general y abstracta del artículo 1277, éste quiere decir que el desequilibrio del valor de las prestaciones intercambiadas no vicia el contrato, pero “cuando discutimos sobre el significado del artículo 1277 no se argumenta sobre un caso concreto en particular ni sus circunstancias, por no se trata de aplicar la ley. Por ello, en la interpretación en abstracto son válidas

54 *Ibíd.*, 104.

55 “Tanto la Constitución como el Código forman parte por igual del Derecho Positivo; si éste enuncia una regla, no hay otra alternativa que cumplirla, ni hay lugar para el principio en el ámbito de las reglas [...] Y cuando la ley ordinaria ha reglamentado (art. 332 de la Constitución) el principio general constitucional, como sucede con el principio de libertad (p. ej., los arts. 1250, 1277, 1288, 1552 inc. 2°, 2283 y art. 30, LRC), es la regulación legal del principio la que debe respetarse y ser acatada”, Gamarra, J. (2012). *Neoconstitucionalismo, Código y Ley especial*. Ob. cit., 10.

56 Gamarra, J. (2012). *Neoconstitucionalismo, Código y Ley especial*. Ob. cit., 11.

algunas razones que no podrían extenderse a la en concreto, como las que fueron enunciadas en mi interpretación del artículo 31, LRC, destacando los límites que impone el argumento textual a los excesos interpretativos. En la interpretación en concreto el texto no impone las mismas limitaciones, porque son los hechos los que van a operar sobre el significado literal modificándolo; lejos de ser un límite, padecerá restricciones o ampliaciones impuestas por las circunstancias del caso particular. Cuando la interpretación vincula la norma a los hechos, las circunstancias del caso inciden decisivamente sobre la resolución, puesto que el hecho y el texto legal se encuentran entrelazados⁵⁷.

A través de estas palabras pareciera que el autor está flexibilizando su postura anterior contraria a la admisibilidad de la lesión calificada en el Derecho Uruguayo. Si bien reafirma su interpretación del artículo 1277, lo hace en relación al campo general y abstracto. Esta relativización de la interpretación de la norma al ámbito abstracto abriría la puerta a otra posible interpretación cuando ésta deba ser aplicada a un caso concreto. La diferenciación entre interpretación abstracta y aplicativa aceptada por Gamarra podría dar lugar a que un juez, tomando en cuenta las especiales circunstancias de un determinado conflicto, se aparte de la interpretación general y abstracta del artículo 1277 y admita la anulación del contrato en base al instituto de la lesión calificada como solución más justa de la controversia.

VII. Reflexión final

Si bien hasta el momento la lesión calificada en el Derecho Civil Uruguayo no ha sido admitida por la gran mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional, lo trascendente de la cuestión radica en la discusión doctrinaria que el tema ha despertado y los valiosos aportes que cada uno de los autores han realizado y que se vinculan con la teoría general del contrato y la conceptualización filosófica que se adopte en relación al mismo.

El hecho de que varios autores hayan dedicado su tiempo a estudiar el tema durante tantos años demuestra que se trata de una cuestión que causa preocupación tanto teórica como práctica. Me animo a decir que esta preocupación tiene su razón de ser en el sentimiento de injusticia que las situaciones de abuso despiertan en los juristas (la frase de Gamarra⁵⁸, “[...] tragar el abuso de las inferioridades se me hace difícil”, es reveladora en

57 Gamarra, J. (2014). “Las circunstancias del caso concreto en la interpretación y aplicación de la ley”. Ob. cit., 93.

58 Gamarra, J. (2011). *Buena fe contractual*. Ob. cit., 165.

este sentido). Si se considerara que estas situaciones no merecen la protección del Derecho nadie destinaría energías a su análisis. Por tanto, considero que este debate, que lejos está de estar acabado, debe continuar con la finalidad de encontrar una solución que o bien permita brindar una protección a la parte perjudicada que se adecue al Derecho Positivo vigente o bien promueva una reforma legislativa que regule de forma expresa el instituto de la lesión.

TRES CUESTIONES EN TORNO AL DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREEDOR EN ESPAÑA

Three questions regarding the Right of Choice of the Creditor in Spain

José Maximiliano Rivera Restrepo¹

“[P]ero si es sorprendido,
pagará siete veces”.
(Proverbios 6:31, *La Biblia*)².

Recibido: 18 de abril de 2016

Aprobado: 3 de junio de 2016

Resumen: La presente investigación tiene por finalidad analizar ciertos aspectos del llamado derecho de opción del acreedor, ante el incumplimiento del contrato. Particularmente, interesa revisar el plazo de prescripción de las acciones que surgen de este derecho; la indemnización de perjuicios a que da lugar y el *ius variandi* del contratante cumplidor, principalmente de la legislación, doctrina y jurisprudencia española.

Palabras clave: Derecho de opción - Resolución - Obligación - Derechos del acreedor - Incumplimiento contractual - Derecho de remedios.

Abstract: This research aims to analyze certain aspects of the so-called

1 Abogado de la Universidad de Chile y Magíster en Derecho, con mención en Derecho Privado por la Universidad de Chile. Máster Universitario en Derecho Privado por la Universidad Complutense de Madrid. Doctor en Derecho Civil por la Universidad Complutense de Madrid. Notario Público, Conservador de Bienes Raíces, de Comercio, Minas y Archivero Judicial Suplente de Tocopilla. Profesor de Jornada de Derecho Civil en la Universidad Gabriela Mistral. Diplomado en Docencia Universitaria ©, Universidad Gabriela Mistral. Correo electrónico: jose.rivera@ugm.cl.

2 *Santa Biblia* (2009). Antigua versión de Casiodoro de Reina (1569). Revisada por Cipriano de Valera (1602). Utah. La Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días Salt Lake City, 132.

right of option of the creditor, to the breach of contract. Particularly, interested check out the limitation period for actions arising from this law; the compensation of damages resulting *ius variandi* achieving contracting, mainly from the legislation, doctrine and jurisprudence spanish.

Keywords: Right option - Resolution - Obligation - Creditor's claim - Breach of contract - Law remedies.

Introducción

En el último tiempo, se viene discutiendo, en Europa, una posible unificación y armonización del derecho de las obligaciones y de los contratos. Variados han sido los proyectos, estatales y privados, que se han elaborado en este sentido, tomando partido por uno de los dos criterios orientadores de este proceso de unificación y reforma del Derecho Civil europeo: el Sistema Europeo Continental y el Sistema del Derecho Anglosajón.

En este ensayo, se revisarán algunos aspectos en torno al derecho de opción del acreedor, en España. Importa analizar estos aspectos, por cuanto el Derecho Civil español, tributario de la tradición francesa, se alinea dentro de los postulados de ésta, al igual que el Derecho Civil chileno. Estas posibles reformas, de concretarse, podrían irradiar su fuerza al continente americano, de tal manera que con posterioridad a su implementación en Europa se podrían revisar en nuestros países los mismos temas que se discutieron en Europa. Por ello, pretendo analizar someramente el derecho de opción a la luz de la legislación, doctrina y jurisprudencia españolas, principalmente en los puntos señalados, remarcando los aspectos positivos que podrían ser tenidos a la vista en nuestro país.

1. Plazo de prescripción de las acciones de cumplimiento forzado y resolución de la obligación

Primero, corresponde señalar que la doctrina plantea que la regulación de la facultad resolutoria constituye la regla general para las obligaciones sinalagmáticas, ya que ella puede ser modificada o alterada por la autonomía privada³. Es decir, las normas que regulan el derecho de opción tienen

3 Al respecto, *vid.*: Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Direct.) (2013). *Comentarios al Código Civil*. T. VI. Arts. 1043 a 1264. Valencia. Tirant lo Blanch, 8236-8238; Ruiz Serramalera, R. (1981). *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones I. Las obligaciones en general*. Madrid. Secc. de Publicaciones. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, 105.

el carácter de dispositivas, toda vez que las partes pueden disponer una solución distinta de la legal, pactando su agravación e insertando una condición resolutoria expresa en el contrato⁴.

La acción resolutoria y la acción de cumplimiento forzado de la obligación prescriben en el plazo general de quince años, toda vez que estas acciones no tienen fijado otro plazo⁵ (Lacruz Berdejo menciona, en este sentido, las STS del 20 de febrero y 11 de julio de 1984, 16 de junio de 1992, 5 de noviembre de 1993, entre otras)⁶. Así lo dispone el artículo 1964 del Código Civil: “La acción hipotecaria prescribe a los veinte años, y las personales que no tengan señalado término especial de prescripción a los quince”⁷. En honor a la verdad, también se ha planteado que las acciones que derivan del incumplimiento resolutorio en las obligaciones recíprocas prescriben en el plazo de cuatro años a que se refiere el artículo 1269 CC (con relación a la acción rescisoria)⁸. Frente a ello, De Cossio y Corral expresa: “Tiene declarado la jurisprudencia que la acción resolutoria derivada del artículo 1124 no está al plazo de prescripción de cuatro años que el artículo 1299 señala para la acción rescisoria, sino al de quince años⁹ establecido por el artículo 1964 para las acciones personales que no tengan señalado un término especial”¹⁰. La jurisprudencia que así lo ha decretado, v. gr., la STS del 5 de octubre de 2005 (RJ/2005/774), dispone: “[...] a) En forma alguna puede estimarse producida la prescripción de la acción resolutoria ejercitada por la actora pues, tratándose de una acción de carácter personal para cuyo ejercicio la ley no ha establecido plazo especial, rige el general de quince años establecido en

4 Cf. Puig i Ferriol, Ll.; Geste-Alonso y Calera, M^a del C.; Gil Rodríguez, J. y Hualde Sánchez, J. J. (2000). *Manual de Derecho Civil*. T. II. Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato. 3^a edición. Barcelona. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 132.

5 Cf. O’Callaghan Muñoz, X. (2012). *Compendio de Derecho Civil*. T. II. Derecho de obligaciones. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 79; Puig Brutau, J. (1988). *Fundamentos de Derecho Civil*. T. I. Vol. II. 4^a edición revisada. Derecho General de las Obligaciones. Barcelona. Bosch, Casa Editorial, S.A., 137.

6 Cf. Lacruz Berdejo, J. L.; Sancho Rebullida, F. de A.; Luna Serrano, A.; Delgado Echeverría, J.; Rivero Hernández, F. y Rams Albesa, J. (2007). *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*. Vol. Primero. Parte General. Teoría General del Contrato. 4^a edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández. Madrid. Dykinson, 198.

7 En este sentido, *vid.*: Albaladejo García, M. (2011). *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*. 14^a edición. Madrid. Edisofer, S.L., 123.

8 Cf. Ruiz Serramalera, R. (1981). *Ob. cit.*, 105-106.

9 Cf. Moreno Gil, Ó. (2006). *Código Civil y jurisprudencia concordada*. Madrid. Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 2171.

10 De Cossio y Corral, A. (1987). *Instituciones de Derecho Civil*. T. I. Parte General. Obligaciones y contratos. Revisado y puesto al día por Manuel de Cossío y Martínez. Madrid. Editorial Civitas, S.A., 297.

el artículo 1964 del Código Civil, que no se ha cumplido; sin que resulte de aplicación el de cuatro años previsto por el artículo 1299 del mismo Código para las acciones rescisorias, según se mantuvo en la contestación a la demanda []¹¹. No es necesario haber cumplido la obligación, y este incumplimiento es consecuencia del incumplimiento resolutorio de la contraparte¹². Asimismo, en caso de que las obligaciones se hagan exigibles en diferentes fechas (por la existencia de un plazo o una condición), se estará al primer vencimiento para computar el término de quince años¹³.

La jurisprudencia ha reiterado, en varias sentencias, que el plazo de prescripción de quince años tiene aplicación para todas las acciones que no tengan fijado un término especial. Así, se pueden mencionar las siguientes sentencias: STS del 1º de octubre de 2014, N° recurso 2060/2013; STS del 2 de julio de 2014 (RJ/2014/375); STS del 19 de diciembre de 2013 (RJ/2013/831); STS del 29 de octubre de 2013 (RJ/2013/649); STS del 21 de octubre de 2013 (RJ/2013/609); STS del 9 de mayo de 2013, N° recurso 3423/2010; STS del 4 de abril de 2013 (RJ/2013/192); STS del 8 de marzo de 2013 (RJ/2013/109); STS del 27 de diciembre de 2012 (RJ/2012/807); STS del 4 de octubre de 2012 (RJ/2012/554); STS del 17 de mayo de 2012, N° recurso 6432/2011; STS del 30 de diciembre de 2010 (RJ/2010/747); STS del 1º de octubre de 2010 (RJ/2010/622); STS del 21 de abril de 2009 (RJ/2009/208); STS del 23 de enero de 2009 (RJ/2009/10); STS del 17 de julio de 2008 (RJ/2008/728); STS del 16 de julio de 2008 (RJ/2008/685); STS del 5 de mayo de 2008 (RJ/2008/320); STS del 16 de abril de 2008, N° de recurso 449/2006; STS del 17 de julio de 2007 (RJ/2007/857); STS del 27 de abril de 2006, N° recurso 50/2005; STS del 30 de marzo de 2006 (RJ/2006/334); STS del 18 de julio de 2005 (RJ/2005/569); STS del 22 de marzo de 2002, N° de recurso 11457/1998; STS del 21 de junio de 1996 (RJ/3005/1995); STS del 29 de mayo de 1996 (RJ/1996/441) y la STS del 28 de septiembre de 1994 (RJ/1994/854). Además también, la jurisprudencia, en forma expresa, ha dicho que el plazo para deducir las acciones que emanen del artículo 1124 CC es de quince años, contados desde la fecha del incumplimiento del contrato¹⁴. Se han pronunciado en este sentido: STS del 14 de octubre de 2014, N° recurso 2159/2013; STS

11 STS del 5 de octubre de 2005 (RJ/2005/774).

12 La expresión “incumplimiento resolutorio” es utilizada por Díez-Picazo y Ponce de León, para hacer alusión al “[i]ncumplimiento idóneo para fundar una pretensión de resolución”. Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II. Las relaciones obligatorias. 6ª edición. Navarra. Editorial Aranzadi, S.A., 842.

13 Cf. Navarro Mendizábal, Í. A. (2013). *Derecho de obligaciones y contratos*. 2ª edición. Navarra. Editorial Aranzadi, S.A., 167.

14 Al respecto, *vid.*: Farré Alemán, J. Mª. (2000). *Código Civil comentado y concordado*. Barcelona. Editorial Bosch, S.A., 2182.

del 8 de abril de 2014, N° recurso 1503/2013; STS del 27 de febrero de 2014 (RJ/2014/76); STS del 30 de noviembre de 2011 (RJ/2011/987); STS del 24 de febrero de 2010 (RJ/2010/36); STS del 17 de febrero de 2010 (RJ/2010/35); STS del 21 de abril de 2008 (RJ/2008/274); STS del 13 de septiembre de 2007 (RJ/2007/984) y la STS del 22 de abril de 1991 (RJ/1991/292).

2. Del derecho a solicitar una indemnización de daños y perjuicios

De la lectura del artículo 1124 CC, es claro el derecho que tiene el contratante cumplidor para solicitar el resarcimiento de daños y el abono de los intereses, tanto si pide la resolución como el cumplimiento forzado de la obligación¹⁵. Dicho de otra manera, del incumplimiento se deriva, además de la posibilidad para pedir el cumplimiento o la resolución, una acción para resarcir daños y perjuicios¹⁶, siempre que el incumplimiento le sea imputable a uno de los contratantes, pues, si el incumplimiento obedece a una imposibilidad sobrevenida de la prestación, solamente se deberá restituir lo recibido, pero no pagar una indemnización de daños y perjuicios¹⁷. La frase “abono de intereses” debe ser entendida, según Díez-Picazo y Ponce de León, como la indemnización a que tiene derecho el contratante cumplidor en las obligaciones pecuniarias (arts. 1108 y sigs. CC y 1147)¹⁸. Por ello, la expresión “abono de intereses” se puede subsumir en la expresión genérica de “daños y perjuicios”¹⁹. Desde este punto de vista, De Cossio y Corral manifiesta que las expresiones abono de intereses e indemnización de daños y perjuicios son sinónimas, “[l]o que nos lleva a admitir que en tal concepto deberá considerarse incluido el llamado interés contractual negativo y el positivo, es decir, la exigencia del lucro que se hubiera podido obtener mediante la ejecución del contrato, y los daños que se hubieran irrogado

15 Con relación a los daños y perjuicios indemnizables en materia contractual, *vid.*: Montes, Á. C. (1989). *El incumplimiento de las obligaciones*. Madrid. Editorial Tecnos, S.A., 224 y sigs.; Morales Moreno, A. M. (2010). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Navarra. Editorial Aranzadi, S.A., 93 y sigs.

16 Cf. González González, A. (1987). *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*. Barcelona. Librería Bosch, 205.

17 Cf. Fernández González-Regueral, M^a. Á. (1998). *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*. Madrid. La Ley-Actualidad, S.A., 189 y 190. Al respecto, *vid.* también: De la Haza Díaz, P. (1996). *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Prólogo de José Manuel González Porras. Madrid. McGraw-Hill, 148.

18 Al respecto, *vid.*: Martín Meléndez, M.^a T. (1999). *La indemnización del mayor daño. Artículo 1108 del Código Civil*. Valladolid. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial Universidad de Valladolid, 148.

19 Cf. Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2008). *Ob. cit.*, 875.

a su patrimonio como consecuencia del incumplimiento que determinó la resolución”²⁰. Respecto del primero se pronuncia la STS del 28 de enero de 1961, (RJ/1961/296), que dispone: “[q]ue se resarzan los daños y se abonen los intereses, frases que sinónimas a la indemnización de daños y perjuicios implican, en cuanto a estos que son los más discutidos, una falta de aumento del patrimonio de quien ha instado y obtenido la resolución contractual, que no se hubiere producido con el exacto cumplimiento de la obligación, o sea un *lucrum cessans* como ganancia que ha dejado de obtener”²¹.

La indemnización de daños y perjuicios, a propósito del derecho de opción, supone un dilema: la resolución con efectos retroactivos y eficacia *ex tunc* beneficia al contratante cumplidor que pide la resolución de la obligación, lo que supone una contradicción entre la resolución con efectos extintivos y restauradores, sumados a una indemnización de daños y perjuicios. Por ello se ha dicho que no procede el interés positivo o interés de incumplimiento²². Para Díez-Picazo y Ponce de León, las soluciones, en este caso, pueden ser: “1. Negar al contratante que resuelve la relación obligación el derecho al resarcimiento, considerando que su derecho queda satisfecho con la resolución por la que él mismo opta y con la recuperación o restitución de su prestación. 2. Reconocer al contratante que resuelve la relación obligatoria el interés contractual negativo. 3. Reconocerle el interés contractual positivo. 4. Otorgar opcional o acumulativamente ambos módulos de resarcimiento”²³. La primera fue acogida por los pandectistas y luego por el *BGB*, sobre la base de la incompatibilidad entre la indemnización de daños y perjuicios y la resolución contractual. La segunda idea fue planteada en Italia por Carnelutti, apoyándose en la pandectística germana y en el efecto retroactivo de la resolución. El CC se apoya, según Díez-Picazo y Ponce

20 De Cossio y Corral, A. (1987). Ob. cit., 297.

21 Cf. Clemente Meoro, M. E. (1998). *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Valencia. Tirant lo Blanch, 566. Al respecto *vid.* también: STS del 30 de octubre de 2014 (RJ/2014/601); STS del 24 de octubre de 2014, N° recurso 5239/2011; STS del 2 de octubre de 2014, N° recurso 2229/2012; STS del 2 de octubre de 2014 (RJ/2014/506); STS del 1° de octubre de 2014, N° recurso 1784/2013; STS del 26 de septiembre de 2014 (RJ/2014/321); SAN (Madrid) del 13 de octubre de 2014, N° recurso 29/2014; SAP de Madrid del 13 de octubre de 2014 (AC/2014/85); STS del 25 de julio de 2014 (RJ/2014/437); STS del 14 de enero de 2014 (RJ/2013/537); STS del 1° de julio de 2013 (RJ/2013/438); STS del 10 de abril de 2013 (RJ/2013/218); SAP de La Rioja del 20 de marzo de 2012 (AC/2012/88); STS del 7 de diciembre de 2009 (RJ/2009/772); STS del 15 de julio de 2009 (RJ/2009/508); STS del 11 de mayo de 2007 (RJ/2007/541); STS del 24 de julio de 2006, N° recurso 776/2005; STS del 26 de junio de 2006 (RJ/2006/652); STS del 12 de marzo de 2004 (RJ/2004/203); STS del 10 de mayo de 2001, N° recurso 384/1996; STS del 14 de marzo de 2001, N° recurso 141/1996; STS del 10 de junio de 2000 (RJ/2000/585).

22 Cf. Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2008). Ob. cit., 875.

23 Ídem.

de León, en la teoría del resarcimiento del interés positivo, constituyendo la opinión mayoritaria de la doctrina española, toda vez que, decretada la resolución de la obligación, ésta no se aplica con un efecto retroactivo absoluto. Además, la restitución de las cosas dadas o entregadas en virtud del contrato resuelto no se puede confundir con la indemnización de daños y perjuicios, ya que, como lo planteé precedentemente, la segunda se apoya en el incumplimiento negligente de uno de los contratantes. La restitución no despliega en ninguna circunstancia una eficacia resarcitoria²⁴. En esta línea argumental, Clemente Meoro entiende que se debe indemnizar solamente el interés positivo, ya que el contratante cumplidor que solicita la resolución está renunciando a la prestación, lo que significa que no está renunciando al lucro cesante. Clemente Meoro señala dos argumentos para afirmar su tesis: “[...] 1ª La resolución no es, según ya ha sido señalado, un supuesto de ineficacia contractual sobrevenida del contrato, ni estructural ni funcionalmente. [...] 2ª Tampoco el carácter retroactivo de la resolución puede servir para descartar que el artículo 1124 CC tutele el interés contractual positivo [...]”²⁵. Además, podría pedir la indemnización del daño contractual negativo, cuando éste es mayor que el positivo o simplemente cuando no existe daño positivo. Ello se lograría a través de la aplicación de otras normas del CC (sobre incumplimiento contractual) y principios jurídicos (enriquecimiento sin causa y buena fe contractual)²⁶. La jurisprudencia ha ordenado la indemnización del interés contractual positivo y negativo²⁷. En cambio, para Fernández González-Regueral: “Aceptada la procedencia de la indemnización con carácter general, en caso de resolución del contrato, lo que está claro es que ésta consistirá en el interés contractual negativo del acreedor, esto es, tratará de colocar al sujeto en la situación patrimonial en que se encontraría si la relación obligatoria no se hubiera constituido [...]”²⁸. El artículo 1124, apartado 2º, CC, al parecer se refiere al interés contractual negativo, toda vez que la resolución por incumplimiento genera efectos retroactivos, lo que significa la renuncia del contratante cumplidor a pedir el cumplimiento forzado de la obligación, razón por la cual no procedería indemnizar el interés contractual positivo (interés de cumplimiento).

24 Cf. *Ibidem*, 875-876.

25 Clemente Meoro, M. E. (1998). *Ob. cit.*, 566.

26 Cf. Clemente Meoro, M. E. (2011). “Capítulo III. De las diversas especies de obligaciones”. Moreno y Rosario Valpuesta Fernández (Directs.). Javier Orduña Moreno, Javier Plaza Penadés, José Miguel Rodríguez Tapia y Eduardo Vázquez de Castro (Coords.). *Código Civil comentado*. Vol. III, Libro IV - Obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444). Navarra. Thomson Reuters (Legal) Limited, 237-238.

27 Al respecto, *vid.*: STS del 1º de julio de 2013 (RJ/2013/438).

28 Fernández González-Regueral, Mª. Á. (1998). *Ob. cit.*, 191.

De acogerse el interés positivo, supondría un desequilibrio entre las partes, toda vez que una de las partes no cumplió con su deber, pero sí recibió la prestación de la contraparte. Además, se estaría desvirtuando el precepto del artículo 1124, CC, esto es, el derecho de opción, pues sería lo mismo escoger la resolución y el cumplimiento forzado de la obligación, para determinar qué es lo que se debe indemnizar por daños y perjuicios²⁹.

El fin de la acción indemnizatoria a que se refiere el artículo 1124, CC, no es otro que colocar al contratante cumplidor en la misma situación que se encontraba antes de la celebración del contrato, evitando, así, un enriquecimiento sin causa³⁰. Tiene, por tanto, una finalidad retroactiva, porque el incumplimiento de la obligación supone un daño para el contratante cumplidor³¹. Al respecto, Fernández González-Regueral señala: “La indemnización sirve, así, para conseguir el objetivo de la resolución: reponer las cosas al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato”³². Con todo, para la STS del 21 de octubre de 2011 (RJ/2011/716): “El fundamento del derecho a la reclamación de los daños y perjuicios derivado del artículo 1124, CC, está en el resarcimiento del contratante cumplidor, no está en la proscripción del enriquecimiento injusto (como ocurre en el caso de las acciones de reembolso, STS del 29 de noviembre de 1997, RC N° 2852/1993, 28 de junio de 2010, RIP N° 1146/2006)”. Dicho lo anterior, pienso que el derecho de opción se funda en la actitud negligente del contratante incumplidor. Por ello, de existir daños y perjuicios, éstos deben ser indemnizados por aquél, pues derivan del hecho imputable al contratante incumplidor (incumplimiento contractual). En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios, ésta comprendería no sólo el daño de carácter patrimonial, sino también el perjuicio moral. Así, en general, la doctrina ha dicho que en materia de incumplimiento contractual cabe la indemnización del daño moral³³. Con relación a esta indemnización de daños y perjuicios, Albaladejo García señala lo siguiente: “Los daños que han de indemnizarse son cualesquiera producidos. Y no sólo los sufridos hasta determinada fecha (sentencia del 25 enero 1929). La sentencia del 7 de diciembre de 1896 señaló los intereses del precio abonado por la parte cumplidora, los gastos de escritura, los derechos

29 Cf. Clemente Meoro, M. E. (1998). Ob. cit., 560-563.

30 Cf. *Código Civil* (2010). Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernández Xiol Ríos (Direct.). Madrid. Grupo El Derecho y Quantor, S.L., 1035.

31 Cf. González González, A. (1987). Ob. cit., 208.

32 Fernández González-Regueral, M^a. Á. (1998). Ob. cit., 189.

33 Cf. Espiau Espiau, S. (2003). “La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual”. En Antonio Cabanillas Sánchez; Jorge Caffarena Laporta; José M^a Miquel González; Vicente L. Montés Penadés; Antonio M. Morales Moreno y Fernando Pantaleón Prieto (Comité Organizador). *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. T. II. Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Madrid. Civitas Ediciones, S.L., 1789.

reales (entonces) pagados, y cualquier otro gasto satisfecho por razón del contrato resuelto”³⁴.

La indemnización de daños y perjuicios no procede siempre que se interponga la acción de cumplimiento forzado o resolutoria (v. gr., cuando se trata de un caso fortuito o fuerza mayor, la resolución de la obligación no dará lugar a indemnización de daños y perjuicios). Con todo, el monto de la indemnización tampoco será igual en las acciones de cumplimiento forzado y resolutorias³⁵. Se debe agregar que el contratante cumplidor deberá probar la existencia y el monto de los daños y perjuicios, toda vez que el incumplimiento no supone necesariamente la existencia de los mismos³⁶, aun cuando el incumplimiento, por regla general, genera un perjuicio: la frustración de los fines o economía del contratante cumplidor, sea material o moral³⁷.

Como se esbozó en el párrafo anterior, los daños y perjuicios que se pretendan reparar son diferentes, tratándose del cumplimiento forzado y de la resolución, respectivamente. En el primer caso, se indemnizará por el contratante incumplidor el llamado interés contractual positivo, esto es se deberá comparar la situación en que actualmente se encuentra el contratante cumplidor y la situación en que estaría, si el contratante incumplidor hubiera cumplido la obligación de forma exacta, oportuna e íntegra; en cambio, cuando se alega la resolución de la obligación, al contratante cumplidor se le reparará el interés contractual negativo³⁸. Éste es el resultado de comparar la situación en que actualmente se encuentra el contratante cumplidor con la situación en que se encontraba al tiempo de celebrar el contrato³⁹.

Por último, se debe tener presente que la indemnización de daños y perjuicios procede toda vez que el contratante cumplidor pruebe los daños y perjuicios efectivamente sufridos, lo contrario significaría un enriquecimiento sin causa⁴⁰. Así lo ha confirmado el TS en varias sentencias: STS del 10 de enero de 1985 (RA/169); STS del 29 de noviembre de 1985 (AC/185/86); STS del 14 de octubre de 1988 (AC/98/89); STS del 17 de abril de 1989 (AC/774/89); STS del 5 de junio de 1989 (AC/910/89); STS del 22 de junio de

34 Albaladejo García, M. (2011). Ob. cit., 122.

35 Cf. Lacruz Berdejo, J. L.; Sancho Rebullida, F. de A.; Luna Serrano, A.; Delgado Echeverría, J.; Rivero Hernández, F. y Rams Albesa, J. (2007). Ob. cit., 201.

36 Cf. Ruiz Serramalera, R. (1981). Ob. cit., 106.

37 Cf. O’Callaghan Muñoz, X. (2012). Ob. cit., 79.

38 Al respecto, *vid.*: Lacruz Berdejo, J. L.; Sancho Rebullida, F. de A.; Luna Serrano, A.; Delgado Echeverría, J.; Rivero Hernández, F. y Rams Albesa, J. (2007). Ob. cit., 202 y sigs.

39 Cf. Navarro Mendizábal, Í. A. (2013). Ob. cit., 168.

40 Al respecto, *vid.*: Moreno Gil, Ó. (2006), 1008; O’Callaghan Muñoz, X. (2001). Ob. cit., 1070 y 1071.

1989 (AC/984/89); STS del 15 de noviembre de 1989 (AC/228/90); STS del 17 de julio de 1990 (AC/933/90); STS del 24 de julio de 1990 (AC/959/90); STS del 29 de noviembre de 1990 (AC/188/91); STS del 13 de febrero de 1991 (AC/344/91); STS del 22 de abril de 1991 (AC/617/91); STS del 30 de enero de 1992 (AC/527/92); STS del 18 de marzo de 1992 (AC/750/92); STS del 21 de diciembre de 1992 (AC/442/93); STS del 18 de febrero de 1993 (AC/589/93); STS del 7 de abril de 1993 (AC/873/93); STS del 26 de julio de 1993 (AC/29/94); STS del 11 de diciembre de 1993 (AC/404/94); STS del 15 de febrero de 1994 (AC/630/94); STS del 17 de mayo de 1994 (AC/1006/94); STS del 21 de mayo de 1994 (AC/982/94); STS del 14 de octubre de 1994 (AC/8/95); STS del 6 de abril de 1995 (AC/712/95); STS del 7 de noviembre de 1995 (AC/78/96); STS del 19 de noviembre de 1996 (AC/230/97); STS del 13 de diciembre de 1996 (AC/318/97); STS del 31 de marzo de 1997 (AC/694/97) y la STS del 13 de mayo de 1997 (AC/824/97)⁴¹. Asimismo, al Auto del TS del 21 de octubre de 2014 dispone: “[c]on base en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que admite la declaración de existencia de daños y perjuicios cuando el incumplimiento contractual implique necesaria y notoriamente un perjuicio, o de los hechos se desprenda fatal y necesariamente su realidad, por lo que su apreciación se impone por su misma evidencia, de conformidad con el principio *in re ipsa loquitur*”⁴². La excepción a lo anterior se da cuando existe una cláusula penal. Así lo dispone la STS del 23 de octubre de 2014 (RJ/2014/597), que establece: “[...] La cláusula penal tiene una básica función coercitiva por la que el deudor está doblemente obligado a cumplir la obligación, tanto por la *lex contractus* (art. 1091 del Código Civil) como por la aplicación de tal cláusula que exime al acreedor a la carga de la prueba de daños y perjuicios (art. 1152). Asimismo, su función liquidadora sustituye los daños y perjuicios que se hayan podido producir, sin necesidad de prueba, como dice el artículo 1152 y explica la sentencia del 18 julio 2005 en estos términos [...]”⁴³.

Conviene hacer alusión a la STS del 30 de diciembre de 2003, que dispone: “[...] Como señaló la sentencia de esta Sala, del 30 de julio de 1994, la obligación restitutoria está encaminada a evitar enriquecimientos injustos o sin causa por uno de los contratantes, y a obligar necesariamente a la contraparte a la promoción de un nuevo litigio”⁴⁴. Por su parte, la STS del 16 de septiembre de 2014, N° recurso 2252/2013, dispone: “Por último, es de señalar que tras la prueba practicada, la sentencia no considera aplicable la teoría de la destrucción del negocio, ya que no se ha acreditado enrique-

41 Cf. Fernández González-Regueral, M^a. Á. (1998). Ob. cit., 211-212.

42 Auto TS del 21 de octubre de 2014, N° recurso 2576/2013. Cf. www.vlex.com.

43 STS del 23 de octubre de 2014 (RJ/2014/597).

44 Cf. *Código Civil* (2010). Ob. cit., 1035.

cimiento desproporcionado ni la existencia de imprevisibilidad ya que las partes conocían perfectamente los riesgos del contrato, que fueron asumidos por ambas. A modo de cierre, ha de señalarse que la causa última del resultado del presente procedimiento radica en el propio contenido literal del contrato, pactado libremente por ambas partes, cuya cláusula 6.4 manifiesta que la resolución por la concurrencia de alguna de las condiciones resolutorias anteriores no genera a favor de ninguna de las partes derecho a percibir de la otra indemnización alguna [...]”⁴⁵. Asimismo, la STS del 13 de junio de 2014 (RJ/2014/299) dispone: “[...] al haber desaparecido la causa del contrato de compraventa determinaba la resolución contractual al amparo del artículo 1124 CC, al frustrarse la finalidad contractual y producirse un desequilibrio entre las prestaciones recíprocas de la partes y un consiguiente enriquecimiento injusto de la demandada y correlativo empobrecimiento de la recurrente”⁴⁶.

3. *Del ius variandi del contratante cumplidor*

Aun cuando el Derecho Romano no se refería a esta cuestión, la jurisprudencia gala y el *Code* entendieron que la resolución sólo podía decretarse a través de una resolución judicial que la concediera. Con todo, como se ha planteado a lo largo de este trabajo, se ha comenzado a aceptar la resolución unilateral, es decir, aquella en que es el contratante cumplidor el encargado de notificar al deudor incumplidor su voluntad en orden a resolver la obligación⁴⁷. Dicho lo anterior, se debe agregar que el contratante cumplidor puede solicitar indistintamente la resolución o el cumplimiento forzado de la obligación, o ambas (una en subsidio de la otra), toda vez que estas facultades son incompatibles entre sí: de acogerse el cumplimiento forzado de la obligación, no es posible acceder igualmente a la resolución de la obligación⁴⁸. Así, Albaladejo García expresa lo siguiente: “[P]ero habiéndose optado por el cumplimiento o por la resolución, ya no se puede pedir el otro. [...] Salvo que, como establece el artículo 1124, apartado 2º, segunda parte, ‘también podrá pedirse la resolución, aun después de haber

45 STS del 16 de septiembre de 2014, N° recurso 2252/2013. Cf. www.vlex.com.

46 STS del 13 de junio de 2014 (RJ/2014/299).

47 Al respecto, *vid.*: Lacruz Berdejo, J. L.; Sancho Rebullida, F. de A.; Luna Serrano, A.; Delgado Echeverría, J.; Rivero Hernández, F. y Rams Albesa, J. (2007). Ob. cit., 198 y sigs.

48 En este sentido, Albaladejo García señala: “Si bien no es incompatible pedir en general la resolución del contrato, pero el cumplimiento de cierto pacto englobado en el mismo, aislable del resto y que responde a una situación en la que, aparte del incumplimiento, ha incurrido efectivamente el incumplidor”. Albaladejo García, M. (2011). Ob. cit., 121.

optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”⁴⁹. Aun cuando este *ius variandi* es limitado, pues, únicamente se puede pedir la resolución cuando el cumplimiento forzado de la obligación hubiere resultado imposible⁵⁰. Para Puig Brutau: “La facultad de elegir entre el cumplimiento o la resolución del vínculo puede hacerse en forma alternativa (dejándola a voluntad del demandado)⁵¹ o subsidiariamente (dando preferencia a lo que quiera el demandante)”⁵². En este caso, la STS del 13 de diciembre de 2004 dispone: “[...] En definitiva, aunque podría reprocharse a la sentencia que se impugna el haber omitido toda alusión en relación con la tardía invocación de la cláusula en cuestión, en cualquier caso, el resultado a conseguir ha de considerarse equivalente al obtenido ya que, en atención a cuanto hemos expuesto, ha de considerarse inadmisibile la formulación en la comparecencia de una pretensión con base en una cláusula contractual a la que en ningún momento anterior se había hecho referencia y cuya finalidad (la resolución contractual) es radicalmente opuesta al debido cumplimiento de lo convenido, que es lo que se solicitaba en la demanda”⁵³.

El contratante cumplidor tiene la facultad⁵⁴ para variar la petición ejercida, es decir, si hubiera solicitado el cumplimiento forzado, puede abdicar de esta posibilidad y pedir la resolución, y viceversa⁵⁵. A esta facultad la doctrina la denomina *ius variandi*⁵⁶. El *ius variandi* se sustenta en el artículo 1124, apartado 2º, segunda parte del CC, que dispone: “También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”, ya que, en principio, atentaría en contra del principio *electa una via no datur recursus ad alteram*⁵⁷. La jurisprudencia

49 Albaladejo García, M. (2011). Ob. cit., 121.

50 Cf. Clemente Meoro, M. E. (2011). Ob. cit., 236.

51 Cf. O’Callaghan Muñoz, X. (2001). Ob. cit., 1117; Ruiz Serramalera, R. (1981). Ob. cit., 105.

52 Puig Brutau, J. (1988). Ob. cit., 118-119.

53 STS del 13 de diciembre de 2004 (RJ/2004/1169).

54 Al respecto, *vid.*: Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2008). Ob. cit., 807. En este sentido, la doctrina señala: “A diferencia del efecto automático que genera la verificación de una condición resolutoria [...] el incumplimiento que contempla el artículo 1124, aunque revista la entidad que hemos estudiado, no provoca *ipso facto* la resolución, sino que únicamente hace nacer la facultad de resolver”. Puig i Ferriol, Ll.; Gete-Alonso y Calera, Mª del C.; Gil Rodríguez, J. y Hualde Sánchez, J. J. (2000). Ob. cit., 141.

55 Cf. Carrasco Perera, Á. (2010). *Derecho de los contratos*. Navarra. Editorial Aranzadi, S.A., 1147-1148.

56 Cf. Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2008). Ob. cit., 808; Lacruz Berdejo, J. L.; Sancho Rebullida, F. de A.; Luna Serrano, A.; Delgado Echeverría, J.; Rivero Hernández, F. y Rams Albesa, J. (2007). Ob. cit., 198; Puig i Ferriol, Ll.; Gete-Alonso y Calera, Mª del C.; Gil Rodríguez, J. y Hualde Sánchez, J. J. (2000). Ob. cit., 143-144.

57 Cf. De Cossio y Corral, A. (1987). Ob. cit., 296.

ha acogido esta noción. Así, la STS del 22 de julio de 2013 (RJ/2013/488) dispone: “Está claro que la parte *in bonis* puede ejercitar el *ius variandi*, esto es, inicialmente exigir, como exigió, el 7 de mayo de 2008, el cumplimiento del contrato (la entrega de los avales) y, posteriormente, ante los reiterados incumplimientos, optar por la resolución del contrato, cuya manifestación resolutoria la expresó dejando de pagar, el 10 de junio de 2008, los efectos representativos del precio aplazado”. Se pronuncian, en este mismo sentido, las STS del 22 de enero de 2014, N° recurso 3644/2012 y del 7 de junio de 2012, N° recurso 2050/2012⁵⁸. Además, la jurisprudencia ha adoptado un criterio mucho más permisivo, sobre todo si se pide la resolución, después de haber optado por el cumplimiento de la obligación. En este sentido, se pueden citar las STS del 21 de febrero de 2007, del 10 de diciembre de 2012, del 26 de junio de 1990, del 18 de noviembre de 1983 y del 12 de diciembre de 1981⁵⁹. En este caso, la jurisprudencia ha sido flexible en cuanto a la interposición de estas acciones (cumplimiento forzado y resolución de la obligación), toda vez que ha permitido, como se dijo, solicitar tanto la ejecución forzada de la deuda como la resolución de la obligación, sea alternativa, sea subsidiariamente⁶⁰.

Conclusión

Resulta interesante, y del todo aplicable a nuestro Derecho, adoptar alguna de las soluciones que contempla el Derecho Civil español, en lo que se refiere al derecho de opción del acreedor. Tributario del Derecho continental, de tradición gala, parte de sus autores se resisten a la inclusión de nociones provenientes del *common law*, que se fundan en el principio de la autonomía de libertad contractual y en el principio de la eficiencia.

En este ensayo se ha pretendido presentar parte de la regulación que tiene el Derecho español, frente a la prescripción de las acciones que emanan del derecho de opción; y dos derechos del contratante diligente: la indemnización por daños y perjuicios y el *ius variandi*, que encuentra sustento en el artículo 1124, apartado 2º, segunda parte del CC y en el principio *electa una via no datur recursus ad alteram*.

58 Cf. www.vlex.com.

59 Cf. Rodríguez-Rosado, B. (2013). *Resolución y sinalagma contractual*. Málaga. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 143-145.

60 Cf. Lacruz Berdejo, J. L.; Sancho Rebullida, F. de A.; Luna Serrano, A.; Delgado Echeverría, J.; Rivero Hernández, F. y Rams Albasa, J. (2007). Ob. cit., 200-201.

Índice de sentencias

Jurisprudencia

STS del 30 de octubre de 2014 (RJ/2014/601).
STS del 24 de octubre de 2014, N° recurso 5239/2011.
STS del 14 de octubre de 2014, N° recurso 2159/2013.
STS del 2 de octubre de 2014, N° recurso 2229/2012.
STS del 2 de octubre de 2014 (RJ/2014/506).
STS del 1° de octubre de 2014, N° recurso 2060/2013.
STS del 1° de octubre de 2014, N° recurso 1784/2013.
STS del 26 de septiembre de 2014 (RJ/2014/321).
STS del 25 de julio de 2014 (RJ/2014/437).
STS del 2 de julio de 2014 (RJ/2014/375).
STS del 13 de junio de 2014 (RJ/2014/299).
STS del 8 de abril de 2014, N° recurso 1503/2013.
STS del 27 de febrero de 2014 (RJ/2014/76).
STS del 14 de enero de 2014 (RJ/2013/537).
STS del 19 de diciembre de 2013 (RJ/2013/831).
STS del 29 de octubre de 2013 (RJ/2013/649).
STS del 21 de octubre de 2013 (RJ/2013/609).
STS del 1° de julio de 2013 (RJ/2013/438).
STS del 9 de mayo de 2013, N° recurso 3423/2010.
STS del 10 de abril de 2013 (RJ/2013/218).
STS del 4 de abril de 2013 (RJ/2013/192).
STS del 8 de marzo de 2013 (RJ/2013/109).
STS del 27 de diciembre de 2012 (RJ/2012/807).
STS del 4 de octubre de 2012 (RJ/2012/554).
STS del 17 de mayo de 2012, N° recurso 6432/2011.
STS del 30 de noviembre de 2011 (RJ/2011/987).
STS del 30 de diciembre de 2010 (RJ/2010/747).
STS del 1° de octubre de 2010 (RJ/2010/622).
STS del 24 de febrero de 2010 (RJ/2010/36).
STS del 17 de febrero de 2010 (RJ/2010/35).
STS del 7 de diciembre de 2009 (RJ/2009/772).
STS del 15 de julio de 2009 (RJ/2009/508).
STS del 21 de abril de 2009 (RJ/2009/208).
STS del 23 de enero de 2009 (RJ/2009/10).
STS del 17 de julio de 2008 (RJ/2008/728).
STS del 16 de julio de 2008 (RJ/2008/685).
STS del 5 de mayo de 2008 (RJ/2008/320).
STS del 21 de abril de 2008 (RJ/2008/274).

STS del 16 de abril de 2008, N° de recurso 449/2006.
STS del 13 de septiembre de 2007 (RJ/2007/984).
STS del 17 de julio de 2007 (RJ/2007/857).
STS del 11 de mayo de 2007 (RJ/2007/541).
STS del 24 de julio de 2006, N° recurso 776/2005.
STS del 26 de junio de 2006 (RJ/2006/652).
STS del 27 de abril de 2006, N° recurso 50/2005.
STS del 30 de marzo de 2006 (RJ/2006/334).
STS del 5 de octubre de 2005 (RJ/2005/774).
STS del 18 de julio de 2005 (RJ/2005/569).
STS del 13 de diciembre de 2004 (RJ/2004/1169).
STS del 12 de marzo de 2004 (RJ/2004/203).
STS del 22 de marzo de 2002, N° de recurso 11457/1998.
STS del 10 de mayo de 2001, N° recurso 384/1996.
STS del 14 de marzo de 2001, N° recurso 141/1996.
STS del 10 de junio de 2000 (RJ/2000/585).
STS del 21 de junio de 1996 (RJ/3005/1995).
STS del 29 de mayo de 1996 (RJ/1996/441).
STS del 28 de septiembre de 1994 (RJ/1994/854).
STS del 22 de abril de 1991 (RJ/1991/292).

Jurisprudencia menor española

SAN (Madrid) del 13 de octubre de 2014, N° recurso 29/2014.
SAP de Madrid del 13 de octubre de 2014 (AC/2014/85).
SAP de La Rioja del 20 de marzo de 2012 (AC/2012/88).

Bibliografía

- Albaladejo García, M. (2011). *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*. 14ª edición. Madrid. Edisofer, S.L.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Direct.) (2013). *Comentarios al Código Civil*. T. VI. Arts. 1043 a 1264. Valencia. Tirant lo Blanch.
- Carrasco Perera, Á. (2010). *Derecho de los contratos*. Navarra. Editorial Aranzadi, S.A.
- Clemente Meoro, M. E. (1998). *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- Clemente Meoro, M. E. (2011). "Capítulo III. De las diversas especies de obligaciones". En Moreno y Rosario Valpuesta Fernández (Directs.). Javier Orduña Moreno, Javier Plaza Penadés, José Miguel Rodríguez Tapia y Eduardo Vázquez de Castro (Coords.). *Código Civil comentado*. Vol. III, Libro IV - Obligaciones y con-

- tratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444). Navarra. Thomson Reuters (Legal) Limited, 194-248.
- Código Civil* (2010). Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernández Xiol Ríos (Direct.). Madrid. Grupo El Derecho y Quantor, S.L.
- De Cossio y Corral, A. (1997). *Instituciones de Derecho Civil*. T. I. Parte General. Obligaciones y contratos. Revisado y puesto al día por Manuel de Cossío y Martínez. Madrid. Editorial Civitas, S.A.
- De la Haza Díaz, P. (1996). *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Prólogo de José Manuel González Porras. Madrid. McGraw-Hill.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II. Las relaciones obligatorias. 6ª edición. Navarra. Editorial Aranzadi, S.A.
- Espiau Espiau, S. (2003). “La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual”. En Antonio Cabanillas Sánchez; Jorge Caffarena Laporta; José Mª Miquel González; Vicente L. Montés Penadés; Antonio M. Morales Moreno y Fernando Pantaleón Prieto (Comité Organizador). *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. T. II. Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Madrid. Civitas Ediciones, S.L.
- Farré Alemán, J. Mª. (2000). *Código Civil comentado y concordado*. Barcelona. Editorial Bosch, S.A.
- Fernández González-Reguerual, Mª. Á. (1998). *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*. Madrid. La Ley-Actualidad, S.A.
- González González, A. (1987). *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*. Barcelona. Librería Bosch.
- Lacruz Berdejo, J. L.; Sancho Rebullida, F. de A.; Luna Serrano, A.; Delgado Echeverría, J.; Rivero Hernández, F. y Rams Albesa, J. (2007). *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*. Vol. Primero. Parte General. Teoría General del Contrato. 4ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández. Madrid. Dykinson.
- Martín Meléndez, M.ª T. (1999). *La indemnización del mayor daño. Artículo 1108 del Código Civil*. Valladolid. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial Universidad de Valladolid.
- Montes, Á. C. (1989). *El incumplimiento de las obligaciones*. Madrid. Editorial Tecnos, S.A.
- Morales Moreno, A. M. (2010). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Navarra. Editorial Aranzadi, S.A.
- Moreno Gil, Ó. (2006). *Código Civil y jurisprudencia concordada*. Madrid. Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado.
- Navarro Mendizábal, Í. A. (2013). *Derecho de obligaciones y contratos*. 2ª edición. Navarra. Editorial Aranzadi, S.A.
- O’Callaghan Muñoz, X. (2001). *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*. 2ª Edición. Madrid. Editorial La Ley-Actualidad.
- O’Callaghan Muñoz, X. (2012). *Compendio de Derecho Civil*. T. II. Derecho de obligaciones. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

- Puig Brutau, J. (1988). *Fundamentos de Derecho Civil*. T. I. Vol. II. 4ª edición revisada. Derecho General de las Obligaciones. Barcelona. Bosch, Casa Editorial, S.A.
- Puig i Ferriol, Ll.; Gete-Alonso y Calera, Mª del C.; Gil Rodríguez, J. y Hualde Sánchez, J. J. (2000). *Manual de Derecho Civil*, T. II. Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato. 3ª edición. Barcelona. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Rodríguez-Rosado, B. (2013). *Resolución y sinalagma contractual*. Málaga. Marcial Pons, Ediciones Jurídica y Sociales, S.A.
- Ruiz Serramalera, R. (1981). *Derecho Civil. Derecho de obligaciones I. Las obligaciones en general*. Madrid. Secc. de Publicaciones. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho.
- Santa Biblia* (2009). Antigua versión de Casiodoro de Reina (1569). Revisada por Cipriano de Valera (1602). Utah. La Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días Salt Lake City.

PARTE III

NOTAS Y COMENTARIOS

**ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE
EL LIBRO V DE LA ÉTICA A NICÓMACO**
Some Thoughts on the Book V of Nicomachean Ethics

Carlos R. Sanz¹

Recibido: 24 de abril de 2016
Aprobado: 14 de junio de 2016

Resumen: El autor realiza una glosa del Libro V de la *Ética Nicomáquea* teniendo en cuenta el contexto de la obra y su cronología. Se detiene especialmente en los conceptos de justicia, *to dikaion*, ley, injusticia, equidad y virtud con el intento de una aproximación lo más cercana posible al pensamiento de Aristóteles. También realiza comparaciones entre tales conceptos y el pensamiento moderno, mostrando la distancia conceptual que separa ambas épocas.

Palabras claves: Aristóteles - Justicia - *To Dikaion* - Epiqueia - Ley - Virtud.

Abstract: The author makes a glossing Book V of the *Nicomachean Ethics* taking into account the context of the work and its chronology. It dwells particularly on the concepts of Justice, Law, *To dikaion*, Injustice, Equality and Virtue with intent to approach as close as possible to the thought of Aristotle. Also it makes comparisons between such concepts and modern thought, showing the conceptual distance between the two periods.

Keywords: Aristotle - Justice - *To Dikaion* - Epiqueia - Law - Virtue.

1 Profesor emérito de la Universidad Católica Argentina. Correo electrónico: fiscalia@arnet.com.ar. El presente trabajo tiene dos ensayos previos y parciales. Uno, en la publicación del *Institut catholique d'études* publicado en homenaje al Prof. Francois Bouletreau, y otro, en *Revista Sapientia*, número en homenaje a Mons. Guillermo P. Blanco.

I. Una advertencia sobre el texto y el tiempo de los textos

1. Cuando nos proponemos encarar el pensamiento de un autor hay varios elementos previos que deben ser considerados. En primer lugar –aunque haciendo las veces de filólogos *amateurs*– debemos fijar el mejor texto y –en el caso de que se abarque la totalidad de la obra– asegurarse de no dejar nada afuera. Así ha pasado inadvertida en la comunidad científica la importantísima tesina de Don Sebastián de Benalcazar², titulada *Kelsen y la aproximación historicista al Derecho Natural clásico*, en la cual se analizan las inexactitudes en las que incurre el profesor vienés como consecuencia de no contar con un adecuado texto del pensamiento de Aristóteles³ que, honradamente, él busca analizar. En la obra indicada, no cabe duda de que Kelsen ha leído la *Ética a Nicómaco*, la *Política* e incluso la *Física* y la *Metafísica*⁴, pero en versiones que le han impedido comprender lo mejor del pensamiento aristotélico, pues “[...] el célebre jurista austriaco, conocido por su rigor y su sentido del análisis, ha quedado marcado por prejuicios tan tenaces y tan profundamente anclados, que ha sido incapaz de comprender la obra de Aristóteles”. Según la tesis de Benalcazar, la incomprensión de Kelsen derivaría de haber optado por la interpretación –llamada genética– realizada por Werner Jaeguer⁵. Poco tiempo después de la publicación de la obra de Jaeguer⁶, Heidegger⁷ dio, entre 1924 y 1925, su curso “Platón: el

2 Publicada en De Benalcazar, S. (2009). *Droits*. Revue française de théorie, de philosophie et de cultura juridiques, N° 48. PUF.

3 El trabajo de Kelsen se titula “La politique gréco-macedonienne et la Politique de Aristote” y fue publicado en los *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique* del año 1934, 15.

4 De Benalcazar, S. (2009). Ob. et loc. cit.

5 Historiador y filólogo alemán nacido en Lobberich, en 1881. Son conocidos sus estudios sobre la evolución del pensamiento de Aristóteles: *Studien zur Entwicklungsgeschichte der Metaphysik*, publicados en 1912. En 1933 escribió *Paideia*, sobre los ideales formativos y paradigmas formativos de la Grecia clásica, que se acabó de editar en inglés en 1944-45. Con la llegada de los nazis al poder, Jaeguer emigró a Estados Unidos de Norteamérica, donde dictó clases en las Universidades de California, Chicago y Harvard.

6 En el año 1923.

7 Martín Heidegger nació en Messkirch en 1889. Estudió con Rickert y Husserl –a quien reemplazó en la cátedra, al jubilarse, en 1928–, en la Universidad de Friburgo de Brisgovia, donde se doctoró en 1914 con una tesis, *Die Lehre von Urteil im psychologismus*. Fue nombrado *Privatdozent* cuatro años después, para pasar luego a enseñar en la Universidad de Margburgo. En 1933, llegados los nazis al poder, fue nombrado rector de la Universidad. La ocupación francesa lo separó de la cátedra en 1945, a la que se reintegró recién en 1952, fecha a partir de la cual tanto su filosofía como su consejo campearon sobre la enseñanza y la designación de profesores, en la entonces República Federal de Alemania. No podría señalarse, en una nota, los rasgos generales o los detalles de un pensamiento tan vasto como profundo. Sólo señalaremos que recibió, en materia antropológica, la influencia de Kierkegaard, reconociendo

Sofista”, donde hizo una interpretación escrupulosamente textual de la obra de Aristóteles, que muda sustancialmente el texto base del que se sirvió el intelectual austriaco.

Pero el uso hecho por Kelsen se convirtió en una verdad “canónica”; y una supuesta “verdad de a puño” la demostración de sus críticas a las afirmaciones aristotélicas respecto del Derecho Natural. Esto ha tenido andamio, entre nosotros, en el depreciado contexto intelectual iusfilosófico. No conozco, en Argentina, a nadie que se haya hecho eco de este extremo donde se siguen enseñando —o repitiendo— las propuestas antinaturalistas de Kelsen, como si nada hubiera pasado respecto de las nuevas investigaciones⁸.

En cuanto al texto aristotélico, lo cual puede parecer ocioso, mas no lo es si la lectura va dirigida a gente de Derecho, es bueno recordar que hacia fines del siglo XIX, la Academia Alemana de Ciencias emprendió la edición de una versión crítica, tendiente a esclarecer el texto aristotélico, lo que fue encargado a Becker⁹, por lo que el texto respectivo se identifica como BK¹⁰.

(*Sein und Zeit*) él mismo la impronta de Kant (*Kant und das problem der metaphysik*) y de Dilthey. El último Heidegger —a partir de afirmaciones respondiendo certeramente a consideraciones hechas por J. P. Sartre— se lo encuentra en posturas muy cercanas a la metafísica de Aristóteles al hablar del hombre como “pastor del ser” y del lenguaje como “casa del ser”. Murió en Friburgo de Brisgovia en 1976. Poco tiempo antes de morir estuvo con él el profesor y diplomático argentino, Ernesto Garzón Valdez.

8 Así es habitual que se siga utilizando la edición de 1934 que tradujo el Dr. Moisés Nilve y editó Eudeba, en 1960.

9 Nacido en Berlín en 1785, ciudad donde murió en 1871. Filólogo y hermenéutico, llevó adelante la edición de numerosos autores griegos y, entre los latinos, de Tito Livio y de Tácito. En sus *Anecdota graeca (1814-1821)*, divulgó la erudición gramatical de la antigüedad. Trabajó en la preparación del *Corpus inscriptionum graecarum*.

10 Luego el número de página, como en cada una hay columnas a), b), c), etc. y se señala cada cinco renglones, mediante número, se especifica aun más la cita. Así cuando se lee: BK 1247 b 10, se trata de un texto que los remite a esa página, a esa columna y a ese renglón. El mismo filólogo hizo la versión —en diez tomos— del texto platónico, de allí que la referencia también indicará BK, fechada en Berlín 1816-1823. En lo que hace a la versión de los presocráticos, hicieron lo mismo, en parte, tanto Hermann Diels (1848-1922) como Walter Kranz, quien mejoró la tarea de Diels (edición de 1903), con una primera edición fechada ese año y una quinta edición de tres volúmenes, con ambos aportes (DK), que es la que se utiliza hoy.

Entre nosotros, y circunscribiéndonos a la *Ética Nicomáquea*, circulan un texto bilingüe, que intenta ser una versión erudita, hecha con la dirección de Julián Marías, y editada por el Instituto de Estudios Políticos de Madrid, pero que no es una traducción demasiado confiable, según consultas que he realizado. Otras varias sin marca en el orillo, y la que considero mejor, que es la edición bilingüe traducida por Antonio Gómez Robledo y editada por el Fondo de Cultura Económica de México, que he venido utilizando por indicación de Mons. Blanco. Hay una versión para uso escolar de la misma, en la colección “Sepan cuantos”, de Ediciones Porrúa, México.

2. La segunda advertencia que debe hacerse apunta a la contextualidad temporal de la hermenéutica. No se puede estudiar el pensamiento de un autor sin conocer, de la manera más detallada y profunda, la época en la cual se han escrito los textos que se analizan. Como sucede hoy con la adjudicación de los sustantivos “monarquía”, “despotismo ilustrado”, “absolutismo”, “democracia”, aplicados a regímenes políticos actuales. Aquí daré un ejemplo que muestra lo que quiero decir y en un tema que nos es muy cercano y comprometido en la reflexión iusfilosófica: el tratamiento del tema de la ley en Santo Tomás. Cuando analizamos el texto de los cuatro artículos de la *quaestio* 90 de la I-II de la *Suma Teológica* sobre la ley en general, los autores¹¹ se refieren a que aquí también se está trabajando con una palabra con matices, análoga en su significación. Pero –seamos sinceros– el principio análogo lo tomamos de la ley napoleónica; de la ley moderna¹² y a su través intentamos hacer una explicación con textos de autores que van de San Isidoro de Sevilla¹³, hasta la actualidad. El P. Soria dice: “[...] es ciertamente en la ley civil humana donde aparecen más patentes las cuatro notas esenciales de toda ley [...]”¹⁴ (dictamen de la razón práctica, del príncipe –o legislador– que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad, ordenado al bien común y debidamente promulgado)¹⁵.

11 Cf. Fr. Carlos Soria O.P. en el T. VI de la versión bilingüe editada por la BAC, Madrid, 1956, 33-34.

12 Bastit, M. (1990). *La naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas a Suárez*. France. Ed. Preses Universitaires de France. De la misma hemos hecho una traducción (2005) (Nora Pereiro) al español con el título *El nacimiento de la ley moderna*. Buenos Aires. Educa.

13 Isidori Hispalensis Episcopi (1962). *Etimologiarum sive originum* Liber V. De legibus et temporibus. T. I de la edición crítica hecha por W. M. Lindsay. Oxford Classical Texts.

14 Adde: Dom Lottin O. S. B. (1949). *Psychologie et morale aux XII et XIII siècle*. T. II. Lovaina, 18 y sigs.

15 Dentro de la Escolástica existe divergencia sobre si es acto de la razón o de la voluntad del príncipe. Este tema está analizado desde sus raíces en la tesis del Prof. Bastit indicada en la nota 12. En el pensamiento hispanoamericano ha tenido mucha influencia –aun en sus variables laicistas– la tesis voluntarista que, precedida por las opiniones de Enrique de Gante, Gabriel Biel, Juan Mayr, Guillermo de Occam, Santiago Almain, Jerónimo de Angesto, el propio San Buenaventura, Duns Scotto –entre los teólogos– y Alfonso de Castro –entre los juristas–, se ha inclinado en este sentido. Tesis recogida por el P. Francisco Suárez SJ en su *Tratado de las Leyes y de Dios Legislador*. De dicha obra que data del año 1612, tiene edición bilingüe realizada por el P. José Ramón Eguillor Muniozguren SJ. Con introducción general del P. Luis Vela Sánchez SJ, Madrid, 1967, Edición del Instituto de Estudios Políticos de Madrid, Sección teólogos juristas; ver en especial L. I, cap. 5, N° 22 y sigs. en el T. I. También Raúl Sanz, C. R. “P. Francisco Suárez, ¿un jusfilósofo clásico?”. En *Sobre esto y aquello*. T. II, 345 y sigs. y Fray Phippe André-Vincent (1978). *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*. Versión española prologada por el Dr. Abelardo Rossi. Buenos Aires. Pequeña Biblioteca de Filosofía del Derecho. Gheresi editor, traducción mía.

Pero la noción de ley que se conocía en tiempos de Santo Tomás era la *lex romana*, los híbridos nacidos de la *ratio scripta* con los preceptos de la *coutume*¹⁶ de los pueblos bárbaros en Francia y con la casuística en España¹⁷ y los retazos del Derecho Público que regulaban los *regnii christianorum*¹⁸.

Otros equívocos se producen cuando se identifican Derecho y ley –cosa común entre nosotros– o cuando se mezcla la noción griega de la justicia y el Derecho con las nociones judías y cristianas de esos vocablos, a partir de la traducción de la *Biblia* de los setenta hecha al latín por San Jerónimo¹⁹.

Lo mismo ha sucedido en la legislación que se venía perfilando en Francia ya desde la época de Luis XIV: una lengua, una moneda, una ley y

16 La revista *Droits* editada por PUF dedicó a este tema los números 38 a 40 correspondientes a los años 2003/2005, entre los cuales son de destacar los trabajos de Jean-Marie Carbasse, “Le roi législateur: théorie et pratique” (3 y sigs. del T. 38); Jacques Krynen, “Le droit romain, droit común de la France”, 212 y sigs. del mismo volumen; Guillaume Leyte, “Le droit común de la France”. Observations sur l’apport des arrêtistes, 53 y sigs. del mismo volumen; Anne Lefebvre-Teillard, “Naissance du droit français: l’apport de la jurisprudence”, 69 y sigs. del mismo volumen; Jean-Marie Carbasse, “De verborum significatione: quelques jalons pour une histoire de vocabulaires juridiques”, 3 y sigs. del volumen 39; Guillaume Leyte, “Charondas et le droit français” (17 del mismo volumen); Jean-Louis Thireau, “Le monde des avocats dans la France d’Ancien Régime” (3 y sigs. del N° 40); de Jean Hilaire, “Les notaires et la naissance du droit français”, 129 y sigs. del mismo número. La mayoría de estos trabajos se encuentran traducidos en el portal www.ateneosanjustino.com. Adde: Sanz, C. R. (2011). *Aproximación a Domat*. Ver www.ateneo.com, San Justino, sec. estudios.

17 Tau Anzoátegui, V. (1992). *Casuística y sistema*. Buenos Aires. Editado por el Inst. de Investigaciones de Historia del Derecho. Remarco esta obra, no sólo escrita en la madurez intelectual del autor, sino una consecuencia que cierra un ciclo de largos años de estudios, desde su tesis doctoral sobre la codificación hasta el presente excelente trabajo, donde muestra la evolución de la cultura jurídica española, desde el tiempo de los Austria y las dificultades nacidas de la amplitud de un imperio donde no se ponía el sol –con las consiguientes variables de costumbres e instituciones jurídico-políticas–, hasta el proceso legiferante que alumbraron los Borbones desde la instauración de Felipe V. Ver del mismo autor (2001) *El poder de la costumbre*. Estudio sobre el Derecho Consuetudinario en América Hispana hasta la emancipación. Buenos Aires. Ed. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

18 Cada uno de los entrecomillados debería ser materia de una exposición, pero ello nos desviaría de lo principal que buscamos. Remito a los siguientes trabajos: Carbasse, Jean Marie, “Le roi législateur: théorie et pratique” (3 y sigs.); Krynen, Jacques, “Le droit romain ‘droit commun de la France’” (21 y sigs.), ambos en el vol. 38 de *Droits...* Ob. cit.; Thireau, Jean-Louis, “Le monde des avocats dans la France d’ancien Régime” (3 y sigs.); Soleil, Sylvain, “Les magistrats de second rang et la formation du droit français. Les règles de droit français de Claude Pocquet de Livonnière, conseiller au Présidial d’Angers” (81 y sigs.), ambos en el vol. 39 de *Droits...* Ob. cit. en nota 2.

19 Villey, M. (1978). *El Derecho, perspectiva griega, judía y cristiana*. Buenos Aires. Ed. Pequeña Biblioteca de Filosofía del Derecho. Ed. Gherisi.

una unidad de pesas y medidas para todo el territorio de Francia²⁰. Como así también en Prusia y Austria con anterioridad²¹.

Si de la idea de ley que podría haber tenido queremos hacernos una composición contextual, no siendo Santo Tomás un jurista, sino un profesor de “Sacra Página”, el tema debería ser tratado desde este contexto como oportunamente traté de demostrarlo²². Desde otro punto de vista, es importante saber qué conocía Santo Tomás sobre el Derecho Romano, la coutume y las ordenanzas reales²³, para lo cual ha de advertirse su contemporaneidad con San Luis, rey de Francia²⁴ (1215-1270)²⁵ y realizar –cosa imposible para nosotros, por cuanto los archivos documentales están en Francia– un estudio del pensamiento de los juristas que prestaban asesoramiento al Santo Rey. Una pista la podríamos tener con el caso de Philippe de Beaumanoir (1250-1296)²⁶ impregnado de las fuentes romano-canónicas, o antes que él, de Pierre de Fontaines, autor de *les Établissement de Saint Louis*, *Justice et plet* y las *Coutumes de Vermandois*.

Todos estos elementos nos obligan a ser más cautelosos en la utilización del contenido de los términos que usamos, cuando ellos no son nuestra lengua madre y cuando hacemos un uso puramente nocional de los mismos sin advertir la importancia de una exégesis contextual en el tiempo y el espacio.

En el caso de Aristóteles, no debe olvidarse que el contexto en el cual escribe es una sociedad esclavista, gobernada por una minoría de ciudadanos acaudalados y poderosos.

20 Sanz, C. R. (2011). *Aproximación...* Ob. cit. en nota 16.

21 Lasserre-Kiesow, V. (1998). “La codification en Allemagne au XVIIIe siècle”. *Archives de philosophie du droit*, N° 42. París. Ed. Sirey, 215 y sigs.

22 Ver mi trabajo “La laicidad del Derecho”. *Sobre esto y aquello*. T. II, 168 y sigs.

23 Sobre este aspecto hay una antigua tesis, Aubert, J. M. (1955). *Le droit Romain dans l’oeuvre de Saint Thomas*, con prefacio de Gabriel Le Bras. París. Ed. Librairie Philosophique J. Vrin, en especial 78 y sigs. Tesis que si bien trae preciosas referencias no permite, a mi juicio, tener por agotada la cuestión y satisfecha la inquietud sobre el conocimiento del Derecho Romano por el Angélico.

24 Ver p. 38 del T. I de la *Summa Teológica*, BAC, escrita por el P. Santiago Ramírez y Albert Garreau (1949). *Saint Louis et son royaume*. París. Ed. La Colombe, en especial capítulo IV, Le regne personel de Saint Louis de 1235 a 1248.

25 Sto. Tomás nace en 1227 y muere en 1274.

26 Jacob, R. (2009). “Philippe de Beaumanoir et les clerics. Pour sortir de la controverse di ius commune”. En el T. 50 de *Droits*, correspondiente al año 2009. A juicio del autor, Philippe de Beaumanoir es “referencia obligada de todo estudio sobre la norma y la sociedad del siglo XIII, su obra parece no haber dejado nunca de constituer una fuente inagotable de malos entendidos [...] La limpidez de su estilo le ha valido ser tenido por el primer representante de un espíritu jurídico típicamente francés”.

Pero si estudiamos los preceptos del “Cede noire”, de Luis XIV y los comparamos con la esclavatura –laboral y sexual– actual, sin duda que existe un abismo a favor de aquél *Code*.

Otro tanto sucede con el uso, dentro del plexo sistemático de toda la obra del propio autor, puesto que cada palabra –que llama a las cosas– tiene una significación, en principio, unívoca en el mismo. Y “en principio”, porque los autores medievales, por ejemplo Santo Tomás, usan idénticas palabras con una significación no totalmente idéntica. Frente a estas situaciones, Mons. Blanco solía decir: “Santo Tomás era profesor de Sacra Página y no un filólogo alemán”. Pero lo cierto es que todos estos elementos que señalo hoy existen y un trabajo serio no los puede soslayar²⁷ o al menos señalar a modo de limitación del propio ensayo de interpretación.

También es importante agregar que el tema del derecho y la justicia, sobre lo que versa el Libro V de la *Ética*, no comienza allí, sino que debe complementarse –ciñéndonos sólo a la justicia– con lo expresado en el Capítulo VII –del Libro II–, donde Aristóteles expone el tema del “mesotés”, en algunos textos traducido por mediocridad, que en castellano tiene un matiz peyorativo. Siguiendo las enseñanzas de Mons. Blanco y del Padre Domingo M. Basso O.P. lo uso como “mediedad”, punto medio. Neologismo que me parece aceptable porque dice del modo que pretendemos explicar. Que, como veremos, además tiene algunos inconvenientes específicos para el caso de la justicia; lo que luego los medievales llamarán el *medium rei*.

II. Otra advertencia: la cronología en la que está inmerso el autor

Para conocer el pensamiento de un autor, también es menester saber qué sucedía a su alrededor cuando escribía. Esto, sin duda, es más común desde que algunos autores del siglo XX han estudiado el lenguaje político. Porque es del entramado del término y de la “peripecia” de donde surge la significación²⁸.

Aristóteles nació en Estagira –en la Calcídica– alrededor del año 384 a.C.; esto es a principios del siglo IV a.C.²⁹. En el pueblo judío (año 398)³⁰,

27 Sobre otro abordaje de la noción de ley, esta vez desde el contexto de la tradición hebrea, lo hice en una exposición realizada en la Universidad Católica Argentina y recogida en *Sobre esto y aquello*. Ob. cit., 163 y sigs.

28 Sólo pondré dos ejemplos: Burnham, J. (1957). *Los maquiavelistas*. Buenos Aires. Emecé, versión española, y Ortega y Gasset, J. (1951). *Del Imperio Romano*. Madrid. Ed. Aguilar.

29 Ver Nack, E.; Wägner, W. (1976). *Grecia: El país y el pueblo de los helenos*. Barcelona. Ed. Labor S.A., en especial 386 y sigs.

30 Ver Ricciotti, G. (1966). *Historia de Israel*. T. II. Barcelona. Ed. Luis Miracle S.A., 118 y sigs.

por aquél entonces, se registra la misión profética de Esdras y la legislación del Pentateuco, que unificada por el nombrado Profeta fue aprobada por Artajerjes³¹. En 350 Judea forma un Estado teocrático con moneda autónoma: dracmas, con la inscripción YHD. De fecha un poco anterior al gobierno de Alejandro, datan las profecías de Joel, el libro de las Crónicas y, ya en tiempos de Alejandro Magno, las enseñanzas del profeta Zacarías. Hacia fines de la época persa o comienzos de la época helenística³² data el libro de Zacarías³³. En Egipto se da fin a las dinastías XXVIII a XXX hacia mitad del siglo, reconquistando el poder, luego, la dinastía XXXI³⁴.

Aunque Estagira está en los confines de la Tracia, Aristóteles sin duda era un hombre de familia y tradición helenas³⁵. Su madre fue originaria de Calcis, en la isla de Eubea y la familia de su padre Nicómaco –que era médico– parece originaria del Peloponeso (Mesenia). Sin duda un médico

31 Se trata de Artajerjes II Mnemón, rey de Persia, fue el hijo mayor de Darío II. Poco tiempo después de su coronación, su hermano menor –Ciro el joven– se sublevó contra él, con el apoyo de mercenarios griegos, que vencieron en Cunaxa (401 a.C.), batalla en la que murió Cyrus. Pronto también se sublevó Egipto. Artajerjes II llevó, mediante intrigas, a que las ciudades griegas estuvieran en constantes querellas y batallas, hasta que pudo dictarles la Paz de Antalcidas (387 a.C.) mediante la cual Persia recuperó la isla de Chipre y las ciudades griegas del Asia Menor. Evágoras de Esparta, que se había apoderado de Rodas, Chipre y Tiro, con el apoyo de Egipto fue sometido por Artajerjes II, y una rebelión de los sátrapas del Asia menor fue sofocada mediante perfidias y negociaciones. Esta política tortuosa de Artajerjes, como sucede en estos casos, hizo de su corte –como muchas otras– un sitio de intrigas, traiciones, conspiraciones y asesinatos.

32 Jouguet, P. (1958). *El imperialismo macedonio y la helenización del Oriente*. Versión española editada en México por UTTHEA, en especial 7 y sigs.

33 Un estudio muy serio de estos tiempos puede verse en el libro de Mireille Hadas-Label, M. (1994). *Flavio Josefo*. Barcelona. Ed. Herder. Este libro cubre un período muy importante de la historia de Israel, a punto tal de que durante mucho tiempo fue considerado un verdadero quinto evangelio pues narra –de manera paralela e independiente– aspectos considerados en los *Hechos de los Apóstoles* en el lapso que incluye los últimos tiempos del pueblo hebreo hasta la caída de Jerusalén y Masada, contada por un miembro de la mejor sociedad judía, general de sus ejércitos, luego protegido por Vespasiano y Tito; su mirada de la situación política y jurídica se hace desde Judea, Samaria y Roma, donde vive a expensas de sus protectores imperiales y donde se pierde su pista en el año 95. Este hombre, cabalgando entre dos mundos –el romano y el hebreo–, será visto como traidor para unos y como hombre de consejo para otros, permitirá un trágico enlace –aun lingüístico– entre ellos. Su obra escrita en arameo pudo transcribirse al griego, mas no hay versión latina, lengua que para este judío avecinado en Roma no debió ir más allá que a un elemental nivel del léxico cotidiano.

34 Cf. AA. VV. (1950). *El legado de Egipto*. S. R. K. Glanville (dir.). 2ª edición revisada por Pedro Blanco. Madrid. Universidad de Oxford. Ed. Pegaso, en especial 303 y sigs., 333 y sigs., 427 y sigs. y 523 y sigs.

35 Cf. Glotz, G. (1957). *La Ciudad Griega*. Nueva edición aumentada con un apéndice y una bibliografía complementaria por Paul Cloché. Traducción al español por José Almoyna. México. UTHEA, en especial 99 y sigs.

famoso, por cuanto fue llamado a la corte de Macedonia como médico del rey Amintas II, padre de Filipo y abuelo de Alejandro.

Como era de rigor en estas familias de ciudadanos, Aristóteles recibió en su casa (de algún paidagógos)³⁶ las primeras enseñanzas, pasando en 364 –a los dieciocho años– a Atenas, donde permaneció otros dieciocho años en la Academia platónica, hasta la muerte de su fundador, en 348. Si Atenas era la escuela de Grecia, la Academia era la cima de esa escuela. Dentro de ella, Platón lo llamó a Aristóteles, el *noûs* –la inteligencia– de la escuela.

La convivencia de estas dos inteligencias estuvo dada mediante una profunda *philia* que no impidió la divergencia de pensamientos en cuestiones tan esenciales como la Teoría de las Ideas, lo cual –aunque sin usar los nombres propios– parece trasuntarse en el *Parménides*³⁷.

Mientras vivió Platón –y alguna señal de ello la veremos al tratar sobre la “justicia como coextensiva de toda virtud”– siguió Aristóteles en la Academia precisando su pensamiento, convergiendo y disintiendo con Platón, en un clima de gran respeto y circunspección. Pero la decisión sucesoria de Platón, designando heredero de su escuela a su sobrino, Espeusipo³⁸ –lo que no aceptó ni Aristóteles ni Xenócrates³⁹–, implicó la salida de aquél de Atenas, para avecindarse en Assos durante unos tres años, donde gobernaba su antiguo condiscípulo, Hermias. En esos tres años, se casó con Pitias, sobrina de Hermias, pasando luego a Atarneo y, entre 345 y 344, a Mitiline, en Lesbos.

Al año de residir allí, recibió la invitación de Filipo de Macedonia para hacerse cargo de la educación de su hijo, Alejandro, que tenía trece años, lo que llevó a Aristóteles a trasladarse a la Corte, dado la vieja relación que tenía la familia con sus reyes. Además no habrá descartado la fama de ser el educador de un príncipe con un promisorio futuro y así encontrar el modo de llevar adelante un esfuerzo educativo que conjugara la ortodoxia con la or-

36 Marrou, H. I. (1965). *Historia de la educación en la antigüedad*. Buenos Aires. Eudeba, 113 y sigs.

37 Festugière, A. J. (1936). *Complation et vie contemplative selon Platon*. París. Fouillé, A. (1879). *La philosophie de Platon, exposition et critique de la théorie des idées*. París. Pabón, J. M. y Fernández Galiano, M. (1949). *Introducción a la edición bilingüe de la República*. T. I. Madrid. Instituto de Estudios Políticos.

38 Espeusipo, sobrino de Platón por vía materna (su madre fue Pomona), habría nacido en 408 y murió suicidado en 339 o 338. Natural de Mirrina –en territorio de Atenas. Su padre fue Eurimedonte. Siguió a Platón en su enseñanza, mas no en su estilo de vida por cuanto habría sido un hombre seducido por la ira y los placeres. En el Libro I de los *Comentarios de Diodoro*, se señala que exploró el campo de las matemáticas.

39 Fue un pensador griego de esta escuela, nacido en Calcedonia (Bitinia). Debe haber estado muy cerca de Platón, como que éste lo llevó a Siracusa, ante la invitación del tirano de esa isla, que había sido discípulo de aquél (ver carta VII de Platón a los deudos de Dion de Siracusa).

topraxis⁴⁰. Recordemos de qué manera había fijado su *hegemon* Filipo, sobre las ciudades griegas en el Congreso de Corinto, años antes de este episodio. Esta situación muy común en la antigüedad y hasta hoy –con novaciones semánticas– suponía asegurar para la ciudad federada una autonomía en la esfera municipal –de tejas abajo–, dejando el tema de la guerra y de las relaciones exteriores en manos de ciudad o rey dominante, hegemónico.

No tenemos información de los ocho años que Aristóteles pasó en Pela; en cambio, sí sabemos que su tarea terminó a la muerte de Filipo y con el acceso al trono de Alejandro (335/334). Lanzado a conquistar un Imperio, Alejandro luego de la batalla del Gránico no hizo otra cosa que ampliar sus conquistas. Una vieja tradición cuenta que el afortunado alumno enviaba a su antiguo preceptor plantas y animales desconocidos en Grecia, pero ninguna constancia –que yo conozca– avala este particular.

Jaeguer cree que en la autoconciencia de su misión imperial y la amplitud de su cultura (de Alejandro) podrían darse las bases de las *Éticas*⁴¹, lo cual habría sido un fruto compartido por ambos –preceptor y príncipe– y entendida como programa pedagógico del filósofo volcado en las tres obras, las tres éticas que se atribuyen a Aristóteles. Lo cierto es que éste, terminada esta etapa pedagógica, volvió a Atenas y fundó el Liceo, lapso en el que se verifica su ruptura con Alejandro, quien mandó matar en un acceso de ira a Calístenes⁴² –sobrino de Aristóteles–.

40 Sócrates fue un hombre preocupado por la “polis” y su pensamiento tuvo la coherencia de llegar hasta beber la cicuta en virtud de esa coherencia, pese a que sus amigos lo instaban a huir. Platón –quien, en principio, no se habría interesado de este aspecto político, como lo pone de manifiesto en su carta VII– se vio enredado en los conflictos siracusanos y locales. Aristóteles siempre quiso una experiencia pedagógica integral que se derramara en el marco de la ciudad pero también la política lo dañó. Esta disfunción entre la intención y el resultado me hace recordar a la estratagema iluminista, expresada en el pequeño opúsculo de Kant (1960). *El conflicto de facultades*, que examiné en su versión francesa. París. Dalloz. Se trata de lo que hoy llamaríamos las “incumbencias” de las escuelas. Para la Facultad de Filosofía está el estudio de lo que es justo, en cambio para la Facultad de Derecho la enseñanza debe circunscribirse a lo que es la ley. De esta manera, los filósofos podrán advertir la temática de lo justo y lo injusto, pero su manifestación no irá más allá de la protesta personal, sin ningún punto de inserción con el campo institucional. En cambio, el hombre de Derecho que sabe cómo se cambian –para mejorarlas o deteriorarlas– las estructuras del poder debe ceñirse a aprender a aplicar la ley, no a reflexionar sobre lo justo y lo injusto. El hombre de Derecho sabe de los mecanismos que deben transitarse para reformar la Constitución y las leyes. Sabe redactar los decretos y ordenanzas.

41 (1934). *Aristote*. Oxford, 122.

42 Calístenes de Olinto (circa 370-327 a.C.) fue un historiador y cronista que acompañó a Alejandro al Asia. Fue fiel a él, incluso en su enfrentamiento con los nobles macedonios. Pero ante la pretensión de aquél de ser adorado como un dios, mediante la *proskénesis*, Alejandro lo involucró en la llamada “rebelión de los pajes”, lo que a la postre provocó su prisión y muerte. De su obra sólo se conocen fragmentos de *Hellénica*, donde estudió el transcurrir de los treinta años siguientes a la Paz de Antálcidas y las “*Praxeis Alejandrou*”.

Fueron doce los años que Aristóteles dedicó a la docencia en Atenas, puesta en la advocación de Apolo Liceo, escuela que junto a la *stoa* (o escuela del Pórtico) y la escuela de Epicuro alcanzó larga existencia hasta el siglo VI de nuestra era, en que Justiniano mandó cerrar todas las escuelas de Atenas.

Leon Robin dedica largas páginas a estudiar el pensamiento de Aristóteles y de sus discípulos inmediatos: Teofrasto de Ereso⁴³, Eudemo de Rodas, Fancias de Ereso, Dicearco de Mesenia y Aristógenes de Tarento (escritores, respectivamente, de: *Opinión de los físicos*; *Historia de la geometría, la aritmética y la astronomía*; *Historia de la medicina*; *Historia de la poesía*; *Vida de los griegos* e *Historia de la música*)⁴⁴.

Muerto Alejandro (323), y pese a su ruptura con él, Aristóteles debió salir de Atenas ante la purga antimacedónica que era de estilo sucediera en cada cambio de señorío político. Los cambios de asiento del poder, entonces, un poco más cruentos que ahora, solían exteriorizarse en amplias masacres de los círculos vinculados a los gobernantes depuestos, sin afinar mucho la puntería de las relaciones personales entre los vencidos y los demás. También él fue acusado de “impiedad”, como Sócrates y otros, y como su realismo era vital –no siendo Atenas su ciudad– dejó Atenas. Una tradición le adjudica la excusa de que así “quería evitar otro crimen contra la filosofía”. Se estableció en Calcis (Eubea), cerca de la ciudad de Atenas, en una propiedad heredada de su madre, donde vivió retirado, para morir a los 62 años (322 a.C.). Su testamento es un ejemplo de su honda religiosidad y testimonio de su agradecimiento para todos a quienes lo rodearon⁴⁵.

43 Ver en Robin, L. (s/f). *El pensamiento griego y los orígenes del espíritu científico*. México. Ed. en castellano, UTHEA, 292 y sigs. Teofrasto de Ereso (370-287 a.C.) fue naturalista y filósofo, completó la lógica aristotélica (*Organon*) y rectificó algunos puntos de la investigación empírica de elementos de la naturaleza. Se conservan fragmentos de *Los caracteres éticos*, que es una descripción psicológica de los diversos tipos humanos. Sobre Eudemo de Rodas es poco lo que se sabe; sin duda que colaboró con la preparación del “Corpus aristotelicum”, sobre todo en la consideración de temas religiosos y morales. Durante algún tiempo se creyó que era el autor de la *Ética Eufemia*, opinión hoy que no cuenta con el peso de los especialistas. Dicearco de Messina (Mesenia) fue filósofo, geógrafo e historiador. Pasó gran parte de su vida en Esparta. De sus numerosas obras sólo se han conservado fragmentos de *Bios Helládes* (Vida de Grecia), *Politeiai* (Constituciones de Pelene, Corinto, Atenas y Esparta), *Bioi* (Vidas), en las que traza biografías y recibe fragmentos de varios filósofos: *Períodos gês* (Circuito de la Tierra), sobre cartografía y fenómenos de la tierra que son aportes notables al conocimiento geográfico del planeta y *Peri psychê*, una psicología racional en torno a la naturaleza y mortalidad del alma.

44 Cf. De Ridder, A. y Deonna, W. (1961). *L’art en Grèce*. París. Ed. Albin Michel. Existe una traducción al español de Serafín Agud Querol y José María Díaz-Regañón, editada por UTHEA, México 1961, en especial 229 y sigs.

45 Cf. Gernet, L. y Boulager, A. (1960). *El genio griego en la religión*. Ed. francesa de Albin Michel, traducción española de Agud Querol, Serafín y Díaz Regañón López, J. M. México. UTHEA, en especial 271 y sigs.

Podríamos añadir las secuelas del aristotelismo, su recepción en el mundo árabe y en el medioevo, hasta la crisis y el impacto de la obra de Hobbes en el pensamiento occidental o su vigencia en el mundo romano (sobre todo en Cicerón), árabe⁴⁶ y judío⁴⁷ (Avicena, Averroes, Avicibrón, etc.), hasta su recepción en la escuela de traductores de Córdoba⁴⁸, pero todo ello nos alejaría del análisis textual que nos proponemos.

Sólo señalaré que de las tres *Éticas*, la llamada *Gran Ética* no le pertenece a Aristóteles. Tanto la *nicomáquea* como la *eudemia* (probablemente nombre de sus editores, según Gómez Robledo) no presentan desemejanzas respecto al tema específico que tratamos aquí.

III. El Libro V de la Ética. Acerca de la justicia

1. Señala, Aristóteles, que siguiendo el mismo método⁴⁹ (dialéctico) con el que vino tratando las cuestiones anteriores (sobre el bien y las virtudes morales) se referirá a la justicia y a la injusticia considerando, primero, en qué acciones tiene su consistencia; segundo, qué clase de “mediedad” es la propia de la justicia y cuáles son su extremos.

Así, nos dice Aristóteles que todos entienden llamar justicia al hábito (*héxis*) que dispone a los hombres a hacer cosas justas, que desean y por cuya obra procuran. La injusticia es lo contrario. Pasando a dar prueba de las consecuencias del ser en el obrar, mediante la apelación didáctica referente a la salud y la enfermedad, señala que los conjuntos contrarios sirven para iluminarse mutuamente. Así, parece que su auditorio no esta-

46 Badawi, A. (1968). *La transmission de la philosophie grecque au monde arabe*. Curso dictado en la Sorbonne durante 1967. París. Ed. Librairie Philosophie J. Vrin, en especial 83, 84, 87, 91.

47 Gilson, E. (1965). *La filosofía en la Edad Media*. Madrid. Ed. Gredos, 353 y sigs.

48 C. Bréhier, E. (1959). *La filosofía en la Edad Media*, edición francesa de Albin Michel, de la cual hay traducción española de López Pérez, J. México. UTHEA, en especial 61 y sigs., 187 y sigs. y 242 y sigs. Adde Gilson, E. (1965). Ob. cit., en especial 321 y sigs., 353 y sigs. y 488 y sigs.

49 Sobre el método dialéctico ver: Villey, M. (1978). *Método, fuentes y lenguaje jurídico*. Capítulos I, II, III y IV. Buenos Aires. Gheri editor, 27 y sigs. Textos que he escogido y traducido; que en su original francés son los Capítulos I y II (1969). *Seize Essais de philosophie du droit*. París. Ed. Dalloz; Cap. III (1976). *Archives de philosophie du droit*. París. Sirey; y los Capítulos IV y V (1976). *Critique de la pensée juridique moderne*. París. Ed. Dalloz. Además puede consultarse Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (1990). *La filosofía jurídica de Michel Villey*, que es su tesis doctoral, en especial Capítulo XII. Pamplona. Eunsa, colección jurídica, 552 y sigs. Perelman, Ch. (1976). *Logique juridique Nouvelle rhétorique*. París. Ed. Dalloz; *Le raisonnement pratique*. T. I de la colección “La philosophie contemporaine”. Firenze. Ed. Nuova Italia, Firenze, 1968 y del mismo autor con Olbrechts-Tyteca, L. (1952). *Rhétorique et philosophie*. París. PUF.

ba formado por personas justas, pienso yo, pues comienza a desbrozar el campo presentando a los “injustos”, que serían –a mi entender– los más conocidos.

Son tenidos por injustos: el transgresor a la ley, en segundo lugar el codicioso y el inicuo o desigual. De donde se sigue que son justos los contrarios: primero, el que observa la ley y segundo, el que observa la igualdad (*isson*); de allí que el *dikaion* (neutro sustantivado) sea lo legal y lo igual.

2. El codicioso –sigue diciendo Aristóteles– es injusto respecto a los bienes de los que dependen la prosperidad y la adversidad y ello puede suceder por dos razones: primero, porque se toman más bienes o segundo, porque se toman menos males. El transgresor de la ley es injusto pues, de algún modo, la ley es justa, dice Aristóteles.

3. Y aquí Aristóteles se introduce en un campo que no se puede comprender sin conocerse el planteo de la Justicia en la *República* que hace Platón, desde cuya perspectiva se entiende la argumentación. Como así también para hacer explícito el respeto entre discípulo y maestro.

Platón había enseñado en la *República*⁵⁰ primero, en letras grandes, de qué manera, en la *polis*, a cada clase correspondía una virtud. A los gobernantes la sabiduría, a los guerreros la fortaleza y a los artesanos y campesinos la templanza, siendo la justicia la consecuencia de que cada uno tuviera la virtud que correspondía a su clase. Una especie de precipitado consecuencial del equilibrio de las otras potencias, perfeccionadas por las virtudes o “excelencias” que les son propias⁵¹. Lo mismo ha demostrado sobre la justicia en el individuo, donde en lugar de clases hace distinción de *psijé*, de almas, conforme a los criterios de la medicina de la época. En el abdomen, la templanza; en el pecho, la fortaleza y en la cabeza, la prudencia o sabiduría. Podríamos señalar las formas de comunicación de cada *psijé*, y de qué manera aquellas pulsiones son el “caballo negro” y el “caballo blanco” de otro diálogo (*Timeo*), pero nos alejaría del tema. No es diverso este universo de pulsiones, que lo irascible y lo concupiscible de los escolásticos o de “thánatos” y “libido” del psicoanálisis actual, a criterio de Mons. Guillermo P. Blanco. Lo cierto es que paralelamente a lo demostrado en la ciudad, para Platón la justicia existirá en el individuo como consecuencia de las perfecciones de cada una de estas almas.

50 BK 328/a a 450 a.

51 Gómez Robledo, A. (1967). *Meditaciones sobre la justicia*. México. Fondo de Cultura Económica, 45 y sigs.

Como un resultado de lo dicho hay una justicia que es “coextensiva a toda virtud”, pero sólo si hace referencia a otro la llamamos justicia y específicamente la designamos como justicia general; o legal, pues el título de exigibilidad es la ley dictada.

4. De la manera antedicha esta justicia general exige actos de fortaleza –como no arrojar las armas ante el enemigo, o defender la patria aunque temamos–, actos de templanza –como no comer carne para aumentar la exportación, cosa que Aristóteles no dice; él se refiere a no cometer adulterio, pero que nosotros, argentinos, experimentamos en la década de 1970. O la mezcla de harina con afrecho en la fabricación del pan, para aumentar el valor de las exportaciones de trigo al bajar la proporción de la harina de trigo–. O la prudencia que se exige a quienes gobiernan una comunidad. “La justicia así entendida es la virtud perfecta, pero no absolutamente, sino con relación a otro. Y por eso –dice el Estagirita– la justicia nos parece a menudo ser la mejor de las virtudes”; y “ni la estrella de la tarde ni el lucero del alba son tan hermosos”, como lo señalan estos versos de Teognis de Megara: “En la justicia está toda virtud en compendio”⁵².

Cualquier autor moderno habría gozado en enmendarle la plana a su maestro, enseñaba Monseñor Blanco, pero Aristóteles lo salva y le da un lugar apropiado, sin que quepan dudas que lo que busca es otra cosa. No obstante que en su reflexión tiene cabida la visión platónica, su planteo corre en pos de la justicia propiamente dicha.

5. Y así pasa a tratar lo que le interesa: la justicia e injusticia particulares. Así dice: “Hemos distinguido dos sentidos de lo injusto, [...] lo ilegal y lo desigual y dos de lo justo [...] lo legal y lo igual. La injusticia de la que se ha hablado es la que se refiere a la ilegalidad. Pero puesto que lo desigual y lo ilegal no son lo mismo [...] (porque todo lo desigual es ilegal, pero no todo lo ilegal es desigual), lo injusto y la injusticia como desigualdad no son lo mismo, sino diferentes de lo injusto y la injusticia como ilegalidad, una como parte, otra como el todo; porque la injusticia en sentido particular es una parte de injusticia total, y de la misma manera la justicia lo es, al ser referida a la justicia en el otro. Hemos de tratar, por ende, de la justicia parcial y de la injusticia parcial y por el mismo tenor de lo justo y de lo injusto”.

Y aquí Aristóteles hace un excursus ejemplificativo con la educación: “[...] la educación particular, según la cual se es hombre de bien, hablando en absoluto, dilucidaremos después si es del dominio de la ciencia política o

52 “La justicia así entendida, sigue diciendo Aristóteles, no es una parte de la virtud, sino toda la virtud; como la injusticia contraria no es una parte del vicio, sino todo el vicio”.

de otra, pues quizá no sea lo mismo en todos los casos el concepto de hombre bueno y el de buen ciudadano”. De este modo, Aristóteles deja un dilema, que a mi juicio tiene la siguiente solución: alguien puede ser un hombre bueno, pero un mal ciudadano.

6. Y esta justicia particular se da en las distribuciones (en *tais diano-mais*) y en los cambios (en *thais synalagmasyn*)⁵³. ¿Qué se distribuye? “Honores, riquezas y otras cosas que pueden repartirse entre los miembros de la república, en las cuales puede haber desigualdad e igualdad entre uno y otro”. “La otra desempeña una función correctiva en las transacciones o conmutaciones privadas”. “De ésta, a su vez, hay dos partes, ya que las transacciones privadas pueden ser voluntarias y otras involuntarias”. Voluntarias son, por ejemplo, “la venta, la compra, el préstamo de consumo, la fianza, el comodato, el depósito, el salario. Y llámanse voluntarias porque el principio de semejantes relaciones es voluntario”. A su vez, las involuntarias pueden ser clandestinas, “como el hurto, el adulterio, el envenenamiento, el proxenetismo, la corrupción del esclavo, el asesinato con alevosía, el falso testimonio. Otras son violentas, como la sevicia, el secuestro, el homicidio; el robo con violencia, la mutilación, la difamación, el ultraje”.

Esta consideración del equilibrio en los cambios –*antipetponthós*–, que es la entraña de este tipo de justicia particular, ha tenido recepción en nuestra jurisprudencia⁵⁴, donde la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Vieytes de Fernández, Juan c/ Provincia de Buenos Aires”⁵⁵, en redacción –y creo no errar– del Dr. Abelardo F. Rossi, que asumió el Tribunal como propia, expone casi a la letra este concepto. La apertura de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Civil –y de muchos otros del país– a esos aires aristotélicos es perfectamente encuadrada y explicada en el trabajo del Dr. Francisco Alberto Vocos, “Nuestros jueces civiles”⁵⁶.

53 C. Despotopoulos, C. (1968). “La notion de synalagma chez Aristote”. En *Archives de philosophie de droit*. París. Sirey, 115 y sigs. Sanz, C. R. “Reflexiones en torno a la problemática actual del contrato”, originalmente publicado en *La Ley* 1078.D – Sec. doctrina y luego en *Sobre esto y aquello*. T. II, “Cosas y personajes”. Buenos Aires. Ed. Teodicea, 11 y sigs., diciembre de 2009. Íd. “La revisión del contrato”. Comunicación presentada en las Jornadas brasileñas de la Association Henri Capitant pour la diffusion de la culture juridique française, Río de Janeiro-San Pablo 2005 y publicado en lengua castellana en *Sobre esto y aquello*. Ob. cit. T. II, 40 y sigs.

54 Vocos, F. A. “Nuestros jueces civiles” (2005), en el T. III de *La Codificación: raíces y prospectiva*. Buenos Aires. Educa, 35 y sigs.

55 Fallo del 23 de septiembre de 1976. *LL* 1976-D-241.

56 *La Codificación: raíces y prospectiva*. Ob. cit. T. III, 37 y sigs. Lo importante de este trabajo del Dr. Vocos es el análisis, de manera sutil y pormenorizada, de la recepción de la noción de “antipeponthos” en la jurisprudencia de los Tribunales argentinos; comenzando por la Sala A de la Cámara Civil de la Capital a la que enalteció con sus fundados y prudentes votos.

IV. Consideraciones sobre el *dikaion*

1. Es con referencia a este tema que, como decíamos antes, debemos volver al Libro II, donde Aristóteles habla de la virtud en general y desarrolla el tema de la mediedad (*mesotés*)⁵⁷.

Aquí Aristóteles trabaja con cada una de las pasiones. En punto a los miedos y los placeres como “dato” inicial de la inquisición, como punto de partida ante la evidencia de los mismos en la experiencia humana, para luego ir desarrollando su enseñanza.

Enérgeia, creo entender en la concepción aristotélica, es ese torrente amorfo e indetenible de amores y de odios que nacen de nuestra irracionalidad y que el hombre debe ir ordenando para acompañarlos al orden de la razón, como debe ir acompañando su imaginación al ritmo de sus manos.

Esto es el comienzo de las virtudes cardinales, que –en cristiano– se ve robustecido por la gracia que nos mereció Cristo por su Cruz y Resurrección, con el suplemento de los dones del Espíritu Santo, que nos trae el tiempo de Pentecostés en el que entramos luego de la Pascua⁵⁸. Dice: “[...] con relación a los miedos y osadías, que la *valentía* es la posición intermedia. De los que se exceden: el que lo hace por falta de temor no tiene nombre –como pasa en muchos casos–”. En nuestro uso común, agrego yo, a un tal sujeto solemos llamarlo *irresponsable* o “loquito”. Y sigue Aristóteles diciendo: “[...] el que se excede en la osadía es el *temerario* y el que se excede o es deficiente en el temor, lo llamamos *cobarde*”. En los placeres y pesares –al menos en algunos pesares– el medio es la *templanza* y el exceso el *desenfreno*. El personaje más adecuado me parece encontrarlo en la persona de Herodes. Si bien Aristóteles señala que respecto a los placeres, por defecto, no hay muchos y por eso los involucra con el nombre genérico de “insensibles”, creo que en nuestros usos actuales estarían bien calificados como “amargos”. Aquél que frente a un manjar o a un vaso de buen vino siente una moción de rechazo o repulsión.

En punto a dar y tomar dinero, al medio llamamos *liberalidad*, siendo sus extremos (en menos) avaricia y (en más) *prodigalidad*. Y ello por cuan-

57 Aristóteles habla de hacer un diagrama. El diagrama no está aquí sino en la *Ética Eufemia*; aquí realiza un inventario.

58 Este tema de las virtudes cardinales, las virtudes sobrenaturales y los dones del Espíritu Santo, me ha permitido largas reflexiones a consecuencia de los desafíos que me plantea Monseñor Blanco. A mi entender, podría ilustrarse de la siguiente forma, aunque de manera un tanto especiosa. Pensemos en una galera desplazada por remos –aquí estaríamos en el nivel de la virtud natural–, pero provista hoy de un motor “fuera de borda” –que es cosa de otra dimensión impensable en tiempo de las galeras– y este sería el nivel de la virtud sobrenatural. Pero además provista de velas que –por el curso del viento– le facilitan su desplazamiento hacia tierra –este sería el suplemento de los dones–.

to se exceden, ya sea en la percepción o en gastos. Shyloch, en la obra de Shakespeare, *El mercader de Venecia*, es un ejemplo de lo primero y el “hijo pródigo” del evangelio de lo segundo. En general, en el mundo jurídico se ha tenido un criterio fluctuante respecto de la usura⁵⁹ y de la prodigalidad –donde la causa más reiterada la hemos visto originada en el juego, hoy incentivado por el Estado–⁶⁰.

Con relación a los bienes económicos hay también otras disposiciones. El término medio es la *magnificencia*. El *liberal* se dice de quien tiene equilibrio en las cosas pequeñas, en cambio el *magnánimo* es quien guarda la “mediedad” en los asuntos de significación económica. “El exceso en la magnificencia es la *falta de gusto o la vulgaridad* –propio de nuevo rico, agregó yo– y el defecto es la *mezquindad*”. Ambos casos son evidentes en nuestra sociedad.

En lo que se refiere a la honra y la afrenta, la “mediedad” se llama también *magnanimidad*, el exceso sería la “hinchazón” (quizá hoy, entre nosotros, signifique mejor la infatuación) y el defecto la pusilanimidad. Aquí debemos tomar atención de que estamos hablando en el mundo pagano, pues muchas de estas falencias son virtudes cristianas y el Sermón de la Montaña, que pareciera “locura para los gentiles”, nos abre un camino de santidad, que Aristóteles sin duda desconoce, pero cuyo razonamiento no impide. En este campo hay otros excesos: en más, está la *ambición* y, en

59 Así en el Código Civil de Vélez Sarsfield se prohibía el “anatocismo” –esto es, la capitalización de los intereses– pero en las normas que consagraron la convertibilidad se eliminó este saludable criterio y así se fueron formando masas de deudas que llevaron a los deudores a una situación insostenible, lo que dio lugar a la crisis económica del año 2001/2. He estudiado con detalle este tema en *Consideraciones en torno a la usura y el capitalismo*, 193 y sigs. Entre esto y aquello. Ver también *Lo que quedó en el camino*, 153, del mismo tomo de la obra antes indicada. En estos trabajos se trató de esclarecer a la doctrina y a la jurisprudencia sobre la injusticia de la usura que muchos Tribunales, quizá por inadvertencia, protegieron. El remedio no fue mejor que la enfermedad, pues con el principio del “esfuerzo compartido” –articulado mediante una legislación contradictoria y retaceada– se cohonestó la expropiación del 33 % de los ahorros y tasas desproporcionadas de interés de hasta el 18 % anual. Lo cual llevó a que en abril del año 2006 se llegara a empalmar económicamente ese criterio con el que debió seguirse, que era –tratándose de moneda extranjera– mantener el capital y achicar el monto de la tasa. La consecuencia de este birlibirloque es la actual inexistencia de crédito e inversión ante un Estado expropiador y mentiroso.

60 La prodigalidad, no incluida en el Código Civil originario, fue introducida por la reforma de 1968 (Ley 17.711), como causal de inhabilidad o incapacidad de hecho. Sólo un caso he conocido en mi vida judicial. En los proyectos de reforma se ha eliminado esta causal, lo cual no podría decirse si es mejor o peor dada la imposibilidad de contraposición o comparación. Pero en general, si la prodigalidad fue rechazada en su presentación pura y directa, integró en manera abultada esa causal infinita de divorcio que son “las injurias graves”. La Corte Suprema de Justicia demoró su sentencia hasta que se produjo este empalme y entonces consideró que el caso había devenido “abstracto”.

menos, la indiferencia al honor. Cabría –pero me parece ociosa– la distinción entre pequeños y grandes honores. Y aquí prologa Aristóteles el tema de la “mediedad” subjetiva que hay en estas cosas, pues depende de la persona de la que se trate: no es la misma “mediedad” para el caso de un rústico que para el caso de una esteta⁶¹.

En lo que se refiere a la ira, hay mediedad, por defecto y exceso y si bien en una primera aproximación Aristóteles dice que las pulsiones no tienen nombre luego se inclina por llamarlas *mansedumbre* (a la mediedad), *irascibilidad* (el exceso en más) y *apatheia*, *apatía* (al extremo en menos).

En punto a las relaciones sociales también hay tres situaciones a las que Aristóteles no nomina, pero podríamos ensayar tres nombres: *sociabilidad*, *alienación* y aislamiento *malsano*. Siempre que estas tipologías no se deban a enfermedades, tema en el cual la psiquiatría ha avanzado mucho desde Aristóteles a aquí. Y ello, me lleva a la reflexión de la dificultad de señalar un límite preciso entre la maldad y la patología, pues –en general– suelen realimentarse. Tema para confesores y psiquiatras, pero que aparece con evidencia en la praxis judicial.

Pasando a lo placentero en las distracciones, Aristóteles habla de la “mediedad” como propia de aquél que tiene “ingenio vivo” y “agudeza de ingenio” y cuyos excesos serían la “bufonería”, en más, y la “rusticidad”, en menos. En el curso habitual de la vida social, los términos serían “el hombre amable”, en más el “obsequioso” –o *untuoso*, digo yo– que si busca provecho se torna en “adulador”. En menos los llama “buscapleitos” y “malhumorado”⁶².

2. Hecho este catálogo de las pasiones y de los perfiles psicológicos, luego analiza las emociones. Así trata del “vergonzoso”, del “cohibido” y del “descarado”. Y en lo que atañe al celo por la justicia, señala el exceso y el defecto: la “envidia” o “la alegría por el mal ajeno”, sobre todo fijándose en la posición frente a las fortunas de nuestros prójimos. También aparece el “justiciero” –que se aflige porque prosperen quienes no lo merecen– y el “envidioso”, que se entristece ante cualquier progreso de otros. Quien se alegra por el mal ajeno también tiene vinculación con estas emociones⁶³.

61 Monseñor Guillermo P. Blanco solía poner el siguiente ejemplo: toma medio litro de vino por comida, puede no ser exceso en un trabajador del puerto que hombrea bolsas –hoy se hace mediante descarga a bodega por sinfines mecánicos o neumáticos– y sí lo sería para una señorita profesora de trabajo manual. De allí esta “mediedad” subjetiva, que resulta dada por la situación del sujeto que realiza ese acto.

62 Aristóteles no podría imaginar la figura del “bufón siniestro”, cuyo arquetipo –por no citar otros más cercanos– es Herodes.

63 Estas situaciones, que a veces trascienden lo personal para caracterizarse en las instituciones, han sido llamadas por algún político de buen recuerdo: la conspiración de los enanos. Cuando uno del grupo sobresale, primero quieren igualarlo y superarlo, pero cuando

Y aquí, cuando sería el turno de la justicia, Aristóteles dice que, como es muy especial la “mediedad”, lo veremos más tarde. No obstante, lo que luego se dirá, la “mediedad” en la justicia no está en las condiciones de las personas sino en las cosas, es la igualación de cosa a cosa. Por ello, algunos autores, al hablar de este *médium rei*, señalan que resulta un tanto forzado y sólo se hace con el objeto de mantener el criterio de que la virtud siempre es “mediedad”.

Creo que esto merece una mayor explicación. La objeción que se hace a Aristóteles puede explicarse desde el esquema subjetivista que fue ganando campo en el Derecho desde Guillermo de Occam⁶⁴ y que obtuvo su eclosión política en la “Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano” que vio su luz con la Revolución Francesa de 1789 y sigue hasta esas cataratas de “Derechos Humanos” actuales –que esconden la realidad de la globalización y el retaceo de las soberanías nacionales–. Pero en manera alguna se puede hacer esta crítica larvada, si se considera a la *dikaiousune* desde la perspectiva del *dikaion*, como lo explica Aristóteles y como lo interpreta Michel Villey⁶⁵.

se ve que no pueden, tratan de perjudicar al que sobresale, porque desentona o “desconoce la sensibilidad del cuerpo”. Desgraciadas son las instituciones, sociedades y países donde triunfa esta “conspiración de los enanos”, pues en lugar de emular a los mejores, se los persigue, segrega y separa y la igualdad se busca bajando la mira socio-política.

64 Ver “*Breviloquium de pricipau tyranico super divina et humana specialiter autem super imperium et subiectos imperio a quibusdam vocatis summis pontificis usurpato*”. Hay versión castellana por Pedro Rodríguez Santidrián, que lo traduce, hace la introducción y las notas. Ed. Tecnos, Col. Clásicos del pensamiento, Ed. Gredos. Esta concepción “moderna” del Derecho ha sustituido al “Derecho” por “los Derechos” pues mientras que en el primer caso hablamos de “la propia cosa justa”, en el otro lo hacemos desde una falsa construcción contractualista como potestades “contra omnes” que tendría cada individuo en un supuesto “estado de naturaleza presocial”. Y como estos “anhelos” se hacen cada vez más *exigitivos* en nuestra sociedad de consumo globalizada, aparecen los llamados derechos de segunda generación, en las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial; también en la Reforma Constitucional de 1949 de nuestro país, luego cohonestados por la Convención Constituyente de 1967 (art. 17 bis de la Carta Magna) y, más aun, ampliados en la Reforma de 1994. En ciertas legislaciones, como el Estatuto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ya no se hablará de “Derechos Subjetivos” sino que se los presentará como un deber de garantía del Estado, lo cual es un verdadero dislate.

65 Villey, M. (1983). *Le droit et les droits de l'homme*. París., PUF. Col. Questions. Ver Sanz, C. R. (2010). *Iusfilosóficas cuestiones*. Buenos Aires. Educa, en especial 91 y sigs. Respecto a la enseñanza de Villey, en algunas exposiciones que he escuchado en los últimos tiempos, se lo acusa de abultar ciertas las temáticas de ciertos autores, para de ese “monigote” poder hacer una crítica más fácil. He leído, conocido y traducido a este autor. También hice algunas críticas respecto a los aspectos metafísicos y, confieso que con los textos en la mano no he encontrado esa falencia respecto de los textos que analiza. Lamentablemente, creo que se trata de una resistencia escolástica actual a re-pensar algunos autores clásicos. Quizá pueda ser cierta una crítica, que aun no he escuchado, y que es el quedar entrampado en la interpretación

El texto termina con el siguiente párrafo: “Todo esto nos muestra suficientemente, por una parte, que el hábito medio es en todas las cosas laudable y, por otra parte, que es menester inclinarse unas veces por el exceso y otras por el defecto, porque así acertaremos más fácilmente con el medio y con el bien”⁶⁶.

Aquí surgen dos cuestiones: en primer lugar, la distinción entre pasiones y emociones. Debemos ir al *Peripsije*, para darnos cuenta de que se trata de una cuestión de grado. A mi entender, las emociones son efímeras, las pasiones son más estructurales, torrenciales, vivenciales y tienen mucho que ver con lo que los españoles llaman “el talante”. Sobre estas *dinamis*, sobre estas *energueias* se forjan las virtudes y los vicios.

La última parte de esta consideración de Aristóteles es un detalle que no debe pasar inadvertido, más aun cuando se analizan estos fenómenos, no desde el mundo pagano sino desde el mundo cristiano; yo diría –repetiendo lo que dijimos antes– que se asegure el cumplimiento de la *mestres*.

Como puede verse, hay una tipología completísima de las emociones y pulsiones. Una moderna y recta psicología podría dar nombres más actuales a estos movimientos del espíritu y de las pasiones, pero el cuadro básico de los mismos está aquí. Asimismo, hay “Colones contemporáneos” que descubren lo ya descubierto. Pongo el ejemplo de lo que hoy se llama “inteligencia emocional”, ¿se desconoce el conocimiento *per quandam connaturalitatem* del que hablaban los médicos árabes del medioevo y el propio Santo Tomás? ¿O es un neologismo “a la carte”, como sucede en pedagogía con la “resiliencia”, que no es otra cosa que la resistencia frente a la opinión del “se”, dirán los alemanes?⁶⁷

3. Desde aquí, resulta necesario volver al Libro V, porque estimo que el siguiente texto es esencial para nuestro propósito. El razonamiento es como

de San Agustín con la visión jansenista del *Augustinus*, escrita por el Obispo de Yprés, de lo que suele ser víctima la intelectualidad francesa al meter en la misma bolsa del fenómeno de “Port-Royal” –donde nace el pensamiento galo moderno. Ver Catel, M. (1962). *Les écrivains de Port-Royal*. Francia. Ed. Mercure, en especial la “Introducción”, 9 y sigs., a muchas levantadas expresiones nacidas del renacimiento agustiniano del siglo XVII.

66 Si ponemos ejemplos, quizá resultará más claro: cuando se tira al blanco con fusil, como el proyectil tiende a bajar por efecto de la gravedad, es necesario apuntar más alto que al centro y ello depende de la distancia. Al revés –ejemplo evangélico–, cuando vamos a una comida, mejor será ponerse en los últimos lugares, pues si el dueño de casa quiere distinguirnos nos hará acercarnos; en cambio, es muy doloroso ponerse en los lugares principales y que luego, cualquier cantamañanas, lo obligue a retirarse.

67 Repetir lo que “se” dice, lo que “se” escribe, lo que “se” piensa. Esto es muy grave en los jóvenes de hoy donde existen usos, producto de la globalización en punto a modas, opiniones, criterios y a lo que es “políticamente correcto”.

sigue: el hombre injusto es desigual y lo injusto es desigual, de allí que en algún punto podrá encontrarse el término medio que es lo igual (*isson*). Lo igual supone, por lo menos, dos personas que intercambian y dos cosas que son intercambiadas.

La igualdad será la misma para las personas y las cosas, pero las personas pueden no ser iguales, “de allí los pleitos y reclamaciones cuando los iguales reciben cosas desiguales y cuando los hombres desiguales reciben cosas iguales. Esta desigualdad deberá hacerse conforme al mérito. Pero no todos entienden lo mismo como mérito”. Aquí interviene la forma política de la ciudad, pues el mérito en la democracia reside en el número, en la oligarquía –para unos, la base está en la riqueza y en otros, en el linaje–, y en la aristocracia en la virtud. De este modo aparece esta forma de justicia proporcional.

La proporción discreta supone que el primer término es al segundo como el tercero al cuarto ($2/4$ como $5/10$), de manera que multiplicando el primero por el tercero el resultado es igual que la multiplicación del segundo con el cuarto⁶⁸.

El propio Aristóteles señala –en el texto– el pensamiento pitagórico como fuente a este respecto (proporción geométrica), pero la consecuencia es la siguiente: *dikaion* es lo proporcional y *adikema*, lo injusto, es lo que está fuera de la proporción –ya sea en más o en menos–. “Y esta es una de las dos formas de lo justo y de lo injusto”. En materia impositiva pueden verse cómo se producen estos ajustes y desajustes de la mediedad con la tranquilidad de que el transcurso del tiempo aclara estas cuestiones; así, si un productor o fabricante de algo no logra –por el peso de los impuestos– un cierto “lucro honesto”, pues dejará de producir, ello engendra desempleo, conflictos sociales y un Estado que se pretendía omnipotente, como sucedía con la economía rusa, termina por derrumbarse.

4. La otra forma es lo justo correctivo, que se da en las transacciones privadas, tanto en las voluntarias como en las involuntarias.

Mientras que “lo justo” distributivo se realiza respecto de las cosas comunes y siempre es conforme a una proporción y la razón de la distribución

68 Uno de los problemas que encierra el discurso político y jurídico actual viene de una noción bastarda de la “*egalité*”. En la ciudad, en la república, todos no somos iguales. Piensen en una ciudad en la cual todos –igualitariamente– fueran intendentes, jefes de gobierno o gobernadores. ¿Quiénes limpiarían las calles, quienes harían de vigilantes, quiénes harían de plomeros, de mecánicos, etc.? La igualdad es metafísica: todos somos personas. Y teológica: todos somos hijos de Dios y para todos vino Cristo a redimirnos y salvarnos. Pero en la ciudad no puede hablarse de esa igualdad “cerebrina”; y precisamente en esa desigualdad funcional, los hombres de Derecho están llamados a vertebrar “desigualdades justas” que llevan a vivir en paz.

se hace en función del aporte de cada quien; lo injusto consiste en lo contrario –por más o por menos–. En las transacciones la proporción debe ser aritmética, no importa si uno es un hombre bueno y otro un hombre malo, uno rico y otro pobre, se atiende únicamente a la diferencia entre el daño y el lucro. “En este caso, dirá Aristóteles, el Juez procura igualar la diferencia de donde resulta la injusticia, la conclusión será que lo justo correctivo consiste en un medio entre el daño y el lucro. Aun en el daño físico sufrido por el hombre”.

En el mundo jurídico existe el “topoi” de que lo justo está en medio del daño y el lucro y así suelen compensarse uno con otro logrando el equilibrio. En punto a la “restitución” de los daños físicos a las personas –aun la muerte–, debe hacerse tanto cuanto sea posible y aquí es dable advertir que muchas acciones resarcitorias, pensadas desde mentalidades de “goce y disfrute”, llegan a soluciones injustas.

Para ello se recurre al Juez –justicia animada– para reestablecer la “mediedad”, por ello en algunos lugares se los llama mediadores, no en el sentido que se usa entre nosotros, sino como determinadores del medio, y cuando se logra se dice que cada uno tiene su *dikaion* –su justo, su parte–, que viene de *dika* (partido en dos), siendo el Juez *dikastés*. Esto en el pensamiento aristotélico y clásico, pues en esta época del derecho “transicional”, en la que supuestamente nos encontraríamos, mutando desde un esquema político-jurídico de soberanías nacionales en tránsito hacia un mundo globalizado, los jueces suelen resolver lo que se les ocurre, fundados en argumentos vacíos y especiosos que, como lo enseña la escuela crítica del Derecho, se llenan con la voluntad de los que mandan. Algo parecido sucede en el Derecho Penal con lo que se llama el “Derecho Penal del enemigo”⁶⁹ que ya no busca un equilibrio en la aplicación de la pena, un resarcimiento mediante la pena.

Villey⁷⁰ hace otra interpretación que, a mi modo de ver, es adecuada, y llama también *dikastés* al hombre justo, si bien en nuestros usos esto debe depurarse de la visión de Job, según la Biblia de los setenta, pues allí se trata de la santidad. Es la misma noción que leemos en las bienaventuranzas cuando se habla de “los justos” o “la justicia”. Noción hebrea mucho más rica que la griega de *dikaioσύνη*⁷¹. Esta diferencia debe ser tenida en cuenta por los clérigos y teólogos que, en general, poco caso hacen de las ideas y certezas de los juristas. Ello nos llevaría a otro tema, que es muy importante y al que me he referido recientemente⁷², a lo que me remito.

69 Yacobucci, G. “Derecho Penal del enemigo”. *El Derecho*.

70 Villey, M. (1975). *Philosophie du droit*. T. I. París. Précis Dalloz, 126.

71 Hans Urs von Balthasar. *Gloria. Una estética teológica*. T.º 6, Antiguo testamento, que he consultado en la versión española de 1988. Ed. Encuentro, traducción de Vicente Martín y Felipe Hernández. Sanz, C. R. *La laicidad del derecho*, 168.

72 Sanz, C. R. “La exaltación de Juan Pablo II”. *El Derecho* del 2 de mayo pasado, 8.

Esa igualdad aritmética sucede en las compras y en las ventas y en todos los casos en los que existe libertad de contratación.

Con el Dr. Rodolfo Barra, en el ámbito del Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad Católica Argentina –que dirigía el Dr. Tomás D. Casares–, hace más de treinta años, hemos sosteniendo una *quaestio* relativa al encasillamiento del Derecho Administrativo, o por lo menos a instituciones encuadradas dentro de su ámbito. Una *quaestio disputata* –como debiera suceder a menudo en nuestras universidades, pero que no sucede–. Y fruto de nuestros pocos años, decía el Dr. Barra, que instituciones como el *jus variandi* y la “exorbitancia” colocaban al Derecho Administrativo dentro de la órbita de la justicia distributiva. En definitiva, lo que buscábamos dilucidar era la implicancia de la potestad que tiene el Estado contratante de modificar los términos de la contratación por razones de interés público. Y el ejemplo que ponía alguno de sus discípulos era, en el caso de la obra pública, la posibilidad de modificar la traza de un camino al advertir que el desarrollo urbanístico de alguna ciudad hacía aconsejable tal solución. Creo recordar que él entendía que entraba a jugar en la igualdad lo justo distributivo. Reconozco que, en ese momento, carecía de reflexión bastante como para rebatir, comprender y dar una respuesta y argumento condigno.

Han pasado casi treinta años, el Dr. Rodolfo C. Barra –además de muchas otras cosas importantes– ha escrito largamente sobre el tema en el Tomo I de su *Tratado de Derecho Administrativo*⁷³. Luego de un exhaustivo tratamiento filosófico-jurídico relativo a las formas de justicia, lo que se abona no sólo en su larga experiencia jurídica y política, en su estudio de la doctrina de grandes administrativistas y en sus reflexiones relativas a la Doctrina Social de la Iglesia⁷⁴ trata expresamente el tema⁷⁵: “Del régimen exorbitante”⁷⁶. Señala Barra que “la doctrina no se ha detenido lo suficiente en el análisis de esta característica de la exorbitancia del Derecho Administrativo frente al Derecho Común [...] cuya utilidad para el estudio de esta materia y su desarrollo como método sistemático entendemos de gran valor”.

73 Valga la referencia, por cuanto aquél juvenil desencuentro no ha ido más allá de la disputa académica.

74 Barra, R. C. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo*. T. I, “Principios y fuentes”. Buenos Aires. Ábaco, 67 y sigs.

75 *Ibidem*, # 53, 257.

76 Dice el Dr. Barra –ob. *et loc. cit.*– que esta idea de la “exorbitancia” parece querer indicar una suerte de excepcionalidad de aquella rama del Derecho [el Derecho Administrativo] con relación a las reglas normales u ordinarias que, si bien son típicas del Derecho Privado, son trasladadas como tales a la generalidad de las relaciones jurídicas. Así, con esta escueta fundamentación, se explican “singularidades” del Derecho Administrativo, esto es soluciones a las que es posible arribar dentro de su marco y a las que no sería posible arribar, como principio, en el Derecho Privado.

Luego de difundir las opiniones de Marienhoff, Diez y Cassagne, manifiesta Barra que estas ideas han producido “un avance doctrinario importante en el estudio del *sistema* del Derecho Administrativo”, tanto en lo atinente al acto administrativo como al contrato administrativo, para concluir que “en realidad, todo el Derecho Administrativo se caracteriza por significar un régimen jurídico exorbitante, de tal manera que esta nota se constituye como el *modelo* de su sistema propio y específico”.

Concluye cuestionando el término como poco satisfactorio y *ab invicem* el razonamiento lo lleva a la distinción correcta y general de *existente entre el Derecho Público y el Privado*.

Mi reflexión durante estos largos años y la práctica profesional en ambas ramas del Derecho me ha llevado a las siguientes conclusiones: primero, que el mundo jurídico, entendido como totalidad, no es susceptible de ser sujeto a encasillamientos rígidos, sino que la búsqueda del *dikaion* –lo que es justo– implica matizar –según el caso– los principios de la estructura político-institucional del estado remanente (puesto que hoy juegan otras instituciones y vigencias propias de la globalización)⁷⁷. Segundo: como no me es dado modificar las nociones propias del Derecho Administrativo, debo tomar la “exorbitancia” sólo como un “dato” y en el sentido que señala Marienhoff⁷⁸, como la posibilidad del estado-contratante de modificar el contrato. Lo cual debe considerarse en orden al bien común y con prescindencia de intereses particulares. Tercero: pero si este *jus variandi* no puede cuestionarse, el equilibrio de la prestación (*antiponthós*) reaparece por el lado de los “mayores costos” de la obra, que prolijamente facturará el co-contratante. De allí mi conclusión sobre el prematuro e indebido encasillamiento de las instituciones, debido sin duda a una especioso razonamiento, al tomar la significación del todo por lo que acontece con la parte. Si no tuviera mala prensa, el que hacíamos entonces diría que ha sido un razonamiento sofisticado⁷⁹.

77 Arnaud, A. J. (1977). “Les juristas face a la société. Du siècle XIX à nos jours” *Revue Int. de droit compare*, vol. 29, 213-15. Del mismo autor, “Critique de la raison juridique”. 2. *Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*. L.G:D.J. col. Droit et société, Paris 2003, en especial Caps. III y IV, 183 sigs. y 271 y sigs. Adde Pastana, F. M. (1981). *Trilateralismo*. Ensayo crítico. “La irrupción de la Comisión trilateral a través del velo del occidente cristiano”. Buenos Aires. Ed. Cuatro Espadas, en especial 313 y sigs.

78 Marienhoff, M. S. (1978). *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª edición. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 549 y sigs.

79 Tale, C. (1996). *Sofismas*, con prólogo del Dr. Alberto Caturelli. Córdoba. Ed. del Copista.

V. La Ley del Tali3n

1. Luego Arist3teles pasa a considerar la justicia del tali3n, con cita de Radamanto⁸⁰: “Si uno padece lo que hizo, 3sta ser3 la recta justicia”.

Arist3teles se3ala que esto no siempre es as3, pues en raz3n de las personas, alguien puede ser apaleado con causa por un Magistrado y no por ello debe apalearse a 3ste y, a la inversa, si un hombre apalea a un Magistrado, no ser3 suficiente que el apaleador reciba s3lo los mismos golpes que dio. De all3 que aun en estos casos debe guardarse la proporcionalidad en la reciprocidad y no en la igualdad aritm3tica. As3 se conserva la ciudad.

Volviendo a los intercambios, el Estagirita pasa a analizar la relaci3n entre el trabajo del alba3il y del zapatero para, desde all3, concluir con la noci3n y funci3n de la moneda –dir3amos hoy, como unidad de cuenta– como valor que permite la comparaci3n de lo que cada uno debe aportar. Moneda, que en griego es llamada *nomisma*, pues el valor no existe por naturaleza, sino por convenci3n (*n3moi*). “En nosotros est3 mantenerla o alterarla hasta hacerla in3til”.

Es la necesidad lo que une el cuerpo social; ella genera los cambios y para los cambios futuros est3 la moneda “como un fiador que nos asegura que tendremos la cosa cuando la necesitemos”. Pero la moneda tambi3n est3 sujeta a variaciones, no obstante debe ser m3s estable que las cosas que mide, pues mediante ella se iguala el intercambio haciendo conmensurables cosas distintas.

Un tema muy actual de econom3a.

El problema reiterativo en el mundo es la aparici3n de los “reyes ladrones de moneda”. Antiguamente, se hac3a mediante el limado de la moneda y la disminuci3n del tenor 3ureo del metal; hoy, se hace mediante sucesivas devaluaciones, tema sobre el cual los argentinos tenemos duras experiencias peri3dicas. A ello, el Dr. Jaime L. Anaya –prestigioso acad3mico e involuadable juez– llama: “La forma m3s vil de quitar valor a la moneda. El agregado, en el mundo actual de la globalizaci3n, es la crisis monetaria global que tiene origen no s3lo econ3mico sino de reacciones –ideologizadas o no– ante situaciones de dominaci3n pol3tica, de mentiras, trampas y canalladas en las relaciones internacionales”⁸¹.

80 Podr3a tratarse de Radamanto o Radamantis, rey y legislador de Creta. Su legislaci3n sirvi3 de modelo a otras ciudades griegas. Junto a Minos es juez de los infiernos. Hijo de Zeus y de Europa, y nieto por v3a paterna de Cres, ep3nimo de Creta.

81 Correspondencia en mi poder, intercambiada con motivo del trabajo sobre la usura, que he mencionado anteriormente.

VI. El vicio de la injusticia

1. Pero volvamos a Aristóteles, que considera un tema estrictamente moral: ¿Cuándo un hombre que comete injusticias pasa a ser un injusto? Esto se vincula con la adquisición del vicio por la repetición del acto, pero lo importante de este párrafo lo veo en la primacía de la ley sobre los magistrados y en la retribución condigna de éstos en cuanto buscan el bien de los demás. “Los que no encuentran suficientes tales recompensas se transforman en tiranos”. Que es el caso de la “oclocracia” que nos gobierna, a quien en mis dictámenes como Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal he llamado “caquistocracia”, tomando un vocablo de los años setenta del siglo pasado de quien fuera Profesor de Filosofía I de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, el Dr. J. García Venturini.

Seguidamente, señala la inexistencia de justicia o injusticia donde no hay verdadera alteridad: como es el caso del hijo y del siervo. Lejos de realizar divisiones tajantes, opina, en cambio, que hay una cierta justicia para con la esposa.

En definitiva, como se ve, hay una gama matizada de justicias; desde la justicia política, hasta la justicia doméstica. De allí que cuando Santo Tomás se ocupe en la II-IIae (q. 57) de la *Suma Teológica* de este tema nos hablará del derecho señorial y paterno. Sin olvidar la especial situación de la esposa (*uxor*), “una misma carne” mediante el sacramento del matrimonio.

2. Las fuentes de lo justo político son lo natural (*dikaion phisikon*) y lo legal (*dikaion nomikón*). “Natural es lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de nuestra aprobación o desaprobación”. “Legal es lo que, en principio, es indiferente que sea de un modo u otro, pero que una vez fijado deja de ser indiferente”.

No obstante, aun aquí hay una cierta relatividad, pues pareciera natural que la mano derecha –lo dice el propio Aristóteles– tenga más fuerza que la izquierda, pero puede existir el hombre ambidiestro. La pedagogía actual respeta a quien es más hábil con la mano izquierda, ya superado el tiempo en que sólo se escribía con la derecha.

3. Consideración aparte merece la voluntariedad o involuntariedad de los actos. Si no hay voluntariedad no existe injusticia. “Llamo voluntario –dice Aristóteles– [...] lo que alguno hace entre las cosas que dependen de él, con conciencia y sin ignorar a quién, ni con qué, ni por qué [...]”, de donde debe eliminarse el acto cometido con error o violencia.

Como consecuencia de lo dicho hay tres especies de daños en las relaciones sociales: primero, los causados por ignorancia, ellos son los *errores*.

Segundo, cuando el daño se produce contrariamente a una razonable previsión, ello *es una desgracia*. Tercero, cuando se obra por una elección deliberada; en este caso, se trata de un daño *injusto y malvado*.

El Derecho Civil, con algunas precisiones más, ha mantenido este esquema moral de Aristóteles, que puede llevar a invalidar negocios por fallas de la voluntad y fundadas en el error, el dolo y la violencia⁸².

No sucede así en las convenciones donde sólo se juzga si hay mala fe y se comete injusticia, ya sea que se viole la proporcionalidad o la igualdad, como así también si se cometen sin ignorancia. Permítaseme aquí una breve digresión sobre el instituto de la lesión, conforme lo legisla nuestro Código Civil en su artículo 954, reformado por Ley 17.711 del año 1968. Se utiliza un sistema mixto de “aprovechamiento subjetivo” y presunción por la notable desproporción de las prestaciones. Como Juez de la Cámara de Apelaciones de Mercedes me he inclinado a dar preferencia al desequilibrio siguiendo lo que, a mi juicio, resultaba más objetivo⁸³. Mucho se escribió en su momento –años 1976-77–, tanto sobre este tema como en el caso del reajuste de los saldos de precios, como consecuencia de las devaluaciones que jalaron la época⁸⁴.

82 Es importante considerar que en la historia del Derecho Occidental, a medida que se ha ido inmorandando la sociedad, se han ido juridizando las obligaciones. Por cierto, con lamentable resultado para la sociedad y para el saber jurídico, puesto que éste puede aportar sólo una “ortopedia”, diría Ortega, y la precariedad de medios que puede aportar que no son otros que el: cumplimiento forzado de la obligación, más el pago e daños e intereses, la indemnización por el incumplimiento de la obligación y el cumplimiento de ésta por un tercero a costa del obligado. Y nada más.

83 Ver votos como Juez de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes (B) *in re* “Carsillo, Norberto O. c/ Gauna de Patttenon Rosalía y otros”, del 1º de junio de 1970, publicado en LL 1979-C-357 y sigs. con nota de Jorge Guillermo Portela, “La revisión del contrato a la luz del equilibrio de las prestaciones y la justicia distributiva”; también –voto en minoría– *in re* “Piaggio de Parnolo, Graciela y otro c/ Moreno, Elba O. y otro”, del 8 de marzo de 1983, publicado en LL 1983-C-167 y sigs.

84 De entre la nutrida bibliografía que existió en ese tiempo quiero destacar dos trabajos de los excelentes juristas y amigos, Dres. Jorge Mosset Iturraspe y Rodolfo de Abelleyra, que merecen ser analizados y que se publicaron en *La Ley* en el transcurso de 1977. El primer trabajo fue el del Dr. De Abelleyra, insigne Magistrado de la Justicia Civil de esta Capital Federal, que como bien lo recuerda el Dr. Vocos en el trabajo citado antes, ha sido el maestro y ejemplo de toda una generación de Jueces –entre los que nos encontramos éste y el autor de este trabajo (“Una herejía jurídica. La desinterpretación del artículo 1198 del Código Civil”). Aquí, el Dr. Rodolfo se ató al texto estricto del artículo mencionado en el título de su trabajo. Y *cum mica salis* anatematizó a quienes extendíamos la oportunidad de ofrecimiento del reajuste. Don Jorge le contestó –a su modo, que es el modo de quien litiga, sin perjuicio de ser él un prolífico autor de doctrina y maestro eminente de muchos juristas– con otro artículo: “Sobre la supuesta herejía jurídica en torno a la acción por revisión del artículo 1198 del Código Civil”, que publicó la revista *Jurisprudencia Argentina* y luce en el tomo del año 1984, IV, 1107 y sigs.

VII. En torno a la epiqueia

1. Luego Aristóteles trata de la epiqueya o equidad.

Es en este tema que debo recordar especialmente al Dr. Abelardo F. Rossi⁸⁵, que tanto como Juez, como Ministro de la Corte Suprema de Justicia, como profesor y como doctrinario ha enseñado la entraña de la “epiqueya” y de cuyas enseñanzas me he nutrido, desde el inicio de mis estudios de Derecho en el año 1960.

Decía el Dr. Rossi, en esa época (1960), que hay una noción vaga e imprecisa de equidad, como la que trae la Constitución Nacional, al referirse a las cargas públicas (art. 4º). Este tipo de equidad fue recogido, años después, por la reforma del Código Civil, que encabezó el Dr. Guillermo Borda –el caso de la llamada “indemnización de equidad”–. Pero la noción estricta ha de buscarse en Aristóteles y en la q. 120 de la II-IIae de la *Suma Teológica* de Santo Tomás. Ella consiste en no aplicar, llanamente, la ley cuando el resultado termina siendo injusto, buscándose lo “justo” –natural dicen algunos– *simpliciter*, he entendido yo. Los ejemplos iban desde la aplicación de la pena de muerte a los extranjeros que suben a las murallas de la ciudad, pese a estar prohibido y penado con la pena capital, pero que, no obstante, incumplida la ley, ante el ataque de los enemigos, los extranjeros violan la prohibición, suben a las murallas, defienden la ciudad y la mantienen hasta que regrese el ejército. ¿Habría de aplicarse la pena de muerte que expresamente prohibía la ley? *No* y eso es *epiqueia*. Ejemplificaba Abelardo diciendo: “[...] la ley es como un traje de confección, que una vez elegido debe ser perfeccionado, ya sea acortándole las mangas, alargando el pantalón, corriendo los botones etc.”. Porque la ley legisla para lo general, pero cada caso que se plantea al Juez puede no ser el que prevé la ley. Más aun, como antiguo Juez, diría que pocas veces uno encuentra, en el ámbito del Derecho Privado, una ley *ad casum*, quizá sólo en temas como el de las excepciones en el juicio ejecutivo o en las ejecuciones fiscales y –algunas veces– en el cómputo del plazo de la negligencia⁸⁶. Pero tanto en este caso, como en el de la prescripción, el Juez busca –con rectitud– no perjudicar el derecho de la parte, ya sea a la prueba, ya sea a obtener una sentencia sobre el fondo del asunto. Las “procesaladas” no constituyen lo mejor de la administración de justicia; lamentablemente son cada vez más usadas, según se ve.

Aristóteles habla de la “regla de Lesbos”, que era una barra de plomo para medir contornos irregulares y adaptarse a su perímetro.

85 Ver su voto en el Plenario de la Cámara Nacional en lo Comercial, registrado en *ED* I-880 y en *Fallos*: 297:338; 300:1284; 295:973; 302:1264 y 1611.

86 Digo en principio, pues por ejemplo la excepción de inhabilidad de título ha sido muy ampliada por la jurisprudencia, que no es del caso recordar aquí.

Sin duda que el Dr. Rossi había estudiado en épocas de predominio positivista. Él no lo era; por ello entiendo su preocupación por recalcar que no se trataba de juzgar sobre la justicia de la ley –cosa que entonces era impensable para los jueces–, sino de analizar el caso concreto. Y digo que no lo era por constarme su formación filosófica y teológica, que lo llevó a ser adjunto de metafísica en la cátedra de Mons. Octavio N. Derisi en la Universidad Nacional de La Plata. Lo cierto es que él, como Juez Comercial –en ambas instancias– y como Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo uso recto de esta institución aristotélica.

Ya retirado, una y otra vez volvió a considerar el tema desde la esfera académica⁸⁷.

En estos trabajos, el Dr. Rossi recuerda los conceptos que acabo de reseñar, pero agrega una reflexión nueva sobre esta virtud de la equidad, que es la consideración de su “mediedad”, entre un exceso –el legalismo literal– y un defecto –la llamada “equidad cerebrina”⁸⁸–. Esta noción de “equidad cerebrina” fue adoptada en contraposición con las tesis de los glosadores, en los siglos XI y XII, en cuya influencia y a fin de impedir las incertidumbres, abusos y suposiciones, fue prohibida su utilización por Francisco I al Parlamento de Chambery (1336), norma reiterada –tanto para el Derecho del mundo civil como para el Derecho Canónico– en el artículo 208 de la Ordenanza de Blois (mayo de 1579), por el artículo 54 de la Ordenanza de París (enero de 1629) y en el artículo 6º de la Ordenanza de Blois –inspirada por Colbert– (abril de 1667)⁸⁹.

Sobre el legalismo literal no voy a abundar, pues es la concepción vigente entre nosotros, a causa de las raíces iluministas en la formación de nuestros hombres de Derecho, revitalizadas por Kelsen y por una judicatura temerosa como es la nuestra. Lo cual se explica, sin duda, por la ruptura de la República y de las instituciones que vive nuestro país.

Pero volviendo al Dr. Abelardo Rossi, diré que conozco importantes tesis sobre la equidad⁹⁰, eruditas y fundadas, pero las breves, profundas y precisas reflexiones de nuestro recordado maestro tienen la particularidad

87 Ver por lo menos dos trabajos que he conservado: “Equidad strictu sensu y Derecho Natural” (ED 226-930) y “La virtud de equidad. Sus dos vicios opuestos” (ED 229-925).

88 La equidad “cerebrina” es una noción crítica utilizada desde la perspectiva iluminista, frente a una noción de equidad ejercitada por los Parlamentos del Antiguo Régimen (ver Roland, H. y Boyer, L. *Adages en droit français. Y La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des parlements*. Sólo del primero en *Mélanges offerts à J. Maury*. T. II. París. Dalloz, 1960, 257 y sigs.).

89 “Dura lex, sed lex”, en *Lettes d' Étienne Pasquier*, Lº XIX, carta XV, originariamente impreso en Ámsterdam, en 1723.

90 Albiges, Ch. (2000). *De l'équité en droit privé*, con prólogo de Rémy Cabrillac. París. Ed. LGDJ.

de ser reflexiones de quien aplicó y ejercitó su enseñanza a lo largo de casi medio siglo y de brillante y silencioso ejercicio de la Magistratura argentina con solvencia y ejemplar dignidad, aun en tiempos muy difíciles.

La llamada “equidad cerebrina” –a la que llamé “justicia cardiaca” en un trabajo de juventud⁹¹– suele usarse a menudo en el mundo judicial, en el soporte de “principios generales del Derecho”, de una supuesta “moral y buenas costumbres”⁹² o –más recientemente– del “esfuerzo compartido”. Así se suelen resolver cuestiones mediante “corazonadas”, administrando lo que se ha llamado “justicia del pobre tipo”⁹³. Otro tanto ha sucedido con la apelación al “abuso del derecho”⁹⁴.

2. Para terminar voy a mentar casos en los que me tocó actuar como Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal. Donde mantuve la necesidad de aplicar la equidad frente a la tacha de inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia Económica (Ley 23.982). Tal criterio fue compartido por las Salas F, I y H⁹⁵. Dictámenes inéditos que pueden consultarse en los protocolos de la aludida Fiscalía General, donde se encuentran archivados. El contenido de los mismos se reseña en la nota.

3. Finalmente, Aristóteles examina si se puede ser injusto consigo mismo, lo cual –dice– sólo puede decirse de manera metafórica, para cerrar así su “descripción de la justicia” y de las virtudes morales.

91 Ver Universitas (1ª época) N° 1, “De los principios generales del Derecho al derecho del corazón como principio”, en el cual –1966– critiqué un fallo de la Sala F de la Cámara Civil de la Capital que echando mano a la noción de “principios generales del Derecho” dio prioridad a la concubina de un sujeto, a sepultar en su bóveda al difunto, pretiriendo a la esposa legítima.

92 Parrilli, R. (2010). Tesis doctoral inédita, presentada en la Facultad de derecho de la Universidad Católica Argentina.

93 Así he presenciado diálogos de jueces que al fijar una indemnización por daños decían: “Tírale X \$, total la que paga es una compañía de seguros”. Así –con más otras iniquidades como el pago de siniestros inexistentes– se liquidó el reaseguro en el país.

94 Barbero, O. U. “Reajuste del saldo de precio con fundamento en el abuso del derecho”. LL 1981-B-438 y sigs.

95 Mentaré sólo uno: Con la Ley de Consolidación de los Pasivos del Estado, las deudas anteriores al 1º de abril de 1991 se pagaron con bocones (Bonos de consolidación) y el acreedor debió ejercer una opción de cobro (obligación facultativa) en bocones dólares y bocones pesos. Muchos optaron por el cobro en bocones dólares. Pero ello –por aplicación de la misma normativa– implicaba un “desagio” que llevaba a soluciones absurdas. Así, una liquidación de \$220.000 –convertibles– terminaba siendo U\$A 18.000. Fueron tres casos –aplicar la “epiqueya”– explicando sus raíces griegas, romanas y medioevales. Las Salas H e I de la Cámara Civil compartieron el temperamento. También agregué una referencia jurídica –reconozco que muy vaga– sobre el principio de que la novación no puede generar daños al deudor.

A continuación, Aristóteles va a comenzar el tratamiento de las virtudes intelectuales⁹⁶.

VIII. Los vasos comunicantes de las virtudes

Si bien el tema de la justicia en el Libro V de la *Ética* terminaría aquí, creo importante hacer alguna referencia a la necesidad y evidencia de que la justicia debe ser acompañada de otras virtudes cardinales. A ello me referiré brevemente.

1. En primer lugar, la virtud intelectual de la prudencia, que es, a juicio de Aristóteles, el auriga —el chofer— de las virtudes. Y aquí se advierte que hay una malversación de la prudencia, cuando un juez “por prudencia” no actúa contra el poderoso. Así, hay multitud de asuntos que recién tienen trámite, sobre todo en materia penal, cuando el procesado deja de tener poder. La prudencia, que es virtud de medios, no debe confundirse con la astucia.

2. En segundo lugar, de la fortaleza, pues no se dice justo a quien sabe dónde está la mediedad, sino aquél que, sabiéndolo, lo lleva adelante. Lo dispone y ejecuta.

3. En tercer lugar, de la templanza, por cuando sólo una ascética adecuada pueda dar base a una ética forjadora de hombres e instituciones sólidas.

4. Finalmente, la fortaleza que ha de tener el Juez al tiempo de ejecutar la sentencia. Poner en obra a lo que ha quedado firme como “justo”.

En el mundo romano, todo ello se sintetizaba como *gravitas*, que es extraña, silenciosa y calidoscópica justicia. Así se encuentra gravada en un arbotante de nuestro palacio de justicia. ¿Se ha tornado invisible para nuestros jueces y hombres de Derecho? ¿O en el apuro del trajín judicial, no queda tiempo para levantar lo vista del suelo?

96 Para lo cual recomiendo el libro que lleva ese nombre de Gómez Robledo, A. (1966). *Ensayos sobre las virtudes intelectuales*. México. Editado por el Fondo de Cultura Económica, en especial el Capítulo VII dedicado a la prudencia.

NATURAL LAW IN JUDAISM REVISITED
Una revisión sobre el Derecho Natural en el Judaísmo

Santiago Legarre¹

Recibido: 29 de abril de 2016
Aprobado: 30 de abril de 2016

Resumen: El autor analiza la conexión entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo en las fuentes del Judaísmo de acuerdo al estudio del Rabí Novak. Al mismo tiempo, realiza una comparación con la tradición clásica en este tema, especialmente con el pensamiento de Tomás de Aquino y las ideas sobre el Derecho Natural en el pensador australiano John Finnis.

Palabras claves: Derecho Natural - Judaísmo - Novak - Antiguo Testamento - Finnis.

Abstract: The author analyzes the connection between Natural Law and Positive Law in the sources of Judaism according to the study of Rabbi Novak. At the same time it makes a comparison with the Classical Tradition in this area, especially with the thought of Thomas Aquinas and the ideas on Natural Law in the Australian philosopher John Finnis.

Keywords: Natural Law - Judaism - Novak - Ancien Testament – Finnis.

1 Professor of Law, Pontificia Universidad Católica Argentina; Investigador Independiente, CONICET. Visiting Professor, University of Notre Dame Law School (USA) and Strathmore Law School (Kenya). LL.B. (UCA), M.St. (Oxford), Ph.D. (Universidad de Buenos Aires). This article was the basis for a presentation at the “Judaism, Christianity, and the West”. Conference, in whose proceedings it is due to be included. It was held by the Acton Institute in Jerusalem, 9 September 2015. Thanks much to Samuel Gregg, Gregory Mitchel and Christophe Rico for insightful comments. Correo electrónico: santiagolegarre@uca.edu.ar.

In his book, *Natural Law in Judaism*, published in 1998 by Oxford University Press, David Novak successfully uncovered the presence of natural law in the Old Testament. I am not an expert on Jewish contributions to natural law theory; consequently, I will rely heavily on Rabbi Novak's learned account with regard to the Jewish sources discussed in this paper. For my part, I will explore instead the classical natural law tradition going from Aristotle (before Christ) to Aquinas (in the Middle Ages) to John Finnis (in the twentieth century).

Abiding by the motto *non multa sed multum*, rather than trying to cover a myriad of topics that are relevant for the ways in which natural law theory can contribute to the understanding of freedom, I will focus on one: the relevance of the connection between Natural Law and the Positive Laws –what is known in the classical tradition as “derivation of positive from Natural Law”. I will use in this paper Rabbi Novak's argument as my starting point and I will try to develop it further by applying a crucial distinction in the thought of Thomas Aquinas –that between two modes of derivation of human, Positive Law from Natural Law– to the two ways in which Natural Law is present in the Positive Law of God.

I. Natural Law Before the Covenant

I always wonder where some now-famous expressions come from. Was nothing “taken seriously” until Ronald Dworkin published his first book, *Taking Rights Seriously*? Did Evelyn Waugh patent revisits when he wrote his novel *Brideshead Revisited*? Whatever the answer, I find myself, now and then –like many others– using expressions such as these. I have borrowed from Waugh before² and I shall do so again here as I choose to title this contribution “Natural Law in Judaism Revisited”.

Novak's pioneer visit to natural law in Judaism makes, in my view, three crucial moves. First, Novak defines Natural Law. Second, he insists that a Natural Law perspective may be present even if it is not referred to by name. Third, with the former in mind he identifies instances of Natural Law in the early part of what we Christians call the Old Testament.

What is meant by “Natural Law” or “law of nature”? In order to define Natural Law it is important to understand that this notion predates Christianity. It is well known that the idea of Natural Law was present in the pre-Christian Greek philosophers, most notably Plato and Aristotle. Novak

2 I borrowed Waugh's expression in my article “Derivation of Positive from Natural Law Revisited” 57 *American Journal of Jurisprudence* 103 (2012), on which I rely partly in section II below. To avoid the reiteration of references I point the reader to it here *passim*.

defines natural law as “those norms of human conduct that are universally valid and discernible by all rational persons” (*Natural Law in Judaism*, 1). This definition is not far removed from one given by Sophocles in *Antigone*. We surely recall her famous words about the unwritten laws of Hades, which apply mutatis mutandis to Natural Law: “[...] their life is not of to-day or yesterday, but from all time, and no man knows when they were first put forth”³.

At the dawn of the Christian era, at a time when it was only just becoming possible to speak of Christianity and about the Catholic Church, one significant Christian (who, incidentally, at some point lingered in the city of Jerusalem where our conference took place) –a man who had been a Jew for the majority of his life⁴– preached and affirmed Natural Law. I mean of course Paul of Tarsus –Rabbi Saul, for the Jewish people, later known too as Saint Paul. In Chapter 2 of his Letter to the Romans he famously states:

“So, when gentiles, not having the [Jewish] Law, still through their own innate sense [i.e. Natural Law] behave as the Law commands, then, even though they have no [Jewish] Law, they are a [Natural] Law for themselves. They can demonstrate the effect of the [Natural] Law engraved on their hearts, to which their own conscience bears witness; since they are aware of various considerations, some of which accuse them, while others provide them with a defense [...]”⁵.

We find in Paul’s description all the various elements of Natural Law, as I have attempted to indicate with my bracketed insertions.

Returning to Novak: his definition is also compatible, and in line, with Thomas Aquinas, who famously stated that “Natural Law is nothing else than the rational creature’s participation of the eternal law”⁶.

It is worth noting that, as explained by Cristóbal Orrego (a Christian thinker from Chile), “Natural” in “Natural Law” “does not mean something related to the physical world, but rather to the rational world of human morality. Hence the distinction between merely conventional morality and critical morality also captures the basic idea that some things may be morally good, and just, regardless of social conventions to the contrary”⁷. Although

3 Sophocles, *Antigone* line 500 (E. H. Plumptre trans., Vol. VIII, Part 6, The Harvard Classics, New York: P.F. Collier & Son 1909-14). On Natural Law’s universality, see Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. 2nd ed. Oxford. Oxford University Press, 1st ed., 1980, § III-V.

4 As Paul says in the New Testament, “I am a Jew, from Tarsus in Cilicia”. *Acts* 21, 39. *Romans* 2, 14-15.

6 Aquinas’ famous definition –Natural Law is nothing else than the rational creature’s participation of the eternal law– is in *Summa theologiae* (S.T.), 1-2, q. 91, a. 2c.

7 Orrego, C. (2012). “The Relevance of the Central Natural Law Tradition for Cross-Cultural Comparison: Philosophical and Systematic Considerations”. In *Natural Law and Comparative Law*. Eds. Russell Wilcox and Anthony Carty. London. Wildy Simmonds and Hill Publishing, 42.

not without its own ambiguities, the term “objective critical morality” can therefore substitute “Natural Law” in some contexts.

Note that my classical conception of Natural Law commits to moral cognitivism. Furthermore it is perfectible compatible with (and indeed requires) the respect of the positivity of man-made, written laws. More on this later, when we revisit the derivation thesis.

Second, Novak stresses that the question of Natural Law –as well as the related question of whether natural law is present in the Old Testament– is not a question of names. One of the strengths of Novak’s approach to Natural Law is indeed that he realizes that one can talk about Natural Law under “whatever name” (*Natural Law in Judaism*, 1). The “Natural Law under whatever name” idea has been successfully applied in different contexts⁸. It is important too when it comes to trace the presence of Natural Law in Judaism. Let me share with you what happened to me during breakfast the day I arrived to Jerusalem for the conference. I had breakfast with a Christian scholar, a student of the Jewish Bible who had resided in Israel for the last twenty years. When I told him I had come to Jerusalem to speak about Natural Law in Judaism he looked at me perplexed: “It seems rather obvious that there is no such thing as Natural Law in the Old Testament”, he exclaimed. Indeed there is no such thing *called* Natural Law in the Old Testament but the relevant question is: Is there *such thing* in the Old Testament, regardless of its label? My answer, like Novak’s, is in the affirmative.

Professor John Finnis gave a piece of methodological advice to research students at the University of Oxford which sheds light on this crucial distinction between the thing and its name(s): “The tools of our trade are propositions and meanings, statements and words. Get clear about these”⁹. Different words can call the same meaning (or concept or, ultimately, “thing”)¹⁰; two statements can convey the same proposition (ultimately, “the same thing”). I think all this is implicitly in place when Rabbi Novak embarks in his formidable enterprise of tracing the presence of Natural Law in the Old Testament. Novak argues that the Jewish theologians who endorse the

8 Orrego, for example, has applied it to the presence of Natural Law (under whatever name) in analytical positivism. See generally Orrego, C. (2007). “Natural Law Under Other Names: ‘De Nominibus Non Est Disputandum’”. In 52 *American Journal of Jurisprudence* 77-92. I have applied it to the presence of Natural Law (under whatever name) in comparative constitutional analysis. Legarre, S. (2015). “Towards a New Justificatory Theory of Comparative Constitutional Law”. In 1 *Strathmore Law Journal* 90, 107-112.

9 Finnis, J. (2004). “Research Methodology in Jurisprudence”. In *Handout*. Hilary Term, *pro manuscripto*, 1.

10 I have played with this methodological tool, distinguishing the term from the concept of police in my “The Historical Background of the Police Power”. In 9 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 745 (2007).

concept of Natural Law in Judaism “think that without this concept (*by whatever name it happens to be called* at different times in Jewish history), Judaism would have no place for human reason” (*Natural Law in Judaism*, 27, emphasis added)¹¹. “Concept” here –the equivalent of “meaning” in Finnis’s rendition of the same– is rightly distinguished from “word” (or “name”).

Another instance of the smart use of the distinction between concepts and words in Novak’s work is when he asserts that the fifteenth-century Spanish Jewish theologian Joseph Albo introduced *the term* (i.e. the “word” or “name”) “Natural Law” into Jewish theology “*but not the concept*” (*Natural Law in Judaism*, 124, emphasis added).

Third, Novak traces the presence of (the concept of) Natural Law –regardless of the name Natural Law– in the Old Testament. He puts forward a general argument and subsequently illustrates the argument with several textual examples. The gist of the general argument is that even before a law –*the Law* (the Torah)– was given by God to Moses (i.e. promulgated¹²) some actions were already wrong (and, by implication, others were right). Furthermore, this wrongfulness (and rightfulness) could be known by the human being, a manifestation of which was the guilt experienced by the performer of that action, held by God to be a sinner, someone who had trespassed some kind of norm. This norm, however, could not be the Positive Law of God because, by definition, in the period of time examined by Novak (the pre-Torah time) such Positive Law did not exist. Therefore, he concludes, there must be some other law that was being infringed: that is Natural Law, regardless of names or absence thereof.

Novak offers a number of examples, in chronological order, starting with perhaps the clearest one of Cain and Abel. “The act [of murder]”, argues Novak, “is one for which God holds him [Cain] guilty irrespective of why he actually did it. For it is the nature of the object or victim of the act that is morally determinative, not whatever subjective rationalization the perpetrator of the act might have come up with” (*Natural Law in Judaism*, 33). Cain is held guilty of breaching a commandment –Novak frames the commandment as “Do no harm to one another” (*Natural Law in Judaism*, 35)– that had not been explicitly enacted by God. The commandment could have been discerned by Cain regardless of that enactment for it had been written in his heart (metaphorically speaking). He is held guilty of the trespass “for an act God expects [him] to already know to be a crime” (*Natural Law in Judaism*, 37).

11 He further notes that “[t]he absence of this concept [of Natural Law] would make human reason superfluous” (*Natural Law in Judaism*, 27).

12 See Thomas Aquinas. *Summa theologiae* (S.T.), 1-2, q. 90, a. 4c.

The same is true of the other insightful Old Testament examples of wrongful conduct that follow in *Natural Law in Judaism*. They deal, among other topics, with sex and violence (during the “generation of the flood” and later with the rape of Dinah, Jacob’s daughter); sodomy (the famous story of Sodom and Gomorrah); and lying (Abraham and Abimelech). As Novak points out these are all “incidences that took place before the giving of the Torah at Mount Sinai [...]. What they indicate [...] is that the normative *content* of the Sinai covenant need not be regarded as originally instituted at the event of the Sinai revelation” (*Natural Law in Judaism*, 60, emphasis added). In other words, the moral substance of what was later revealed (as opposed to or, rather, distinguished from the cultic aspects of that revelation) was already accessible by human beings before the covenant. That content was... Natural Law!

II. Ratification and Determination of Natural Law in the Covenant

Now let us move –as if in a chronology within the Old Testament– to the post-covenant period. I will suggest in this section that within the covenant it is important to distinguish between different degrees of presence of Natural Law. If it is true, as Novak says, that “the normative *content* of the Sinai covenant need not be regarded as originally instituted at the event of the Sinai revelation” (*Natural Law in Judaism*, 60, emphasis added) it is indeed true only about some aspects of that normative content. While the commandments to which these aspects refer –or rather the content of those commandments– preexisted the covenant, some other commandments –let us call them “cultic” for the sake of simplification– were, on the other hand, actually instituted at the event of the Sinai revelation. It is in order to understand this distinction that I suggest that Thomas Aquinas’ theory of derivation of positive from Natural Law will be helpful. First, let us refresh ourselves on Aquinas’ view.

Aquinas’ account of the relationship of Natural Law to Positive Law has a general theory: every just human law is derived from the law of nature. Or in the words of the sixteenth century English lawyer Christopher St. German, famously quoted by John Finnis: “[i]n every law positive well made is somewhat of the law of reason”¹³. The general theory has two subordinate theorems¹⁴: *derivation* is always either *per modum*

13 See John Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. 2nd ed. Oxford. Oxford University Press, 1st ed., 1980, 281.

14 The idea of a general theory and a subordinate theorem I borrow from Finnis, J. *Natural Law and Natural Rights*, 285.

conclusionis or *per modum determinationis*¹⁵. I will refer to these as *sub-theorems*.

According to the first sub-theorem “something may be derived from the Natural Law [...] as a conclusion from premises”¹⁶. An example by Aquinas in the thirteenth century: “[...] that *one must not kill* may be derived as a conclusion from the principle that *one must do harm to no one*”¹⁷. This first sub-theorem is called “derivation by way of conclusion”.

The other sub-theorem is “derivation by way of determination” and, says Aquinas, “it is likened to that whereby, in the arts, general forms are particularized as to details: thus the craftsman needs to determine the general form of a house to some particular shape”¹⁸. Samuel Gregg gives an example in the twenty-first century: “Legislators will understand [...] that [...] responsibility to protect human life requires them to implement a traffic system that protects motorists’ lives. But a uniquely correct traffic system *cannot* be derived from the Natural Law. A number of arrangements, each of which has incommensurable advantages and weaknesses, may be consistent with the Natural Law. Hence, governments and courts must move here, *not by deduction*”¹⁹.

Aquinas’ division of the whole (“human law”) into two different parts (“conclusions” and “determinations”) has logical appeal. For the theory claims that *all* human law is derived either *per modum conclusionis* or *per modum determinationis*²⁰. The starting point of practical reasoning (derivation) is always an already existing positive legal enactment –in both types of derivation. So in the homicide example (an example of derivation by way of conclusion) the starting point of the reasoning is a preexisting criminal-

15 Both the theory and the two sub-theorems are compressed in *Summa theologiae* (S.T.), 1-2, q. 95, a. 2c, conventionally titled “Whether every human law is derived from the Natural Law?” See also 1-2, q. 95, a. 4c.

16 S.T., 1-2, 95 a. 2c.

17 S.T., 1-2, 95 a. 2c.

18 S.T., 1-2, 95 a. 2c. This sub-theorem has been the object of more intense study. See for example Finnis, J. *Natural Law and Natural Rights*, 281-90. (1996). “The Truth in Legal Positivism”. In *The Autonomy of Law*. Ed. Robert P. George. Oxford. Clarendon Press, 201-203, 212-214 [now in *Collected Essays of John Finnis*. Vol. IV. *Philosophy of Law*. Oxford. Oxford University Press, 2011, essay 7, pp. 174-88]. (1998). *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford. Oxford University Press, 266-270.

19 Gregg, S. (2001). *Morality, Law, and Public Policy*, The St. Thomas More Society. Sydney, 34, second emphasis added. Aquinas’ own example is: “[...] the law of nature has it that the evil-doer should be punished; but that he be punished in this or that way, is a determination of the law of nature”. S.T., 1-2, 95 a. 2c.

20 In Finnis’s words: “[a]ny proper example (central case) of legal systems will be *Positive Law* in its entirety and all its parts”. Finnis, J. (2012). “Natural Law Theory: its Past and its Present”. In 57 *American Journal of Jurisprudence* 81, 94.

law enactment: the law of murder, a Positive Law²¹. The derivation of this Positive Law of murder from Natural Law by way of conclusion flows easily if one follows Aquinas' train of thought. The law of murder is a conclusion ("deduction") from the moral precept "one must not kill" which is itself a conclusion from the more general principle of morality "one must do harm to no one"²². Despite the potential for ambiguity, I use the word "conclusion" (as Gregg similarly uses "deduction", quoted above) as shorthand for the more proper expression "derivation by way of conclusion"²³.

One of Aquinas' main tenets is that some rules of human law (*conclusions*) derive their moral import and binding force from natural law (even if they need, as they do, positivization) while others (*determinations*) derive that moral import and force only remotely from Natural Law, so much so that in the absence of a human rule there would be no obligation whatsoever²⁴: neither legal nor moral.

To reiterate: *conclusions* "owe their moral import partly to the fact that they pertain to the Natural Law"²⁵. Or, in Aquinas' old-fashioned, translated words: "[...] *those things* which are derived in the first way [*conclusions*], are contained in human law not as emanating therefrom exclusively, but have some force from the Natural Law also"²⁶. In modern words: the moral

21 Finnis has recently held that that part of the state's Positive Law consisting of *conclusiones* can be called Natural Law or *jus gentium* (law common to all peoples). Finnis, J. (2012). "Natural Law Theory: its Past and its Present". In *57 American Journal of Jurisprudence* 81, 94. This is somewhat confusing. See Legarre, S. "Derivation of Positive from Natural Law Revisited", section II.

22 In the above example (and in countless similar ones) there are two types of "derivation by way of conclusion" at work. First, a natural-moral precept is derived from a more general natural-moral principle (the moral prohibition of killing from the principle "one must do harm to no one"); second, a Positive Law is derived from the said natural-moral precept (the law of murder from the moral prohibition of killing). In this example, the first type of derivation by way of conclusion is thus "intra-moral"; the second one, instead, moves from the realm of morality into that of positive (or, as Aquinas more commonly says, human) law. Both types of "derivation by way of conclusion" are useful and readily used in moral, political, and legal theory.

23 I hasten to clarify that the nouns "conclusion" (or "deduction") might suggest something false, aptly pointed out by Finnis: that the (broadly speaking legislative) act of positing is equivalent to deducing or announcing the conclusion of a deduction. See Finnis, J. (2012). "Coexisting Normative Orders? Yes, but no". In *57 American Journal of Jurisprudence* 111, 112.

24 Thomas Aquinas put it thus: "[...] *those things* which are derived in the second way have no other force than that of human law [*ex sola lege humana vigorem habent*]". *S.T.*, 1-2, q. 95, a. 2c. Finnis tuned in to Aquinas' dramatic intensity: "This last statement really goes further than the analysis itself warrants". Finnis, J. *Aquinas*, 267 (where the justification for this observation is provided).

25 Finnis, J. "The Truth in Legal Positivism", 202.

26 *S.T.*, 1-2, q. 95, a. 2c, emphasis added.

import of *conclusions* is not (only) a consequence of their positivity but also of their independent (one could even say prior) moral content. Or, in Finnis's words: "[s]ome Positive Laws [i.e., *conclusions*] are also norms of the natural moral law"²⁷. With *determinations* it is not so: their moral import would not exist in the absence of their positivization: they have no independent, prior moral import. This is true, by the way, of the greater part of Positive Law, which consists of derivation by way of determination.

In the Positive Law of God one can also find *conclusions et determinations*. It is true of the Torah, as it is true too of any just human, positive enactment, that it includes both commandments with an independent, prior moral import –once more the example of the divine law of murder (what we Christians call the fifth commandment of the Old Testament) is fitting– and cultic concretizations (of which examples abound) whose moral import would not exist in the absence of their positivization by God. We can already observe here the two ways in which Natural Law is present in the Positive Law of God and how they are not altogether different from those in which Natural Law is present in any just human law. With our human way of seeing things we can trace the first way to the wisdom of God and the second to the will of God. This takes us to another useful distinction recalled by Rabbi Novak.

III. Universal and Domestic Contents of the Law of God in Light of Derivation Theory

The distinction between *conclusions* and *determinations* is very much in line with a famous distinction recalled by Novak: the one between *mala in se* and *mala quia prohibita*. Novak links this latter distinction with the one between God's wisdom and God's will (*Natural Law in Judaism*, 16 ff) –and rightly so. By coupling here both distinctions I will continue to keep my initial promise of applying the thought of Thomas Aquinas on the two modes of derivation of Positive Law from Natural Law to the two ways in which Natural Law is present in the Positive Law of God.

In *determination* "whatever wisdom we perceive in [a Divine] commandment [or human enactment] is phenomenologically subsequent to our obedience of it" (*Natural Law in Judaism*, 17). Instead, in *conclusion* with a commandment such as "you shall not murder we can appreciate the wisdom of the commandment [...] before we eventually understand that its pres-

27 Finnis, J. "The Truth in Legal Positivism", 202: "Some Positive Laws are also norms of the natural moral law –that is, are requirements of practical reasonableness".

cription is part of God's wisdom" (*id.*). Novak concludes about Judaism that this distinction explains why "Jews can speak persuasively in secular public space about the prohibition of murder in a way we cannot (and should not) speak of the prohibition of eating pork there" (*Natural Law in Judaism*, 18). The case of murder is an example of the presence of derivation by way of conclusion in the law of God; the case of pork is an example of the presence of derivation by way of determination²⁸. The same would be true, let me remark about the latter, for Catholics with the law of fasting: we cannot justify it in the secular public space in the same way we can speak of our religious laws of murder. Novak goes on: "[...] that is why the prohibition of murder is taken to be immediately universal, that is, rationally perceivable by all normal human persons capable of hearing it through nature. The prohibition of eating pork [or, for Catholics, the prohibition of eating meat during Lent, let me remark in passing], conversely, is not immediately universal and requires, therefore, special revelation to a singular community in history" (*id.*).

The distinction between *mala in se* and *mala quia prohibita* –and between *conclusions* and *determinations*– is also linked with the contrast between the universal, on the one hand, and the local and the domestic, on the other hand. So in the Old Testament, Laban retorts Jacob that "to give the younger one before the older one in marriage is something not done *in our place*" (*Natural Law in Judaism*, 50, emphasis added). In other words, "what you want, is contrary to our local ordinance". It is "*mala quia prohibita*", as opposed to the rape of Dinah (Jacob's daughter, by a prince) which is something "not to be done" (*mala in se*) (*Natural Law in Judaism*, 51). Novak stresses the distinction between what is not to be done *simpliciter* and what is not to be done *in our place*. For example, when it comes to the commandment regarding rape as embodied, later, in Divine enacted law the contrast between rape and certain marriages –analyzed by Novak in the light of the distinction between *mala in se* and *mala quia prohibita*– can be focused as well through the lens of derivation theory. So the divine law prohibiting rape is (so to speak) derived by way of conclusion from Natural Law. Rape was wrong even before divine law promulgated its wrongfulness through a positive enactment –in this sense it was universally wrong– in a way analogous to that in which rape was wrong in a given community whose human laws prohibit it even before they decided to do so.

28 At one of the conference dinners, one of the Jewish participants said to a group of us, as she was trying to explain the rules for kosher food: "It is capital that you don't try to find a rationale because there isn't one". To put in Novak's terms, God's will all over the place.

We can observe here a certain coexistence of two normative orders, one moral and one legal –the latter being human or divine depending on whether we focus on human Positive Law or divine Positive Law. But in the theory of derivation, coexistence is never understood as in rationalistic accounts of Natural Law, where two *separate* legal orders coexist, one natural, one positive²⁹. Rather, for derivation theory coexistence of normative orders means pretty much what Finnis explained in *Natural Law and Natural Rights*: that the law of murder –to stick to our example– “corresponds rather closely to the requirement of practical reason, which would be such a requirement *whether or not repeated or supported by the law of the land* [or by the Positive Law of God, I would add]: that one is not to deliberately kill the innocent”³⁰.

In his later work Finnis reiterated this idea: “[s]ome Positive Laws are also norms of the natural moral law –that is, are requirements of practical reasonableness. But to say that is not to detract in the least from the positivity of those laws –that is from the fact (where it is the fact) that they have been posited humanly”³¹.

In sum: if by a coexistence of two normative orders one understands two separate, complete codes that exist entirely separate from each other, then such a notion is useless. But the relationship of Natural Law to the Positive Law of a particular state *and*, analogously, to the Positive Law of God, is indeed one of interrelated coexistence. Insofar as Natural Law exists by way of conclusion and by way of determination in the Positive Law of a state *and*, analogously, in the Positive Law of God, it also continues to exist as a normative order independent of those legal orders, both in the practical reasoning of the addressees of the Positive Law and in the intelligence of the creator of that Natural Law³² –which, in the case of divine Positive Law, is of course the same creative intelligence!

29 Kelly, J. M. (1992). *A Short History of Western Legal Theory*. Oxford. Oxford University Press, 260: “Particularly in Germany, Natural Law was taken –of course in the secular sense which Grotius had given it– to be a material from which whole systems of municipal law could be fashioned” (commenting on the work of Pufendorf, Wolff, Vattel, and others).

30 Finnis, J. *Natural Law and Natural Rights*, 281, emphasis added.

31 Finnis, J. “The Truth in Legal Positivism”, 202-203.

32 *S.T.*, 1-2, q. 90, a. 1 ad1.

MADRES EN PRISIÓN CON HIJOS MENORES DE EDAD *Mothers in prison with minor children*

Erman Tejeda¹

“Las cárceles se construyen con muros para que Dios
no vea lo que hace el hombre con sus hermanos”.
(Oscar Wilde)

Recibido: 22 de junio de 2016
Aprobado: 24 de junio de 2016

Resumen: El texto analiza la situación en que se encuentran las mujeres con hijos menores de edad que viven en las cárceles del Sistema Federal Argentino, relacionándola con diferentes teorías que pueden arrojar luz a la problemática del régimen carcelario. También se vincula el problema con la legislación argentina e internacional. Muestra la imperiosa necesidad de implementar una política preventiva frente a este drama social.

Palabras claves: Menores - Sistema Carcelario - Política preventiva - Pena.

Abstract: The text analyzes the situation in which women with children under age living in prisons of the Argentine Federal System, linking it with different theories that can shed light on the problems of the prison system are. The problem with Argentina and international legislation is also linked. It shows the urgent need to implement preventive policies against this social drama.

Keywords: Children - Prison System - Preventive policy – Punition.

1 Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Correo electrónico: etejedabarbarito@gmail.com.

1. Planteo de la cuestión

El presente trabajo tiene como propósito vislumbrar la comprometida situación en la que se encuentran inmersas las mujeres con hijos menores de edad que viven en las cárceles del Sistema Federal Argentino. Es de vital importancia discernir que el modo más efectivo de proteger sus derechos fundamentales es echando luz a la forma de vida que experimentan puertas adentro, del otro lado de los muros.

En breves palabras, para llevar a un debate público esta realidad extraña a los ojos del interés general, es necesario consentir sobre la relevancia de ciertos aspectos: en primer lugar, hacer efectivo el reconocimiento actual de un problema social que se encuentra en auge; y en segundo lugar, es imprescindible la ejecución de políticas carcelarias dignas que garanticen el cumplimiento de los diferentes Tratados Internacionales de Derechos Humanos que nuestro país ha ratificado como miembro de la comunidad internacional².

Desde este enfoque es loable destacar que, según las investigaciones realizadas por la Procuración Penitenciaria de la Nación sobre la situación del Servicio Penitenciario Federal, nueve de cada diez mujeres detenidas son madres. La gran mayoría de ellas encabezan familias monoparentales y tienen a su cargo, en promedio, entre dos y tres hijos menores de 18 años³. De más está aclarar que los números son significantes y ameritan una investigación en profundidad, la cual por un límite de espacio temporal y falta de estadísticas actualizadas supera la profundidad de este trabajo.

No obstante, más allá de estos impedimentos fácticos, otro de los objetivos que se busca es revalorizar la dignidad de la mujer, mostrándola como

2 La Reforma Constitucional de 1994 incorporó en el artículo 75 una cantidad de Tratados Internacionales y Convenciones de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. Entre ellos podemos citar: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño [...]”. Por otra parte, es de agregar las ratificaciones posteriores realizadas por el Estado Argentino de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006) y la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006).

3 Informe Anual 2012 de la Procuración Penitenciaria de la Nación. Cap. 8: “Colectivos sobrevulnerados”. Buenos Aires. Editorial Procuración Penitenciaria de la Nación. 2012, 403.

una madre con hijos, que tiene derechos y deberes, y que al mismo tiempo es víctima de una diversidad de factores, extraños a su voluntad, que la hacen vulnerable ante el sistema penal, brazo ejecutor del Estado. De este modo, es necesario analizar con una mirada crítica la tradicional premisa consistente en “quien comete un delito merece la cárcel si eso contenta a la conciencia pública sin importar el quién, ni el cómo, ni las consecuencias de tal decisión”. Una visión propia de la escuela penal finalista, fundada por el jurista alemán Franz Von Liszt (1851-1919), que sostiene como fundamento de la pena la conservación del orden jurídico y la seguridad social. Por eso, dicha corriente doctrinal se inclinaba por una pena de índole preventiva más que retributiva⁴.

Por otra parte, es patente que la cárcel no es un lugar apropiado para que una madre pueda gestar a su bebé y, mucho menos, convivir con él una vez nacido. No solo porque las condiciones de seguridad e higiene son deficientes (malas condiciones sanitarias, frecuentes transgresiones a la intimidad, hacinamiento en los pabellones, entre otras), sino también por la violencia a la que se ven expuestas las internas. Asimismo, no es de menor magnitud resaltar la falta de un servicio de salud y asistencia apropiado, el cual juega un papel especial en la mujer embarazada (régimen en las comidas, vestimenta, ejercicios para la salud, fármacos y demás cuidados).

En este sentido, corresponde hacernos una pregunta que será clave en el desarrollo de este trabajo de investigación: ¿cuál fue el resultado de las llamadas “políticas re”? Evidentemente, podría pensarse con gran certeza que han fracasado como medio de resocialización. La imperiosa cláusula constitucional que establece que “las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”⁵ ha devenido ilusoria desde su comienzo. Desde la sanción de la Constitución Nacional en 1853 dicha normativa siempre fue un simple programa imposible de materializar. Pareciese que las políticas re constituyen el mecanismo por el cual el Estado ejerce su poder punitivo de manera selectiva sobre los sectores más vulnerables de la sociedad. Se puede observar que la gran mayoría de las personas que integran al colectivo social de las jefas de hogar embarazadas o con hijos menores de edad presentan una pertenencia a los sectores marginales y carenciados de la población.

4 Von Liszt, F. R. (1995). *La idea de fin en el Derecho Penal*. México. Editorial Comares.

5 Constitución Nacional Argentina. Artículo 18. Ciudad de Santa Fe.

2. La inconmensurable brecha entre lo que se “debería hacer” y lo que “realmente se hace”

“Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”⁶.

Son varios los documentos de jerarquía constitucional (entre leyes federales, tratados y convenciones de Derechos Humanos) que garantizan la protección de los derechos esenciales de la mujer, ya sea en el ámbito nacional como internacional⁷. Sin embargo, hay una brecha considerable entre lo eminentemente formal y la realidad cotidiana que se vive en las cárceles del Sistema Federal Argentino.

Los distintas investigaciones llevadas a cabo anualmente por el Servicio Penitenciario Federal (SPF)⁸, como así también por el Centro de Estudio Legales y Sociales (CELS)⁹, han dejado de manifiesto que la cárceles no son “ni sanas ni limpias”, y que esta situación tiene mayores consecuencias en uno de los colectivos sociales más vulnerables de la sociedad como es el de las madres embarazadas o con hijos menores de edad. Para dar pruebas concretas, se ha concluido que todas las prisiones de mujeres del SPF revelan graves deterioros de las condiciones edilicias por falta de un mantenimiento adecuado; se ha destacado particularmente un menoscabo de los presupuestos básicos de seguridad e higiene, la falta de baños en buen estado, la carencia de pabellones limpios y lo suficientemente espaciosos para una armoniosa convivencia, resaltando además un precario respeto de la intimidad en las duchas. Aparte de esto, en los espacios de alojamiento se observa una pésima recirculación del aire y de luz natural o artificial, acompañado de un irregular suministro de agua caliente¹⁰. Por consiguiente, se aprecia

6 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Artículo 7°. Conferencia Internacional Americana. Bogotá, 1948.

7 Convención sobre los derechos políticos de la mujer (ONU-1952), Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer (ONU-1967), Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado (ONU-1974), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) / Protocolo Facultativo (2000), Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (ONU-1993), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención De Belém Do Pará” (1994).

8 El Servicio Penitenciario Federal (SPF) es la institución del Estado Nacional que tiene a su cargo el encarcelamiento y la administración de los establecimientos penitenciarios, y la ejecución de los programas criminológicos destinados a disminuir la reincidencia, a desalentar la criminalidad y a contribuir a la seguridad pública.

9 El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) es una organización no gubernamental que trabaja en la promoción y protección de los Derechos Humanos y el fortalecimiento del sistema democrático en Argentina.

10 (2011). *Mujeres en prisión: los alcances del castigo*. Buenos Aires. CELS, Ministerio

un pobre cumplimiento de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos¹¹ (las que tienen medio siglo de antigüedad) en lo concerniente a:

“Los locales destinados a los reclusos y especialmente a aquellos que se destinan al alojamiento de los reclusos durante la noche deberán satisfacer las exigencias de la higiene, habida cuenta del clima, particularmente en lo que concierne al volumen de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación”¹².

Si bien algunas medidas de prevención fueron pensadas para prevenir estos problemas, basta una sola lectura del marco legal para discernir lo lejos que estamos de su implementación.

“En los establecimientos para mujeres deben existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes. Hasta donde sea posible, se tomarán medidas para que el parto se verifique en un hospital civil. Si el niño nace en el establecimiento, no deberá hacerse constar este hecho en su partida de nacimiento”¹³.

Por otra parte, las cárceles de mujeres tampoco están exentas de la violencia que se suscita entre las mismas internas, enfrentamientos que por lo general no trascienden a la esfera pública. Asimismo, a veces la violencia suele tener una connotación sexual que abarca no solamente a las internas, sino que también aquellas personas que acceden a la cárcel para realizar las visitas se ven expuestas a requisas efectuadas sin las diligencias necesarias¹⁴.

De hecho, en relación al tratamiento que deben recibir las mujeres detenidas o arrestadas, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas señaló:

“Las mujeres no deben sufrir discriminación, y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación. Asimismo, ha indicado que las detenidas deben ser supervisadas y revisadas por oficiales femeninas y las

Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación. 1ª ed. Siglo Veintiuno Editores. Cap. 2: “El archipiélago carcelario de las mujeres”, 62.

11 “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos” (RMR). Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663, del 31 de julio de 1957 y 2076, del 13 de mayo de 1977.

12 Regla para el tratamiento de los Reclusos N° 10.

13 Art. 23 - Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Fueron adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social el 31 de julio de 1957.

14 Recomendación N° 776/PPN/12. Determina que la Guía de Procedimientos de la Función Requisa de 1 año 1991 amerita ser declarada inconstitucional toda vez que viola los derechos de las personas detenidas y de sus visitantes ya que posibilita revisiones que contradicen los parámetros internacionales.

mujeres embarazadas y en lactancia deben ser proveídas con condiciones especiales durante su detención. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que dicha discriminación incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada, y que abarca actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad”¹⁵.

A partir del momento en que una persona empieza a vivir muros adentro, se comienza a producir en su salud un estado de retroceso que daña sus aptitudes psíquicas y físicas dificultando una rehabilitación digna y saludable, las cuales en el caso de una madre, como se dijo con anterioridad, conllevan un efecto que se extiende a los niños que comparten dicho ambiente.

3. Los efectos silenciados que produce la pena privativa de la libertad en el niño

Si la cárcel es un ámbito hostil para la madre, ¿cuánto más lo será para un niño? ¿Acaso no trasciende la pena de la madre al niño convirtiéndolo así en un recluso más?

Independientemente de que la Ley 24.660¹⁶ contemple en su artículo 195 la posibilidad del alojamiento del niño con la madre dentro del establecimiento carcelario, es indudable que en nuestro país las condiciones de las penitenciarías no son aptas para garantizar el pleno crecimiento del menor de edad. La violencia y el encierro en el pabellón hacen que el niño internalice las mismas deficiencias que las internas, aunque por cierto, con una mayor gravedad. Son comunes los padecimientos consecuentes de un insuficiente servicio de salud, como así también los derivados de las precarias condiciones de seguridad e higiene. El fruto directo del sistema carcelario es un niño violento, enfermizo, con detrimentos en su capacidad de aprendizaje y de relacionarse con sus pares. Un informe de la Defensoría General de la Nación explica de una forma gráfica esta realidad:

“Es un hecho que las cárceles no fueron diseñadas para los niños, constituyendo un obstáculo para su desarrollo. En efecto, los bebés terminan asumiendo que el encierro es la única forma de vida; por ende, adoptan los ‘códigos’ que se manejan en una prisión –‘niño institucionalizado’-. Son sometidos diariamente a las reglas y rutinas propias de los penales. En la

15 “Penal Miguel Castro Castro *vs.* Perú”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 25 de noviembre de 2006.

16 Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. Promulgada el 8 de julio de 1996.

cárcel, los menores cuentan con pocos estímulos, rige allí la estricta monotonía del encierro –colores monocordes, escasos objetos, pocos sonidos y olores, no hay animales, pero fundamentalmente hay muy pocas personas y casi no hay hombres–. Su contacto con el mundo es muy limitado”¹⁷.

De más está decir que un niño que crece en un contexto de encierro sesgado por la violencia no desarrolla todas su potencialidades. Se vuelve una persona reacia a toda muestra de afecto y cariño, pues en las cárceles las malas palabras abundan más que los abrazos. A lo largo del tiempo que el niño vive en prisión va interiorizando las cualidades negativas propias del ambiente hasta volverse un recluso más.

Por otra parte, cuando se adoptan medidas tendientes a separar a la madre de su hijo, se produce el desmembramiento de la familia, los niños devienen víctimas de los más diversos problemas psíquicos y sociales, como los relacionados con la mala ingesta de alimentos, conductas de violencia tanto física o verbal, hiperactividad, depresión, retroceso psíquico producto de una falta de afecto y educación, entre otros. En este sentido, muchas veces tienen que afrontar determinadas circunstancias como la separación de los hermanos, el cambio constante de hogares pasando por familias sustitutas, y sin ir más lejos, la ausencia de relación con su madre y demás parientes cercanos¹⁸.

Siguiendo la misma línea de pensamiento, si un magistrado determina que una madre, única encargada del cuidado del menor, debe afrontar la pena privativa de la libertad, no puede dejar de considerar el parámetro fundamental del interés superior del niño para determinar si es factible o no que éste cohabite con su madre dentro de la cárcel. En un informe relacionado al día de debate sobre los niños con padres encarcelados, el Comité de la citada Convención Sobre los Derechos del Niño (CDN) estableció que hay dos máximas a considerar para evaluar si el niño puede ingresar a cohabitar en prisión junto a su madre: las condiciones generales del contexto del encarcelamiento y la necesidad particular del contacto entre padres e hijos en la primera infancia¹⁹.

En este sentido, desde una mirada más integradora son varios los criterios que deben evaluarse a fin de discernir si el presunto “acompañamiento” del menor a su madre encarcelada respeta el interés superior del niño. Entre los criterios mencionados se encuentran:

17 Mujeres privadas de libertad. Limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijas menores de edad. Defensoría General de la Nación. Enero, 2009.

18 *Mujeres en prisión: los alcances del castigo*. Ob. cit., 164.

19 Los refugiados y los Derechos Humanos Convictos colaterales: niños y niñas de progenitores presos. Recomendaciones y buenas prácticas del Comité de la Naciones Unidas sobre los Derechos de la Niñez, en el Día de Debate General 2011.

- La edad, las necesidades y la opinión del niño en particular (si él o ella tiene la edad suficiente para expresarla).
- La relación del niño con el encargado principal de su cuidado y si hay antecedentes de abusos.
- Las posibles alternativas fuera de la cárcel para el niño.

Desde este enfoque, privilegiando el íntegro desarrollo del menor, y en virtud de las condiciones carcelarias actuales, es de admitir que la prisión no es un lugar apropiado para que un niño pueda desarrollarse durante sus primeros años de vida, aunque eso implique la prohibición de la convivencia al lado de la madre. Es de suma necesidad encontrar vías alternativas para fortalecer el vínculo materno-filial considerando la situación de la madre y la del menor²⁰.

4. Los rasgos característicos que comparten las mujeres que viven en prisión

Con fundamento en las investigaciones desarrolladas por el Centro de Estudios Sociales y Legales, se pueden precisar determinados criterios comunes que comparten las mujeres que residen en las cárceles federales. De esta manera, se observa que independientemente de los delitos que se hayan cometido, hay un factor común que todas ellas comparten: la mayoría pertenece a sectores económicos marginales y vulnerables de la sociedad en los que la pobreza es una moneda frecuente.

Empero, lo que las hace semejantes no es una pobreza que se reduce a la falta de alimentos o a una mala ingesta de nutrientes, sino que es una pobreza en sentido amplio de la palabra: una verdadera privación del reconocimiento de derechos fundamentales (derecho a una vivienda digna, derecho a la integridad personal, derecho a un trabajo digno, derecho a recibir una educación gratuita e integral, desarrollarse dentro de un núcleo familiar estable, entre otros).

Por otra parte, también es frecuente que las mujeres que residen en las cárceles sean personas dedicadas a trabajos en los cuales no se requiera un nivel de capacitación y responsabilidad. De este modo, se puede apreciar la práctica de ciertos trabajos como lo son el ejercicio de la prostitución, la realización de las llamadas “changas”, talleres de costura, cadetes o camareras para algún servicio de comercio, entre otros. Sin ningún menosprecio

20 Regla de Bangkok N° 64: “Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo”.

de profesión alguna, por lo general, son ocupaciones que suelen ser pagadas con una retribución ínfima y que no llegan a cubrir el salario mínimo vital y móvil²¹.

Al mismo tiempo, llama la atención que en los últimos años los censos nacionales han demostrado un gran crecimiento de las familias monoparentales en las que la mujer ejerce la jefatura del hogar teniendo que lidiar con el sostenimiento de los hijos, una tarea ardua en aquellos núcleos familiares en los que la pobreza es una realidad emergente. La consecuencia directa es la inserción de los hijos al mercado laboral en una edad temprana que afecta otros deberes fundamentales, como la actividad escolar²².

Interesa considerar también la causa por la cual la mayoría de las internas se encuentran privadas de su libertad. Para sorpresa de muchos, los delitos más cometidos son aquellos que atentan contra la ley argentina de tráfico y estupefacientes (Ley 23.737). En rasgos generales, el cumplimiento de la pena en prisión se debe a delitos no violentos, las mujeres hacen las veces de “mulas” transportando estupefacientes encubiertos en su cuerpo o disimulados en sus pertenencias, exponiendo su salud y su libertad por desempeñar la “cara visible” del tráfico ilegal de drogas. Para dar una estadística, dentro del Sistema Penitenciario Federal, siete de cada diez mujeres se encuentran procesadas o condenadas por delitos vinculados con la comercialización o el contrabando de drogas a menor escala, cifra que aumenta en las internas extranjeras a nueve de cada diez detenidas²³.

En otras palabras, las jefas de hogar pobres que conviven en las cárceles presentan las características del estereotipo criminal que se encuentra de moda: aquella mujer joven, violenta (porque el ambiente en el que vive es violento), comprometida con pobreza (porque no cuenta con sustentos económicos suficientes), con una mísera formación educativa (las escuelas no están hecha para ella), desempleada o con un trabajo que requiere escasa capacitación y al mismo tiempo poco remunerado. En otras palabras, particularidades que hacen que una madre se encuentra vulnerable ante el sistema penal, debido a que no goza de una mínima protección. Sus condiciones de vida la inclinan a tener que enfrentarse al peligro de perder su libertad, la cárcel es el precio de la pobreza.

21 *Mujeres en prisión: los alcances del castigo*. Ob. cit., 39.

22 *Ibíd*em, 174.

23 *Ibíd*em, 30.

5. Reflexión final

En conclusión, es una realidad que en nuestro país las madres embarazadas con niños menores de edad son las personas que se encuentran en la peor situación dentro del sistema carcelario. A tal punto esto es así que es realmente dificultoso encontrar información oficial y actualizada sobre la situación que se padecen puertas adentro de las cárceles. La mayoría de los datos que se pueden encontrar son producto de investigaciones realizadas por Organizaciones No Gubernamentales de Derechos Humanos. Este aspecto es verdaderamente preocupante, pues el ocultamiento de la realidad es el primer obstáculo a superar para diseñar y evaluar políticas públicas viables dentro del Sistema Federal Argentino.

Siguiendo esta misma línea, la conclusión más tangible a la que se puede arribar es que para comenzar a erigir una sociedad sobre cimientos sólidos es necesario empezar por reconocer la problemática de aquellos que no tienen voz, esas pequeñas personas que no son tapa de los diarios ni salen en los medios masivos de comunicación. Los niños que viven en los pabellones desteñidos por la humedad no dejan de ser personas, con la variable de que se encuentran desprotegidos ante el sistema penal. Es necesario encontrar una respuesta alternativa y remota a las paredes de cemento que cubren la prisión, caso contrario, solamente lograremos formar niños violentos que atacan cuando alguien quiere acariciarlos.

Finalizando, es idóneo resaltar un fragmento de Cesare Beccaria, en su obra *De los delitos y de las penas*, que de alguna forma refleja una meta noble a tener en cuenta por aquellos funcionarios públicos que deciden sobre las políticas carcelarias del Sistema Federal Argentino:

“Es mejor prevenir los delitos que penarlos. Tal es el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al máximo de felicidad o al mínimo de desgracia posible, hablando según los cálculos de los bienes y males de la vida”²⁴.

²⁴ Beccaria, C. de B. (2005). *De los delitos y de las penas*. Bogotá, Colombia. Editorial Temis, 145.

LOS ESTUDIOS ACADÉMICOS CHINOS SOBRE LA FILOSOFÍA DE MACINTYRE¹

Chinese Academic Studies on the MacIntyre's Philosophy

Yanliang Zhang²

Recibido: 20 de agosto de 2016

Aprobado: 27 de agosto de 2016

Resumen: Como filósofo de la ética contemporánea occidental, Alasdair MacIntyre ha jugado un papel importante en el resurgimiento de la ética de la virtud. No es de extrañar, entonces, que su pensamiento haya atraído la atención de numerosos académicos chinos: así, desde la década de los ochenta, algunos de sus libros han sido traducidos a este idioma, y desde los noventa su filosofía se ha transformado en un tema de discusión relevante en China. En el presente trabajo, procederemos a realizar una síntesis de los estudios académicos elaborados en ese país sobre la filosofía de MacIntyre; lo haremos desde nueve perspectivas diferentes: las traducciones de sus obras, los primeros estudios sobre su filosofía, la ética de la virtud, su crítica a la filosofía moral occidental, su filosofía política, su método de investigación moral, su metafísica de la moralidad, la concepción de racionalidad que él sustenta y el problema del relativismo.

Palabras claves: A. MacIntyre - Ética de la virtud - Racionalidad - Relativismo - China.

1 Agradezco al China Scholarship Council (CSC), y a los profesores MacIntyre y O'Callaghan, sin cuya ayuda no podría haber escrito este artículo. También agradezco los comentarios y sugerencias del mismo Profesor MacIntyre, como asimismo de los profesores David Solomon y Gloria Zeng. Este texto ha sido traducido del inglés por Diego Pérez Lasserre y Joaquín García-Huidobro.

2 Prof. de Lanzhou University, Gansu, China. Correo electrónico: yanliang.zhang@hotmail.com.

Abstract: As a philosopher of contemporary Western Ethics, Alasdair MacIntyre has played an important role in the revival of virtue ethics. It is no wonder, then, that his thinking has attracted the attention of many Chinese scholars: so, since the early 80's, some of his books have been translated into this language, and from the 90's his philosophy has changed a topic of discussion relevant in China. In this paper, we will make a synthesis of academic studies produced in that country on the philosophy of MacIntyre; we will from nine different perspectives: translations of his works, the first studies of philosophy, ethics of virtue, his critique of Western moral philosophy, his political philosophy, its method of moral inquiry, his metaphysics of morality, the conception of rationality that sustains him and the problem of relativism.

Keywords: A. MacIntyre - Virtue Ethics - Rationality - Relativism - China.

1. Traducción

Desde 1980, siete libros de MacIntyre han sido traducidos al chino: *Marcuse*³, *Tras la virtud*⁴, *Justicia y racionalidad*⁵, *Tres versiones rivales de la ética: enciclopedia, genealogía y tradición*⁶, *Historia de la ética*⁷, *Animales racionales y dependientes: por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*⁸ y *Dios, filosofía y universidades*⁹. También ha sido traducido a ese idioma un libro que trata sobre la filosofía de MacIntyre¹⁰, así como algunos de los artículos suyos, tales como: “The *Theses on Feuerbach*: A Road Not Taken”, “Is Patriotism a Virtue?”, “Incommensurability, Truth and the Dialogue on Virtue Ethic between Confucianism and Aristotelianism”, “Three Perspectives on Marxism: 1953, 1968, 1995”. La traducción de los libros y textos de MacIntyre constituyó un antecedente necesario para que los académicos chinos se avocaran al estudio de su pensamiento.

3 Traducido por Shao Yidan. Beijing. China Social Science Press, 1989.

4 Hay dos traducciones distintas. Una es la realizada por Gong Qun and Dai Yangyi. Beijing. China Social Science Press, 1995. La otra, por Song Jijie. Nanjing. Yilin Press, 2003.

5 Traducido por Wan Junren. Beijing. Contemporary China Publishing House, 1996.

6 Traducido por Wan Junren. Beijing. China Social Science Press, 1999.

7 Traducido por Gong Qun. Beijing. Commercial Press, 2003.

8 Traducido por Liu Wei. Nanjing. Yilin Press, 2013.

9 Traducido por Zhou Weihang. Taiwan. Fuda Bookstore Press, 2013.

10 *Alasdair MacIntyre* (Contemporary Focus). Traducida por Hu Chuanshun, Guo Sha. Shanghai. Fudan University Press, 2013.

2. Primeros estudios de la filosofía de MacIntyre

Gao Guoxi¹¹ fue uno de los primeros académicos en estudiar la filosofía de MacIntyre. A principios de 1990, comenzó a ocuparse de este autor en el contexto de la elaboración de su tesis doctoral, que lleva por título: *Going out of the Dilemma of Ethics: The Study of MacIntyre's Moral Philosophy and Marx's Moral Philosophy*. En este trabajo, Gao Guoxi intentó esclarecer el carácter sistemático del pensamiento de MacIntyre y mostrar la historia de su formación; también comparó su filosofía práctica con la situación moral de Occidente¹². Se centró principalmente en cómo la filosofía moral de MacIntyre podía mejorar la filosofía moral de Marx¹³.

Wan Junren¹⁴ también mostró interés en el pensamiento de MacIntyre. En la década de los noventa publicó diversos artículos sobre su filosofía moral. Así, tenemos que en “Moral Typology and the Comparison of Culture: Having a Conversation with Rawls and MacIntyre on the Problems of Modern Moral Philosophy” discute las virtudes y los defectos de sus teorías desde la perspectiva de su tipología moral. Asimismo, en “Traditional Narrative, Restatement and Arguments on Virtue Ethics”, el autor proporciona una introducción al pensamiento de MacIntyre.

En definitiva, se puede vislumbrar que, desde 1990, la filosofía moral de MacIntyre ha sido una fuente recurrente para Wan Junren a la hora de tratar los problemas morales contemporáneos. Incluso tenemos que en “Differences between Confucian Virtue Ethics and MacIntyre's Aristotelianism Virtue Ethics” inició una conversación con MacIntyre acerca de las diferencias entre el confucionismo y lo que ese autor entiende por *ética de la virtud* (MacIntyre respondió de manera positiva a esta iniciativa). Además, es recurrente ver que en libros y ensayos Wan Junren menciona la filosofía moral de MacIntyre e incluso la emplea para justificar algunas conclusiones propias¹⁵.

11 Gao Guoxi es el decano de la Escuela de Marxismo en la Universidad de Fudan.

12 Esta es una de las cuatro tareas que Gao Guoxi desarrolla en su trabajo; las otras tres son: discutir la posición de MacIntyre sobre la ética occidental; ver qué se puede aprender de su filosofía moral; y comparar la relación entre su filosofía moral y la de Marx. Ver Gao Guoxi (1966). *Going out of the Dilemma of Ethics: the Study on MacIntyre's Moral Philosophy and Marx's Moral Philosophy*. Shanghai. Shanghai Academy of Social Science press, 255.

13 Gao Guoxi también publicó varios artículos académicos sobre su pensamiento, incluyendo: (1993). “MacIntyre's Moral Philosophy”. *Philosophy Trends*, No. 4, 37-41; (1994). “MacIntyre's Critiques on Contemporary Western Moral Philosophy”. *Social Science Front*, No. 4, 76-82. Además, él ha traducido varios artículos suyos. En su libro, *Moral Philosophy*, recientemente publicado, dice que considera a MacIntyre como una de las figuras más relevantes en la ética de la virtud contemporánea.

14 Wan Junren es el Decano de la Facultad de Humanidades de Tsinghua University. También es el Presidente de la Sociedad China de Ética.

15 Hubo muchos artículos de este estilo, tales como: (1996). “The Justification of the

3. Ética de la virtud

La mayoría de los académicos chinos que estudian la filosofía moral de MacIntyre se han centrado en su ética de la virtud y lo reconocen como uno de los filósofos más relevantes en esta área. En general, su estudio se ha enfocado en el libro *Tras la virtud*, por lo que existen numerosos trabajos de investigación en tal sentido.

Wan Jinyi, por ejemplo, en su “Introduction to MacIntyre’s Virtue Ethics”, se ocupa de la relación entre la ética de la virtud y la ética normativa; del énfasis que pone ese autor en el problema de la inconmensurabilidad, con el trasfondo de la ética de la virtud, y también del contenido de esta ética. Al final de su trabajo, ella discute la posibilidad de una *ética de la virtud* en la sociedad contemporánea. Desde su punto de vista, sin embargo, la intención de MacIntyre de volver a la tradición aristotélica se asemeja al neo-confucionismo moderno y no puede tener éxito.

Wan Junren también ha tratado del tema. En 2008 publicó dos artículos sobre la ética de la virtud de MacIntyre: “Several Theoretical Problems on Virtue Ethics” y “The Contemporary Meaning of Virtue Ethics: Focus on MacIntyre’s Virtue Ethics”.

Li Yitian, por su parte, publicó un libro llamado *Study of Contemporary Virtue Ethics: Justification of Diversity in Ethics*, que se centra en la filosofía moral de MacIntyre. En él señala que lo considera el filósofo más importante en el desarrollo de la ética de la virtud.

Por su parte, Sun Junheng, en “The Renaissance of Western Virtue Ethics”, revisa el surgimiento, evolución y contenido de la ética de la virtud, centrándose, nuevamente, en la ética de nuestro autor. En su libro, *Study on Virtue Ethics*, Wang Guoyin señaló algunas limitaciones de la ética de la virtud de MacIntyre. También se han escrito tesis doctorales y de maestría sobre la ética de la virtud de MacIntyre, tales como: “To Reconstruct Virtue Ethics with the Method of Teleology: Study on MacIntyre’s Virtue Ethics”; “On the Study of MacIntyre’s Virtue Ethics” y “Criticism and Pursuit: Research on MacIntyre’s Virtue Ethics”.

Basis of Modern Society: the Moral Problems in the operation of the Modernization of China”. *Journal of Peking University (Philosophy and Social Science)*, No. 2, 4-15; (1995). “Between and Outside of Virtue Ethics and Normative Ethics”. *Chinese Scholars Abroad*, No. 12, 32-33. (2008). “Several Theory Problems on Virtue Ethics”. *Morality and Civilization*, No. 3, 17-26. (2008). “The Contemporary Meaning of Virtue Ethics: Focus on MacIntyre’s Virtue Ethics”. *Social Science Frontier*, No. 5., 225-235. En varios libros suyos, Wan Junren ha discutido la filosofía moral de MacIntyre, incluyendo: *Comparison and Analysis: the Modern Version of Chinese and Western Ethics*; *The Discourse of Modern Ethics*; *Seeking Universal Ethics*.

4. Crítica de MacIntyre a la filosofía moral occidental

La crítica de MacIntyre a la filosofía moral occidental ha atraído la atención de numerosos académicos. Por ejemplo, en *The Road to Pursue Virtue: MacIntyre's Reflections on the Dilemma of Contemporary Western Moral Philosophy*, Qin Yuecun toma en consideración las reflexiones de MacIntyre sobre la filosofía moral occidental y sus intentos de solucionar los problemas derivados de la crisis moral. Desde el punto de vista de Qin, la historia se ha fragmentado, la tradición se ha visto fracturada y la cultura del pasado y la vida en comunidad han sido destruidas por la Modernidad. Ella considera que el regreso a las virtudes tradicionales no va a resolver nuestros problemas actuales, y que es inútil la reconstrucción de la vida de la ética de la virtud. De acuerdo con Qin, lo que es importante a la hora de reconstruir la filosofía moral es resolver el conflicto entre el individualismo y el consenso moral. Para solucionar este problema, ella piensa que se debe acudir a la filosofía práctica de Marx. Qin también estudió otros aspectos de la filosofía moral de MacIntyre, como, por ejemplo, los fundamentos metafísicos de su filosofía práctica¹⁶.

Xu Xiangdong, por su parte, en *Self, Others and Morality*¹⁷, analiza la crítica de MacIntyre a la filosofía moral occidental contemporánea. Sobre este tema yo mismo escribí mi trabajo de maestría: en él, traté acerca de la crítica de MacIntyre al emotivismo, a la modernidad, al proyecto ilustrado y también a la aproximación moderna a la moral.

Asimismo, en "Aristotle or Nietzsche: MacIntyre's Critique of Modern Moral Philosophy" (entre otros ensayos), Yao Dazhi¹⁸ revisa la justificación que este autor entrega acerca del fracaso del proyecto ilustrado, y arguye que las soluciones a los dilemas de la filosofía moral contemporánea que propuso MacIntyre no eran modernas ni posmodernas, sino pre-modernas.

16 En (2005). "The Dimension of Metaphysics: Ethics cannot be Possible without that Dimension". *Academic Exchange*, No. 4, 26-31, Qin revisa los fundamentos metafísicos de la filosofía moral de MacIntyre; (2005). "MacIntyre's Perspectives of Practice and the Meaning of Practice". *Northern Forum*, No. 4, 122-125; aquí, ella realiza una revisión de la teoría de la práctica de MacIntyre y de su sentido y alcance contemporáneo. También hay que señalar, de esta autora: (2007). "MacIntyre's critique of contemporary western societies' morality". *Academic Exchange*, No. 2, 5-9. (2007). "After Virtue and the Surpassing of Civil Society". *Zhejiang Academic Journal*, No. 1, 53-56. (2008). "The New Development of MacIntyre's After Virtue". *Philosophical Trends*, No. 6, 68-72.

17 Xu fue profesor del Departamento de Filosofía de la Universidad de Pekín, y es uno de los mejores académicos de filosofía moral occidental en China. Actualmente es profesor en la Universidad de Zhejiang.

18 Yao fue el Director del Departamento de Filosofía en la Universidad de Jilin. Es un académico muy reconocido en el campo de la Filosofía Política.

Además, como es natural, existen también numerosos académicos que piensan que la filosofía moral contemporánea está prosperando y que las críticas de MacIntyre son injustificadas, por lo que cualquier intento de volver a la tradición sería ridículo e imposible.

5. Filosofía política de MacIntyre

El estudio de filosofía política de MacIntyre se ha centrado principalmente en el comunitarismo. Aunque critica el liberalismo, y muchos académicos consideran a MacIntyre como el principal representante del comunitarismo, MacIntyre no se considera a sí mismo comunitarista. En “Small Communitarianism: Study on MacIntyre’s Communitarianism”, Yao Dazhi hace una distinción entre el comunitarismo propiamente tal y el pequeño comunitarismo, y considera a MacIntyre como parte de este último. En “Virtue Prior to Right: an Interpretation of the Ethics of Communitarianism”, Kou Dongliang interpreta el concepto de MacIntyre del *self* como constituido por su relación con la comunidad. En “Communitarianism’s Understandings about Self: Comments on the Debate between Communitarianism and New Liberalism”, Ying Qi analiza el concepto de *self* en términos de la narrativa, arguyendo que el *self* no es sólo el sujeto de la narrativa, sino que también es el objeto de ésta. En “The Fusion of Justice and Virtue: On the Study of MacIntyre’s Theory of Justice”, Liu Guangbiao se ocupó de la teoría de la justicia de MacIntyre.

6. Método de investigación moral de MacIntyre

En *Going out of the Dilemma of Ethics: the Study of MacIntyre’s Moral Philosophy and Marx’s Moral Philosophy* (como también, anteriormente, Gao Guoxi en “Reflections on the Methods of MacIntyre’s Moral Enquiry”), Wang Xiangping describe el método de MacIntyre en filosofía moral como un nuevo análisis histórico. En “Alasdair MacIntyre’s Historicism: Three Different Version”, Yao Dazhi distinguió el método de MacIntyre del historicismo, argumentando que MacIntyre necesitaba solucionar los problemas suscitados por el relativismo moral.

7. Metafísica de la moralidad de MacIntyre

En “The Inspiration of Independence to Moral Philosophy: Study on MacIntyre’s Moral Philosophy”, Hu Juan analiza el libro de MacIntyre, *Ani-*

males racionales y dependientes: por qué los seres humanos necesitamos las virtudes. Ella se centró principalmente en la concepción que éste tenía de la independencia del agente racional y su nueva posición acerca del estatuto metafísico del ser humano. Gong Qun también trabajó sobre esto; de hecho, él fue el primero en introducir el libro *Animales racionales y dependientes* en China, y ha escrito dos ensayos acerca de esta obra.

8. La concepción de racionalidad de MacIntyre

En “Study on MacIntyre’s Thoughts of Rationality”, Xie Lisheng se centró en el concepto de racionalidad, haciendo hincapié en la tensión entre la filosofía moral de MacIntyre y la cuestión suscitada por el relativismo moral; él dice que este autor es incapaz de solucionar el problema del relativismo moral. Lo mismo afirma en el análisis que hace de la dependencia en su obra “Dependence: the Theory of Destiny of MacIntyre’s Moral Philosophy”.

9. El problema del relativismo moral

En *Justicia y racionalidad*, MacIntyre intenta resolver el problema del relativismo moral. No obstante, en China, así como en otros lugares, muchos académicos afirman que falló¹⁹. Así, Yang Zhihua comparó las aproximaciones al problema del relativismo moral de MacIntyre con las de Hare, afirmando que la ética de la virtud de MacIntyre no era capaz de resolver el problema del relativismo moral, mientras que la metaética de Hare sí.

Sin embargo, existen otros académicos que niegan que MacIntyre fuera un relativista moral. Yo mismo escribí una tesis doctoral en la que niego que este autor fuese un relativista moral²⁰. En el mismo sentido, Wan Junren, en *Several Questions on Virtue Ethics*, revisa la relación entre la ética de la virtud de MacIntyre y el relativismo moral. Él hace una distinción entre la relatividad moral y el relativismo moral y afirma que el hecho de que MacIntyre le haya dado énfasis a la relatividad moral no implica que él sea un relativista moral.

Existen también otras perspectivas para el estudio de la filosofía moral de MacIntyre, como aquellas que se ocupan de la relación entre su filosofía moral y el marxismo. En todo caso, a partir de los nueve puntos de vista

19 Ver: Yang Zhihua, *From Chinese Culture to Modernity: Change of Paradigm*; Shi Yuankang, *Liberalism, Social Contract Theory and Political Defence*; Xu Xiangdong, *Moving toward Moral Objectivity: Study on Hare’s Moral Philosophy*.

20 “Facing Moral Relativism: A Study on MacIntyre’s Later Moral Philosophy” (2009).

que he enunciado, se puede ver que los académicos de China han estudiado prácticamente todos los aspectos de la filosofía de MacIntyre.

Del resumen aquí realizado, queda de manifiesto que el estudio de MacIntyre en China presenta una especial amplitud²¹, y que muchos académicos han hecho un excelente trabajo. De hecho, siguen apareciendo ensayos sobre su filosofía moral. Si en el año 2004 alguien buscaba la palabra “MacIntyre” en el CNKI (Chinese National Knowledge Infrastructure, que es la base de datos de trabajos académicos más grande de China), se podían encontrar más de cien trabajos de investigación acerca de él. En septiembre de 2013 había alrededor de 562 trabajos; y el 23 de abril de 2014, alrededor de 589 trabajos. Empero, el número real de publicaciones sobre la filosofía de MacIntyre debe ser mucho mayor, ya que hay revistas que no están incluidas en el CNKI. Sin embargo, quedan todavía algunos aspectos de la filosofía moral de MacIntyre que no han sido estudiados o que han sido malinterpretados. Especialmente importante me parece la necesidad de clarificar el supuesto relativismo moral de nuestro autor. Desde mi perspectiva, MacIntyre no es un relativista y tampoco él se considera como tal, por más que los profesores Xu Xiangdong y Yao Dazhi todavía lo adscriban a esa corriente en los ensayos que sobre él han publicado. Por otra parte, parece necesario ahondar también en las diferencias que existen entre la ética de la virtud de MacIntyre y las que hoy reciben esa denominación en los Estados Unidos de Norteamérica. La mayoría de los estudiosos chinos consideran a MacIntyre como la principal figura en el movimiento de revitalización de la ética de la virtud, pero de hecho las diferencias entre él y los demás autores que hoy se adscriben a esa ética son importantes, entre otras razones, porque el pensamiento de MacIntyre está profundamente enraizado en el cristianismo, por más que muy pocos académicos presten atención a este punto.

Para terminar, podríamos preguntarnos ¿por qué los académicos chinos le han dado tanta importancia al pensamiento de MacIntyre?

En primer lugar, porque su filosofía moral ha tenido una influencia significativa en el desarrollo de la filosofía moral occidental del siglo XX. Sus aportes al desarrollo de esta área de la filosofía hacen que él sea uno de los grandes académicos de la última década, y eso ha llevado a que algunos

21 Numerosos académicos enseñan la filosofía moral de MacIntyre en sus clases. Hasta donde yo sé, Tang Wenming solía tener un seminario en la Universidad de Tsinghua sobre su *Tras la Virtud*, lo mismo que Chen Jiaying tenía un seminario sobre esa obra en la East China Normal University. Por otra parte, profesores de las universidades de Peking, Renmin, Jilin, Lanzhou y Northwest Normal University tienen seminarios o clases sobre la filosofía moral de MacIntyre. Algunas universidades incluso utilizan su *Historia de la Ética* como texto sobre la historia de la ética occidental.

estudiosos chinos vean en su filosofía un cambio de paradigmas en la filosofía moral.

En segundo lugar, porque MacIntyre ha desafiado las tendencias dominantes en la filosofía moral contemporánea. En *Tras la virtud*, él identifica el desorden moral actual, critica la labor realizada por la filosofía moral moderna y promueve un cambio de enfoque desde la metaética a la ética de la virtud. Es decir, su pensamiento resulta ser un punto de inflexión en la filosofía moral contemporánea. De este modo, si los académicos chinos quieren saber sobre el desarrollo de la filosofía moral contemporánea, deben estudiar tanto la filosofía moral de MacIntyre como lo que este autor ha dicho sobre la moralidad moderna y los problemas actuales de moralidad.

En tercer lugar, porque el estudio de la filosofía moral de MacIntyre resulta útil y necesario para la labor de los académicos chinos. Desde la década de los ochenta, el problema de cómo elaborar un sistema de filosofía moral moderna ha sido el foco de mayor atención para los filósofos chinos de la moral. Después de que en 1949 fuese fundada la nueva China, y especialmente luego de Revolución Cultural de 1966, China destruyó la antigua tradición que había perdurado por más de 2000 años. Cómo continuar nuestra tradición y cómo construir nuestro nuevo sistema de moralidad son las preguntas más relevantes que se hacen los académicos chinos. No obstante, mientras ellos discuten acerca de cómo construir un sistema de moralidad moderna, MacIntyre ha criticado la modernidad misma y cualquier filosofía moral de carácter moderno. Si aceptamos que el desarrollo de la historia occidental y el de la oriental tienen algunas similitudes, debemos darnos cuenta de que aquello que MacIntyre ha criticado en la filosofía moral contemporánea va a tender a aparecer en nuestro propio modo de construir una filosofía moral contemporánea. De este modo, la crítica de MacIntyre a la filosofía moral moderna nos proporciona un espejo en el cual se reflejan los problemas que vamos a enfrentar en la construcción de un sistema de moralidad. Por tanto, los académicos chinos debemos aprender de las ideas de MacIntyre a la hora de ocuparnos del modo de construir un nuevo sistema de moralidad y de cómo tratar nuestra tradición.

En último lugar, este interés se explica porque hay ciertas similitudes entre la filosofía de MacIntyre y el pensamiento chino. Primero, porque en China hay muchos académicos que estudian el marxismo y consideran a la filosofía de Marx como la más importante de China, y el pensamiento de MacIntyre está sumamente influenciado por el marxismo; de hecho él lo considera una de sus principales fuentes. Es por eso que algunos académicos estudian la interpretación que MacIntyre hace del marxismo. Segundo, porque MacIntyre enfatiza la historia, la tradición y la comunidad en su pensamiento, cuestiones que son ampliamente aceptadas por los filósofos chinos. De hecho, los académicos chinos de antes solían darle mucha impor-

tancia a la comunidad, especialmente en el pensamiento confucionista. El pensamiento de MacIntyre resulta relevante en esto, porque aunque China es famosa por su larga historia y tradición, el cómo tratarlas es todavía un problema. En definitiva, estas similitudes hacen que no sea difícil para los académicos chinos el interesarse por el pensamiento de MacIntyre.

Luego del análisis que se ha realizado, es fácil ver que los académicos chinos necesitan aprender de la filosofía moral de MacIntyre y que debe continuar el análisis de su pensamiento, porque lo que ha sido estudiado de la filosofía de MacIntyre por los académicos chinos todavía no es suficiente.

**LA LEGITIMIDAD DE LOS JUECES
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**
The legitimacy of judges of the Inter-American Court of Human Rights

Manuel E. Ventura Robles¹

Recibido: 1º de septiembre de 2016
Aprobado: 5 de septiembre de 2016

Resumen: El texto presenta un breve análisis sobre la legitimidad de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de acuerdo a las normas de la Convención y el Estatuto de la Corte. Luego realiza un recorrido sobre casos que en opinión de los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o de las víctimas o sus representantes, se ha puesto en duda esa legitimidad.

Palabras claves: Jueces - Corte Interamericana - Legitimidad - Convención Americana.

Abstract: The text presents a brief analysis of the legitimacy of the judges of the Inter-American Court of Human Rights in accordance with the provi-

1 Miembro del Comité Asesor de los Estados Partes en el Tratado Roma para asesorar en la escogencia de los candidatos a jueces del Tribunal Penal Internacional. ExJuez (2004-2015) y Exvicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Miembro de la "International Law Association"; de la "American Society of International Law"; del "Instituto Hispano-Luso-Americano y Filipino de Derecho Internacional". Miembro Honorario de la "Asociación Costarricense de Derecho Internacional" y reconocido por ésta con el Premio "Manuel María de Peralta". Miembro Correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional; del "Consejo Editorial de la Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos"; del Consejo Editorial del Boletín de la Sociedad Brasileña de Derecho Internacional. Homenajado por el Instituto Brasileño de Derechos Humanos con el "Premio Derechos Humanos 2014" y la "Medalla Antônio Augusto Cançado Trindade". Homenajado por el Colegio de Abogados de Costa Rica con el Premio "Rodolfo Piza Escalante". Presidente Honorario del Instituto Colombiano de Derechos Humanos. Correo electrónico: manuelventura.robles@gmail.com.

sions of the Convention and the Statute of the Court. Then make a tour on cases which in the opinion of the States Parties to the American Convention on Human Rights, or the victims or their representatives have questioned the legitimacy.

Keywords: Judges - Inter-American Court - Legitimacy - Convention Americana.

I. Introducción

Agradezco profundamente a la Universidad Austral, y muy especialmente al Doctor Rodolfo Vigo y a la Doctora María Gattinoni, la gentileza de invitarme a participar como conferencista en estas *IX Jornadas de Derecho Judicial* con un tema muy importante, pero para mí muy difícil de preparar, como es la “Legitimidad de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Porque después de estar veinticinco años en la Secretaría de la Corte y doce como Juez, me ha tocado ser testigo de los grandes momentos por los que ha pasado la Corte, así como de los dudosos que todos esperamos que se superen para el bien del Tribunal.

La legitimidad de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos es un tema que, en mis casi treinta y ocho años que estuve en el Tribunal, no ha sido desarrollado ni presentado en conferencia alguna durante una actividad académica. Y es entendible porque no se trata solo de señalar las normas que legitiman la función jurisdiccional de los jueces del Tribunal, sino también porque hay que conocer los casos en que en opinión de los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o de las víctimas o sus representantes, se ha puesto en duda esa legitimidad. Para comprobar si esto ha sido cierto, hay que analizar las situaciones que se han presentado con el propósito de deslegitimizar a uno o a varios jueces a través de recusaciones en los procesos o críticas fundadas a sentencias de la Corte. Para esto citaré, en primer lugar, las normas de la Convención y del Estatuto de la Corte que legitiman la función de sus jueces.

II. Normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Estatuto de la Corte IDH

Las normas convencionales que legitiman a los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el desempeño de sus funciones son las siguientes:

Artículo 52

1. La Corte se compondrá de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de Derechos Humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.

Artículo 70

1. Los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión gozan, desde el momento de su elección y mientras dure su mandato, de las inmunidades reconocidas a los agentes diplomáticos por el Derecho Internacional. Durante el ejercicio de sus cargos gozan, además, de los privilegios diplomáticos necesarios para el desempeño de sus funciones.
2. No podrá exigirse responsabilidad en ningún tiempo a los jueces de la Corte ni a los miembros de la Comisión por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 71

Son incompatibles los cargos de juez de la Corte o miembros de la Comisión con otras actividades que pudieren afectar su independencia o imparcialidad conforme a lo que se determine en los respectivos Estatutos.

Artículo 73

Solamente a solicitud de la Comisión o de la Corte, según el caso, corresponde a la Asamblea General de la Organización resolver sobre las sanciones aplicables a los miembros de la Comisión o jueces de la Corte que hubiesen incurrido en las causales previstas en los respectivos Estatutos. Para dictar una resolución, se requerirá una mayoría de los dos tercios de los votos de los Estados miembros de la Organización en el caso de los miembros de la Comisión y, además, de los dos tercios de los votos de los Estados Partes en la Convención, si se tratare de jueces de la Corte.

Las normas estatutarias que legitiman a los jueces de la Corte en el desempeño de sus funciones son las siguientes:

Artículo 4º

1. La Corte se compone de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal de entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de Derechos Humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales, conforme a la ley del Estado del cual sean nacionales o del Estado que los postule como candidatos.

Artículo 15

1. Los jueces gozan, desde el momento de su elección y mientras dure su mandato, de las inmunidades reconocidas por el Derecho Internacional a los agentes diplomáticos. Durante el ejercicio de sus funciones gozan, además, de los privilegios diplomáticos necesarios para el desempeño de sus cargos.
2. No podrá exigírseles en ningún tiempo responsabilidad por votos y opiniones emitidos o actos realizados en el ejercicio de sus funciones.
3. La Corte en sí y su personal gozan de las inmunidades y los privilegios previstos en el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Organización de los Estados Americanos, del 15 de mayo de 1949, con las equivalencias correspondientes, habida cuenta de la importancia e independencia de la Corte.
[...]
5. El régimen de inmunidades y privilegios de los jueces de la Corte y de su personal podrá reglamentarse o complementarse mediante convenios multilaterales o bilaterales entre la Corte, la OEA y sus Estados miembros.

Artículo 19

1. Los jueces estarán impedidos de participar en asuntos en que ellos o sus parientes tuvieren interés directo o hubieran intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados, o como miembros de un tribunal nacional o internacional, o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad, a juicio de la Corte.
2. Si alguno de los jueces estuviere impedido de conocer, o por algún motivo calificado considerare que no debe participar en determinado asunto, presentará su excusa ante el Presidente. Si éste no la aceptare, la Corte decidirá.

3. Si el Presidente considera que alguno de los jueces tiene causal de impedimento o por algún otro motivo calificado no deba participar en determinado asunto, así se lo hará saber. Si el juez en cuestión estuviere en desacuerdo, la Corte decidirá.
4. Cuando uno o más jueces fueren inhabilitados conforme a este artículo, el Presidente podrá solicitar a los Estados partes en la Convención que en una sesión del Consejo permanente de la OEA designen jueces interinos para reemplazarlos.

Artículo 20

1. Los jueces y el personal de la Corte deberán observar, dentro y fuera de sus funciones, una conducta acorde con la investidura de quienes participan en la función jurisdiccional internacional de la Corte. Responderán ante ésta de esa conducta, así como de cualquier impedimento, negligencia u omisión en el ejercicio de sus funciones.
2. La potestad disciplinaria respecto de los jueces corresponderá a la Asamblea General de la OEA solamente a solicitud motivada de la Corte, integrada al efecto por los jueces restantes.
3. La potestad disciplinaria respecto del Secretario corresponde a la Corte, y respecto al resto del personal, al Secretario, con la aprobación del Presidente.
4. El régimen disciplinario será reglamentado por la Corte, sin perjuicio de las normas administrativas de la Secretaría General de la OEA, en lo que fueren aplicables conforme al artículo 59 de la Convención.

Por su parte, el Reglamento de la Corte, aprobado por ella misma y no por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), como es el caso del Estatuto, dispone en su artículo 21 los mismos impedimentos, excusas e inhabilitaciones que el artículo 19 del Estatuto. Dicho artículo 21 del Reglamento dispone literalmente:

Artículo 21

1. Los impedimentos, las excusas y la inhabilitación de los jueces se regirán por lo dispuesto en el artículo 19 del Estatuto y el artículo 19 de este Reglamento.
2. Los impedimentos y excusas deberán alegarse antes de la celebración de la primera audiencia del caso. Sin embargo, si la causal de

- impedimento o excusa ocurriere o fuere conocida posteriormente, dicha causal podrá hacerse valer ante la Corte en la primera oportunidad, para que ésta decida de inmediato.
3. Cuando por cualquier causa un juez no esté presente en alguna de las audiencias o en otros actos del proceso, la Corte podrá decidir su inhabilitación para continuar conociendo del caso habida cuenta de todas las circunstancias que, a su juicio, sean relevantes.

III. Casos en que se han recusado jueces de la Corte

A) El primer caso en que se recusó a un juez de la Corte Interamericana fue en “Baena, Ricardo y otros”, realizado por la República de Panamá, contra el entonces Presidente de la Corte, juez Antônio Augusto Cançado Trindade, el 25 de enero del año 2000.

El caso en mención, conocido popularmente como “Víctimas de la Ley 25”, fue sometido a la Corte por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), por haber dado el Estado panameño efecto retroactivo a la Ley 25, para legitimar el despido de 270 trabajadores del sector público que aparentemente se sumaron a una asonada militar de ex miembros de la Guardia Nacional de Panamá, lo que provocó la intervención, para su develamiento, de las fuerzas americanas estacionadas en la zona del Canal de Panamá.

El 21 de enero del año 2000, el Presidente de la Corte dio una conferencia de prensa en la sede del Tribunal, que fue reproducida en la prensa panameña, manifestando que el caso “Baena, Ricardo y otros” era “un caso laboral” y que era el primero que “sobre esta materia llega a la Corte”, criterio que la República de Panamá no aceptaba. Agregó el Estado, en su escrito de recusación, que el Presidente manifestó que el caso versaba sobre “el debido proceso legal en materia económica y social” y que “las cuestiones de denegación de justicia se relacionan con materia económica y social”.

Finalmente, y como consecuencia de las declaraciones señaladas, el Estado realizó la siguiente petición especial:

Por la gravedad de la situación creada con la conducta del juez Cançado Trindade, y dada su alta investidura de Presidente de la Corte, solicitamos que la Corte lleve a cabo una audiencia especial, con participación del Estado Panameño, para discutir y considerar la presente recusación, examinando las pruebas que se aducen en este incidente, y escuchando la posición de la parte incidentista.

Adicionalmente, como quiere que el juez Cançado Trindade actuó, no a título personal, sino en su calidad de juez de la Corte, sus expresiones han creado una situación inapropiada para llevar a cabo la audiencia de fondo programada originalmente para los días 26, 27 y 28 de enero próximo. Habida cuenta de esto, la República de Panamá pide a la Corte que se aplaze la audiencia hasta tanto se den las condiciones que permitan realizar la audiencia en condiciones de serenidad y objetividad.

La Corte, al resolver la recusación, consideró:

1. Que aún cuando ni la Convención ni el Estatuto ni el Reglamento de la Corte previenen causas y procedimientos para la recusación de un juez, la Corte estimó conveniente abrir el expediente respectivo y resolver el planteamiento formulado por el Estado de Panamá.
2. Que la Corte ha encomendado a su Presidente la celebración de conferencias de prensa para informar, en términos generales, sobre el contenido de los trabajos de sus períodos de sesiones, y que en tal virtud el Presidente llevó a cabo una conferencia de prensa el 21 de enero de 2000 en relación con el XLVII Período Ordinario de Sesiones.
3. Que la Corte en pleno escuchó los informes del Presidente y el Secretario de la Corte, señor Manuel E. Ventura Robles, en relación con la conferencia de prensa del 21 de enero de 2000.
4. Que igualmente la Corte escuchó la grabación de la citada conferencia de prensa, la que además había sido oportunamente proporcionada al Estado de Panamá por iniciativa del Presidente de este Tribunal.
5. Que ni la citada grabación ni de los recortes de prensa proporcionados por Panamá como prueba de los hechos que a su entender sustentan el incidente de recusación surgen elementos que puedan, a criterio de esta Corte, configurar conducta impropia de su Presidente que amerite su inhabilitación para continuar conociendo el presente caso por haber anticipado su criterio o el de la Corte.
6. Que la Corte es responsable de las declaraciones oficiales que hagan el Presidente o sus integrantes, no así de las versiones que den o de las interpretaciones que realicen otras personas acerca de dichas declaraciones.
7. Que el Presidente se excusó de intervenir en este proceso.
8. Que es pertinente conveniente continuar la tramitación del presente caso y llevar a cabo la audiencia pública convocada para el día 26 de enero y siguientes de 2000 en la sede de la Corte, tal cual fuera convocada por Resolución del Presidente del 7 de diciembre de 1999.

Por tanto:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos,

De conformidad con los artículos 19 y 20 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los artículos 14 y 19 de su Reglamento,

Resuelve:

Por unanimidad,

1. Desestimar la recusación planteada por el Estado de Panamá contra el Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, juez Antônio Augusto Cançado Trindade, así como las demás solicitudes contenidas en su escrito del 21 de enero de 2000.
2. No aceptar la excusa formulada por el Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, juez Antônio Augusto Cançado Trindade, para no intervenir en el presente proceso.
3. Continuar la tramitación del presente caso.

B) Recusación contra el juez Diego García Sayán en el caso del “Penal Castro Castro c/ Perú”

La segunda recusación, por razones muy diferentes a la primera, se presentó por la representante legal de las víctimas en el caso del “Penal Castro Castro c/ Perú”, en una sesión extraordinaria de la Corte en el Salvador el 25 de junio de 2006, contra el juez peruano Diego García Sayán, quien fue Ministro de Justicia y de Relaciones Exteriores del Estado peruano al tiempo de la tramitación del caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y por considerar que había tenido en ese entonces la responsabilidad como funcionario de las políticas y decisiones del Estado sobre este caso. Consecuentemente, consideraron que el juez García Sayán tenía impedimento para participar como juez en el caso.

Ese mismo día, el juez García Sayán envió una comunicación al Presidente de la Corte, manifestando que no intervino en el caso y mucho menos haber tenido intervención alguna en las “políticas y decisiones del Estado peruano en relación a la investigación o falta de investigación de los hechos”. Sin embargo, comunicó a la Corte la decisión de no continuar conociendo el caso.

La Corte, mediante resolución de ese mismo día, aceptó la excusa del juez García Sayán de continuar conociendo el caso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.2 de su Estatuto y decidió continuar con la tramitación del mismo.

C) Las diez recusaciones de Venezuela contra los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Con motivo del 38º Período Extraordinario de Sesiones de la Corte realizado en Santo Domingo, República Dominicana, del 30 de marzo al 3 de abril de 2009, se celebró la audiencia pública en el caso “Usón Ramírez c/ Venezuela”. Al finalizar la audiencia, la Secretaría de la Corte, como es usual, transmitió su grabación al Estado de Venezuela y, por error, incluyó también la deliberación que sobre el caso “Usón Ramírez” realizó el Tribunal luego de finalizada la audiencia pública.

Después de escuchar la grabación de la deliberación privada, el Estado venezolano presentó como excepción preliminar la recusación de los jueces Diego García Sayán, Leonardo Franco, Manuel E. Ventura Robles, Margarette May Macaulay y Rhadys Abreu Blondet, así como la del Secretario de la Corte, Pablo Saavedra Alessandri, por supuesta falta de imparcialidad. El documento del Estado que contenía expresiones injuriosas contra la Corte fue respondido mediante resolución del Presidente en funciones, el año siguiente, juez Alberto Pérez Pérez de Uruguay, que no integraba la Corte el año anterior cuando se conoció el caso “Usón Ramírez”.

El juez Pérez Pérez afirmó, en su condición de Presidente en funciones, literalmente lo siguiente:

Por tanto:

El Presidente en funciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

De conformidad con los artículos 12, 13, 19 y 25 del Estatuto y con los artículos 4º, 21, 31 y 39 del Reglamento,

Resuelve:

1. Declarar manifiestamente improcedente el ataque global a la Corte como tal contenido en el escrito al que se remite el Estado (supra Considerando 6º), rechazar las expresiones injuriosas indebidamente empleadas por el Estado en dicho escrito y advertir que todo escrito que contenga expresiones de esa índole será devuelto a quien lo haya presentado sin darle trámite alguno.
[...]
3. Declarar inadmisibles, por no referirse al presente caso, las consideraciones formuladas por el Estado en relación con la Sentencia emitida en el caso “Usón Ramírez c/ Venezuela”, de conformidad con lo expuesto en el Considerando 5º de la presente Resolución.
4. Declarar que es infundada la alegación de falta de imparcialidad formulada por el Estado en relación con los jueces Diego García Sa-

- yán, Leonardo Franco, Manuel E. Ventura Robles, Margarette May Macaulay y Rhadys Abreu Blondet, quienes no han incurrido en ninguna de las causales estatutarias de impedimento ni realizado acto alguno que permita cuestionar su imparcialidad, de conformidad con lo indicado en los Considerandos 13 a 24 de la presente Resolución.
5. Declarar improcedentes e infundados los alegatos estatales referidos a la supuesta falta de imparcialidad de Pablo Saavedra Alessandri, Secretario del Tribunal, de conformidad con lo indicado en el Considerando 25 de la presente Resolución.
 6. Determinar que corresponde que la Corte, en su composición íntegra, sin perjuicio de lo indicado en el Considerando 26 de la presente Resolución, continúe conociendo plenamente (este y otros casos contra Venezuela).
 7. Disponer que la Secretaría de la Corte notifique la presente Resolución a la Comisión Interamericana, a los representantes de la presunta víctima y a la República Bolivariana de Venezuela.

Durante los años siguientes, 2010-2016, Venezuela interpuso la misma excepción en idénticos términos y fue respondida también en idénticos términos por resoluciones del juez Pérez Pérez. Los casos en que esto ocurrió fueron los siguientes: “Chocrón Chocrón”, “López Mendoza”, “Familia Barrios”, “Díaz Peña”, “Uzcátegui y otros”, “Castillo González y otros”, “Brewer-Carías”, “Hermanos Landaeta Mejías y otros” y “Granier y otros”, todos contra el Estado venezolano.

IV. Inicio de un proceso de deslegitimación de algunos jueces y de la Corte, el cual aún no termina

El mes de noviembre del año 2013 dio inicio a un inesperado proceso que ha perjudicado mucho la legitimidad del Tribunal y de algunos jueces. Al deliberar el caso “Mémoli c/ Argentina”, y al votar en el mismo, se produjo un cambio de criterio de la Corte sobre el derecho a la libertad de expresión, que generó una inmediata y fuerte reacción de la Comisión Interamericana y varias ONGs, especialmente porque en marzo de ese año se había fallado el caso “Kimel c/ Argentina”. En el caso “Kimel” se decidió la violación del derecho a la libertad de expresión y en el caso “Mémoli” no, a pesar de presentar similares hechos.

En el proceso de deliberación de la sentencia, la Corte se dividió en dos: los jueces que votaron contra la violación a la libertad de expresión: el Presidente, juez Diego García Sayán, y los jueces Alberto Pérez Pérez, Roberto F. Caldas y Humberto Sierra Porto. Y por otra parte, los jueces

que salvaron su voto, a favor de la violación del derecho a la libertad de expresión: Manuel E. Ventura Robles, Eduardo Vio Grossi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

Como si eso fuera poco, ese mes se produjo la votación para elegir nuevo Presidente y Vicepresidente de la Corte. Por precedencia y compromiso de votos se esperaba elegir a los jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Vio Grossi, respectivamente. La sorpresa fue que el mismo grupo que había votado en contra de la violación a la libertad de expresión en el caso “Mémoli” se unió y eligieron Presidente a Humberto Sierra Porto y a Roberto F. Caldas como Vicepresidente. Estos dos jueces tenían únicamente nueve meses de integrar el Tribunal y con esto se rompió la tradición de los Tribunales Internacionales de elegir a los jueces más antiguos y experimentados. Se sospechó desde un inicio una maniobra por parte del entonces Presidente de la Corte, de quien se rumoraba que quería ser candidato a la Secretaría General de la OEA.

La confirmación de la sospecha

No hubo que esperar mucho para que se confirmaran los hechos. Pronto, el 26 de mayo de 2014, la Corte emitió sentencia en el caso “Allan R. Brewer-Carías c/ Venezuela”, en el que se puso en evidencia que el mismo grupo de cuatro jueces que habían votado favorablemente en el caso “Mémoli c/ Argentina”, hicieron mayoría para que no se condenara a Venezuela en el citado caso. Los jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor votaron en contra y emitieron un voto disidente contra la sentencia emitida por la Corte. El juez Vio Grossi se excusó de conocer el caso por haber trabajado como exiliado en Venezuela en la Universidad Central de Caracas, con la dirección del Profesor Brewer-Carías.

Para entonces, Allan Brewer-Carías tenía diez años de vivir en New York, exiliado de Venezuela. El Estado alegaba que para agotar los recursos internos debía estar presente en Venezuela, lo que lo expondría a ser puesto preso, y mientras tanto el juicio en Venezuela no se fallaba. El Profesor Brewer-Carías, un reconocido jurista y académico en toda América y en Europa, fue defendido por el grupo de abogados más notable que se haya juntado en caso alguno ante la Corte Interamericana: Pedro Nikken, Helio Bicudo, Claudio Grossman, Juan Méndez, Douglas Cassell y Héctor Faúndez Ledezma.

El Profesor Brewer-Carías publicó en Caracas, en el mismo año 2014, en la Editorial Jurídica Venezolana, un libro de quinientas páginas, titulado: *El caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio del caso y análisis crítico de la errada*

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 277, del 26 de mayo de 2014.

En la tapa de dicho libro se leen textualmente las razones por las que, como consecuencia de esta sentencia, se afectó la legitimidad de la Corte y de cuatro jueces. Procedo a continuación a citar textualmente lo señalado en dicha publicación:

Este libro sobre el caso CIDH “Allan R. Brewer-Carías *vs.* Venezuela” es la reflexión personal del propio profesor Allan R. Brewer-Carías sobre la Sentencia N° 277 dictada en su caso por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 26 de mayo de 2014, el cual fue llevado con la asistencia de los destacados abogados y profesores, Pedro Nikken, Claudio Grossman, Juan E. Méndez, Douglas Cassel, Helio Bicudo y Héctor Faúndez Ledezma. En el mismo, se denunciaron las masivas violaciones cometidas contra sus derechos y garantías judiciales (a la defensa, a ser oído, a la presunción de inocencia, a ser juzgado por un juez imparcial e independiente, al debido proceso judicial, a seguir un juicio en libertad, a la protección judicial) y otros (a la honra, a la libertad de expresión, incluso al ejercer su profesión de abogado, a la seguridad personal y a la circulación y a la igualdad y no discriminación), consagrados en los artículos 44, 49, 50, 57 y 60 de la Constitución de Venezuela y de los artículos 1.1, 2, 7, 8.1, 8.2, 8.2.c, 8.2.f, 11, 13, 22, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las violaciones fueron cometidas en contra de Brewer-Carías durante el curso del proceso penal desarrollado desde 2005 en Venezuela, con motivo de la falsa acusación formulada en su contra de haber “conspirado para cambiar violentamente la Constitución”, con motivo de los hechos políticos ocurridos tres años antes, en 2002, con ocasión de la anunciada renuncia del Presidente Hugo Chávez, y en los cuales se limitó a dar una opinión jurídica en ejercicio de su profesión de abogado, en esos momentos de crisis institucional. El juicio, en realidad, ha sido un instrumento de persecución política en su contra por su crítica al gobierno autoritario de su país.

La Corte Interamericana, sin embargo, se abstuvo de juzgar el fondo de las denuncias, y admitió la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos que había sido opuesta por el Estado, violando no sólo su propia jurisprudencia histórica sentada desde el caso “Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras” (1987), que le imponía la obligación de entrar a conocer del fondo de la causa cuando las denuncias formuladas contra un Estado son precisamente violaciones a las garantías judiciales, sino violando también el derecho de Brewer de acceso a la Justicia Internacional, protegiendo en cambio al Estado, e ignorando, además, que en el proceso sí se había efectivamente agotado el único recurso disponible y oportuno que tuvo, que fue la solicitud de nulidad absoluta o amparo penal, que nunca fue resuelta.

La aparición de este libro coincide, por otra parte, con la noticia, que por cierto era un secreto a voces bien conocido, de que uno de los jueces de la Corte, quien fue su Presidente durante la sustanciación del caso, ha sido propuesto como candidato a la Secretaría General de la OEA, lo que evidencia una absoluta situación de incompatibilidad, al cual, además, se operó durante todo el proceso del caso, derivada de un juez buscando votos de Estados en apoyo a su aspiración, mientras pretendía juzgar a esos mismos Estados con cuyos votos aspiraba contar, todo lo cual generó la percepción de que podía haber votos de jueces que estuvieran influidos por factores ajenos a los estrictamente jurídicos. La aparición del libro también coincide con la insólita noticia de que, aún con la protesta de destacados jueces, el Presidente de la Corte ha dado una “excusa” al “juez candidato” para que continúe siendo juez de la Corte, con todas sus prerrogativas, y siga a la vez buscando votos de apoyo de los Estados que la Corte juzga. Con actitudes como estas, sin duda, se está arruinando una obra de más de treinta años, no solo consistente en el desprecio a un rico acervo de jurisprudencia, sino, peor aún, de destrucción de la confianza entre las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos en la región, de que les quedaba una última esperanza de obtener en San José la justicia que se les niega en su país.

Por otra parte, el 21 de agosto de 2014 el entonces Presidente de la Corte, Humberto Antonio Sierra Porto, emitió una resolución por medio de la cual aceptó la excusa planteada por el entonces juez Diego García Sayán, para no participar de todas las actividades de la Corte, en virtud de su candidatura al puesto de Secretario General de la OEA.

Como respuesta a esta resolución del Presidente de la Corte, el 21 de agosto de 2014, el juez Eduardo Vio Grossi remitió a la Presidencia y Secretaría de la Corte nuestra *Constancia de Disentimiento ante la “excusa” otorgada al juez Diego García Sayán por el Presidente juez Humberto Sierra Porto, sin competencia para ello, para que sin dejar de ser juez de la Corte Interamericana pueda realizar actividades políticas incompatibles con la de juez, como candidato a la Secretaría General de la OEA*. A esta constancia de disentimiento el suscrito, juez Manuel E. Ventura Robles, adhirió por completo a los planteamientos en ella formulados.

En esta constancia se expuso la disconformidad con lo resuelto por el Presidente de la Corte, por considerar que la excusa elevada por el juez García Sayán no correspondía al espíritu y a los claros términos del artículo 19.2 del Estatuto de la Corte, que regula la institución de la excusa, por lo que se puede concluir que ella era del todo improcedente. Lo que sí podría haber procedido era la renuncia al cargo de juez de la Corte en virtud de la candidatura a la Secretaría General de la OEA, posibilidad contemplada en el artículo 21.1 del Estatuto del Tribunal.

Aunado a lo anterior, en ella se manifiesta el criterio de que, con base en el artículo 18.2 del Estatuto, no procedía que el Presidente de la Corte se pronunciara con relación a la aludida petición del juez García Sayán como efectivamente lo hizo, por carecer de competencia para ello y, en cambio, lo que correspondía era permitir su análisis y resolución por el pleno de la Corte. En nuestra constancia de disidencia expusimos, además, las graves consecuencias que este accionar implicaba para la institución.

En la mencionada constancia de disentimiento se señala textualmente:

Por todo lo afirmado precedentemente, resulta al menos plausible sostener que la referida solicitud de excusa del juez García Sayán y lo resuelto al efecto por el Presidente, pueden afectar seriamente la credibilidad en lo que concierne a su “imparcialidad”, “dignidad” o “prestigio”.

Agregó el juez Vio Grossi que:

Asimismo, esta constancia de disentimiento responde a la transparencia que, a juicio del suscrito, debe imperar en una instancia judicial de la envergadura de la Corte, que imparte justicia en materia de Derechos Humanos con estricto apego a los principios de imparcialidad, independencia, legalidad y certeza y seguridad jurídicas, otorgando, por ende, a quienes comparecen ante ella la máxima garantía de que efectivamente procede así.

Anteriormente, el 20 de agosto de 2014, el juez Manuel E. Ventura Robles le dirigió una carta al Presidente de la Corte en los siguientes términos:

Señor Presidente:

He recibido copia de una carta que el día de ayer le entregó el juez Diego García Sayán, solicitándole que, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 19.2 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo excuse de participar en los casos contenciosos sometidos a la Corte por un período de tiempo, en este momento indefinido, hasta que se elija al nuevo Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, puesto para el cual él es candidato presentado por el Estado del Perú.

En mi opinión, pese a que usted aceptó la excusa en carta del día de hoy, sin posibilidad de apelación de parte de los otros jueces según dispone el citado artículo 19.2 del Estatuto, esta norma se refiere a las excusas de los jueces ante la Presidencia para no conocer casos concretos y no para períodos de tiempo.

Consecuentemente y debido a que considero que la situación en que se encuentra el juez García Sayán, debido a que es candidato a la Secretaría General de la OEA, es un asunto de clara incompatibilidad con el cargo de juez de la Corte

Interamericana de acuerdo con lo que dispone el artículo 18.1.c del Estatuto, le solicito formalmente someter este asunto a consideración del Pleno de la Corte, para que se resuelva lo pertinente sobre la incompatibilidad en este caso y todos los jueces podamos pronunciarnos sobre el tema.

Mucho le agradecería responder por escrito a esta solicitud lo más pronto posible, debido a la importancia de este asunto.

El Presidente de la Corte contestó ese mismo día en los siguientes términos:

Señor juez Manuel Ventura Robles:

Acuso recibo de su comunicación de fecha 20 de agosto del presente por medio de la cual me presenta un escrito en el que indica que la situación que he resuelto respecto al juez Diego García Sayán es un asunto de clara incompatibilidad con el cargo de juez de la Corte Interamericana de acuerdo a lo que dispone el artículo 18.1.c del Estatuto y me solicita someter el asunto a consideración del Pleno.

El juez García Sayán me presentó el día 19 de agosto, de conformidad al artículo 19.2 del Estatuto de la Corte, su excusa de participar en las actividades jurisdiccionales de ésta mientras sea candidato a la Secretaría General de la OEA. De conformidad con el citado artículo, resolví aceptar su excusa de manera que no participe en ninguna actividad del Tribunal. Solo en caso que hubiese procedido una negativa de mi parte, el asunto debería ser considerado por el Pleno, cuestión que no ocurrió en el presente caso.

En atención de lo anterior, su solicitud resulta improcedente.

Sin otro particular,

(f)

Humberto Sierra Porto

Presidente

V. Últimas consecuencias de la deslegitimación de la Corte

La presencia en la Presidencia de la Corte actualmente del juez Roberto Caldas, miembro del grupo de jueces que con su voto se sumó a los casos “Mémoli” y “Brewer-Carías” y que apoyó el permiso para ser candidato a Secretario General de la OEA al juez García Sayán, acaba de producir un hecho que afectó la legitimidad de la Corte, durante el proceso que llevó a juicio político a Dilma Rousseff, Presidenta del Brasil. Lo anterior en virtud de declaraciones públicas hechas siendo Presidente de la Corte, en contra del mencionado proceso, las que la prensa atribuyó a la Corte como posición

de la misma sobre este tema. Cabe aclarar que el juez Roberto Caldas fue propuesto como candidato a juez de la Corte Interamericana por el gobierno de la Presidenta del Brasil, Dilma Rousseff. Hechos como este, en mi entendimiento, afectan la imparcialidad del juez y la imagen de la Corte, por la cual no pudo participar en la absolución de la opinión consultiva solicitada por el Secretario General de la OEA sobre la materia.

VI. Conclusión

Como hemos visto a lo largo de la conferencia, a los jueces de la Corte los legitima el que el Tribunal haya sido creado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que a su vez dispuso la integración de la Corte con siete jueces y las condiciones o requisitos que se necesitan para serlo. Si estas normas incluidas en la Convención, el Estatuto o el Reglamento se violan, los jueces pertinentes o la Corte misma se deslegitiman. Recobrar esa legitimidad cuesta mucho y toma tiempo, así como es muy fácil perderla.

Para mí, la presencia en la composición actual de los jueces Eduardo Vio Grossi, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, así como de los nuevos jueces cuyos mandatos iniciaron en enero de 2016, son una esperanza de que la legitimidad de todos los jueces de la Corte volverá a resplandecer y, por ende, el Tribunal mismo.

De momento, los Estados Partes en la Convención Americana deberían someter a la Asamblea General de la OEA una reforma al Estatuto de la Corte para que expresamente prohíba a los jueces ser candidatos a puestos en que, para ser elegidos, voten los mismos Estados Partes a quienes ese juez juzga en ejercicio de sus funciones como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

PARTE IV

DOCUMENTOS

CONFERENCIA EPISCOPAL ARGENTINA BICENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA TIEMPO PARA EL ENCUENTRO FRATERO DE LOS ARGENTINOS

Introducción

1. Los Obispos deseamos compartir los sentimientos del pueblo argentino al celebrar el Bicentenario de la Independencia Nacional, el próximo 9 de julio. Lo hacemos con el mismo entusiasmo que quedó expresado cuando nos dirigimos a todos los hombres y mujeres de la Nación¹ en el segundo centenario de la Revolución de Mayo, disponiendo así el espíritu ante un acontecimiento de significativa trascendencia. Estas páginas que ofrecemos son pensamientos que anhelamos compartir para estimular el diálogo desde un hecho histórico que nos dio origen como Nación y que, a su vez, nos interpela a pensar juntos qué país queremos ser.

2. Deseamos acercar nuestra reflexión pastoral, y así dar gracias por el legado que nos dejaron nuestros mayores, interpretar nuestro presente a la luz de nuestra fe y decir una palabra esperanzadora, siempre iluminada por el Evangelio, que desde aquella Magna Asamblea de Tucumán inspiró a los legisladores la virtud de abrir el futuro para una Argentina fraterna y solidaria, pacificada y reconciliada, condiciones capaces de crear una Nación para todos.

Capítulo I

Una justa y esperada reparación de la memoria

3. Con renovado espíritu, queremos volver la mirada sobre aquella pri-

1 Conferencia Episcopal Argentina, “Hacia un Bicentenario en justicia y solidaridad (2010-2016)”, 14 de noviembre de 2008.

mera generación de argentinos, que interpretando un creciente sentimiento de libertad de los pueblos a quienes representaban, asumieron la grave responsabilidad de encauzar los ideales americanistas. Nos detendremos solamente en ese momento fundacional que estamos celebrando.

4. El Congreso reunido en Tucumán no fue un suceso improvisado ni falto de ideales. No hace mucho tiempo decíamos: “América, integrada políticamente a España, no fue una mera repetición cultural, ni de España ni de las culturas precolombinas. Nació y se formó un nuevo pueblo. Y así en la conciencia de esta nueva y propia identidad, en la conciencia común y solidaria de una propia dignidad que se expresa en el espíritu de libertad, se preparó, ya desde entonces, el principio de la futura independencia”². Los representantes de los pueblos que integraban las Provincias Unidas del Río de la Plata estaban muy identificados con las expectativas que había despertado la Revolución de 1810³. En orden a confirmar sus consignas liberacionistas, se disponían a proclamar la independencia y asegurar la libertad, paso necesario para dejar de ser considerados una colonia insurgente, y llegar a ser una Nación independiente y libre de España “y de toda otra dominación extranjera”, solidarizándose con los ideales de otros Estados que surgían con la misma vocación. José de San Martín, Manuel Belgrano, Martín Miguel de Güemes y tantos otros Padres de la Patria animaron incondicionalmente a los congresales y cifraron su esperanza en aquel Congreso soberano.

De una casa prestada a la casa común

5. El Congreso quedó compuesto por treinta y tres representantes de las Provincias Unidas del Río de La Plata, entonces mucho más extenso que nuestro actual territorio. El contexto político-social que rodeó a aquella Asamblea no podía ser más complejo y adverso. Desde la Revolución de Mayo de 1810, se sucedieron débiles intentos de un gobierno central, sospechados de favorecer las pretensiones hegemónicas porteñas, dando lugar a una creciente tensión por parte de los postergados reclamos federalistas del interior. La situación se hizo visible cuando los caudillos del litoral no enviaron representantes al Congreso, a pesar de los buenos oficios de San Martín, que trató de disuadir las pretensiones separatistas. Por su parte, las noticias que llegaban del Norte daban cuenta de un poderoso ejército realis-

2 Conferencia Episcopal Argentina, “Iglesia y Comunidad Nacional”, 1981, 7.

3 Cf. (2000). *Revolución en el Plata*. Edición literaria a cargo de Miguel Ángel De Marco y Eduardo Martiré. Buenos Aires. Emecé Editores.

ta, que bajaba de Lima decidido a someter el último foco rebelde de América del Sur, con sede en Buenos Aires.

6. El doloroso confinamiento de los Obispos de Córdoba del Tucumán, Buenos Aires y la diócesis recientemente fundada con sede en Salta, fue consecuencia de haberse manifestado cautelosos y hasta contrarios al movimiento independentista, acaso por el compromiso al que los ligaba el juramento de fidelidad al Rey de España. Esto hirió la sensibilidad religiosa del pueblo sencillo, mayoritariamente católico, que al verse privado de sus pastores sufrió desconcierto y abandono, con el peligro de identificar a la Revolución como contraria a la religión. A causa de las sedes vacantes, muy prolongadas en el tiempo durante el siglo XIX, el clero quedó librado al arbitrio del poder civil, y con el cierre de los seminarios se siguieron consecuencias trágicas en la vida pastoral y sacramental. Cuando estas noticias llegaron a Roma, la Iglesia en la Argentina naciente quedó desvinculada de la Sede Apostólica por largo tiempo.

Ciertamente fue un efecto no deseado por los representantes, quienes al inaugurar el Congreso y “después de asistir a la Misa del Espíritu Santo, que se cantó para implorar sus divinas luces y auxilios”, juraron “conservar y defender la Religión Católica, Apostólica y Romana”⁴.

7. A pesar de las circunstancias desfavorables, y aun con el peso de las voces contrarias de quienes desestimaban la oportunidad de reunir un Congreso supremo en una provincia tan lejana y vulnerable, como lo era entonces Tucumán, los representantes de los pueblos –incluso los más lejanos– emprendieron el penoso viaje. Los movía el ideal de la noble causa americana y los alentaba la audaz exhortación de Belgrano y San Martín, que avivaban con entusiasmo patriótico la pronta declaración de la Independencia, en momentos en que muy pocos le daban respaldo. Atraídos por lo que consideraban “la hora de la patria”, los treinta y tres diputados que llegaron a destino, “llenos de santo amor de la justicia”, sesionaron en una modesta y típica casa colonial, cedida y adaptada por una familia patricia para los encuentros y las deliberaciones que harían historia. En ese austero recinto y después de unos meses de ardua actividad parlamentaria, designaron Director Supremo de las Provincias Unidas al General Juan Martín de Pueyrredón –representante por San Luis– y confirmaron como Jefes Generales de los Ejércitos del Norte y de los Andes a Belgrano y San Martín, respectivamente. Allí mismo, no sin trascendente inspiración y por aclama-

4 Ravignani, E. (Director). (1937). *Asambleas Constituyentes Argentinas*. T. I. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras, UBA, 181.

ción espontánea y unánime, coincidiendo las voluntades en la independencia del país, “invocando al Eterno que preside el Universo, en nombre y por autoridad de los pueblos que representaban”⁵, rubricaron la gloriosa Carta Magna de la República Argentina⁶.

¿Cómo gobernar la casa común?

8. De los veintinueve diputados que firmaron el Acta de la Independencia, dieciocho eran laicos y once, sacerdotes de ambos cleros, secular y religioso. Está claro que los representantes al Congreso coincidían en principios éticos inspirados en el humanismo cristiano, y sus convicciones quedaron reflejadas en las escasas fuentes que han llegado hasta nosotros de aquella soberana asamblea. No es de extrañar, por lo tanto, que a la hora de tratar la forma de gobierno que debía sostener el destino de la novel Nación, los diputados no se guiaron por ideas liberales y republicanas, fracasadas en sus primeros intentos de constituir Estados en Europa, sino más bien se suscitó un amplio debate en torno a la conveniencia de instaurar un sistema monárquico constitucional, capaz de poner un principio ordenador en las aisladas provincias, sumidas en la anarquía, y en los excesos de poder de los caudillos locales. Con el aval de Belgrano y San Martín, varios diputados coincidieron en proponer la forma de una monarquía atemperada, para lo cual se pensaba en un descendiente directo del último Inca, fijando la capital en la ciudad del Cuzco. Era de esperar que los siete representantes de los pueblos del Alto Perú se convirtiesen en los más entusiastas animadores de la propuesta. Las intervenciones de los que adherían a este proyecto revelan que en poco tiempo contó con la simpatía de la mayoría de los presentes. Quien se sorprenda ante semejante moción, ya entonces recibida con ironía por la prensa y personalidades del ambiente porteño, debe advertir que los congresistas legislaban para una población que por entonces era mayoritariamente indígena y mestiza⁷; y si bien los pueblos originarios no tuvieron representantes de su etnia en la asamblea, sus intereses –la posesión de las tierras de comunidad de propiedad indígena⁸ y las posibilidades económicas para su laboreo– ocuparon la atención de varias sesiones. El Congreso

5 “Acta de la Independencia”. En Ravignani, E. (1937). *Asambleas...* Ob. cit., vol. I, 216-217.

6 Cf. Furlong, G., AA. VV. (1966). *El Congreso de Tucumán*. Buenos Aires. Ed. Theoría, 9-30.

7 Binayán Carmona, N. “Debates y proyectos en torno de los indios”. En Furlong, G. AA. VV. (1966). *El Congreso de Tucumán*. Ob. cit., 363-371.

8 Ravignani, E. (1937). *Asambleas...* Ob. cit. T. I, “Nota de las materias de primera y preferente atención para las discusiones del Soberano Congreso”, 214-215.

expresó su voluntad de incluir y comprometer a los pueblos indígenas en el proceso emancipador, cuando mandó traducir el Acta de la Independencia en las lenguas generales que se hablaban en el norte de las Provincias Unidas: en aimara y en quechua. La traducción al guaraní para los pueblos del Litoral y la Mesopotamia no llegó a destino porque no enviaron a sus representantes⁹.

9. Todo parecía inclinarse hacia una definición en favor del sistema monárquico incaico, que sumaba adherentes entre los congresales. No obstante, se empezaron a escuchar voces proponiendo las ventajas del sistema republicano, como el más conveniente para la hora. En sucesivas sesiones se escucharon los principios fundantes de un sistema federal, y varios representantes esbozaron la idea de constituir una Federación de Provincias como forma provisional de gobierno. Finalmente, varios diputados que adherían a las tesis monárquicas introdujeron la moción de coronar un príncipe europeo en vez del Inca. Incluso, a algunos no les pareció desatinado que se aceptase nuevamente la soberanía del monarca español, es decir, del Rey repuesto, Fernando VII. En tales circunstancias, y para evitar los excesos de representación al definir una materia de tanta importancia para el futuro del país y sus habitantes, se escuchó la palabra autorizada de Fray Justo Santa María de Oro¹⁰, diputado por San Juan y uno de los principales protagonistas del Congreso, quien expuso “que para poder declarar la forma de gobierno era preciso consultar previamente a los pueblos, sin ser conveniente otra cosa por ahora, que dar un reglamento provisional [...]”¹¹. Era obvio que al dilatarse en el tiempo y sin definiciones sobre la forma de gobierno, el proyecto de una Constitución carecía de sentido, y así fue que en pleno disenso, ninguno de los esquemas presentados prosperó. No obstante, los hombres de la Casa Histórica, preocupados por fortalecer los vínculos de unidad con los pueblos de América del Sur y las naciones del mundo libre, enviaron dos “Manifiestos”: ellos son los antecedentes remotos que revelan la convicción de formar parte de la Patria Grande¹².

9 Levene, R. (1948). “Las revoluciones indígenas y las versiones a idiomas de los naturales de las proclamas y leyes de la independencia”. En *Boletín de la Academia Nacional de la Historia*, vol. XX. Buenos Aires.

10 Durán, J. G. (2015). *Fray Justo Santa María de Oro, Diputado por San Juan (1772-1836)*. Colección, Los diputados de la Independencia. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Círculos de Legisladores de la Nación Argentina, 57-101.

11 Ravignani, E. (1937). *Asambleas...* Ob. cit. T. I, 237.

12 El “Manifiesto del Congreso de las Provincias Unidas de Sud América a los pueblos” (1º de agosto de 1816) y el “Manifiesto al mundo del Congreso de Tucumán” (25 de octubre de 1817).

Casa de familia que se convirtió en casa de todos

10. La Nación “independiente y libre” se gestó en una “pequeña provincia” de la Argentina profunda, entonces muy vulnerable por sus escasos recursos y el avance realista. Los congresales hicieron de una “casa de familia” un espacio fecundo, donde se desarrolló una auténtica deliberación parlamentaria. Esta casa, lugar de encuentro, de diálogo y de búsqueda del bien común, es para nosotros un símbolo de lo que queremos ser como Nación.

11. En ese ambiente doméstico, los diputados de lugares tan distantes se vincularon como hermanos, motivados por la causa suprema que los convocaba. Si bien por momentos dominó el disenso en prolongadas sesiones, la comunión en lo esencial hizo que el diálogo razonable superase las diferencias y primó el interés común, dejando que las ideas reflejasen con fidelidad el sentir de los pueblos y familias que representaban, coincidiendo plenamente en las más nobles aspiraciones federales. Así, con la consigna de “conservar la unidad”, nos legaron el Acta fundante de nuestra argentinidad, y a riesgo de sus propias vidas, “llenos de santo ardor por la justicia”, prometieron ante “Dios y la señal de la Cruz” sostener “estos derechos hasta con la vida, haberes y fama”¹³. De esta manera quedó plasmada, en un breve texto, la fe profesada y el destino de la Patria en el concierto de los pueblos soberanos.

12. Los congresales pensaron en nosotros, y no cabe duda de que somos la razón de la sacrificada y riesgosa entrega de sus vidas, tiempo e intereses, que sin titubeos nos ofrecieron. El ideal de vivir la Argentina como una gran familia, donde la fraternidad, la solidaridad y el bien común incluyan a todos los que peregrinamos en su historia, está muy lejos de haberse alcanzado. La independencia y libertad proclamadas hace dos siglos no siempre se tradujo en tiempo de paz y progreso para todos. Provincias sin recursos y familias pobres sin casa, con muchos argentinos al borde o fuera del sistema laboral, no reflejan las aspiraciones federales de los congresales en Tucumán.

Casa Histórica que a nadie dejó afuera

13. Hoy los pueblos originarios, o mejor, “nuestros paisanos los indios”, como los llamó San Martín¹⁴, son minorías en la población argentina, y a

13 Ravignani, E. (1937). *Asambleas...* Ob. cit. T. I. “La fórmula de juramento”, 217.

14 Proclama: Orden general del 27 de julio 1819, Mendoza.

pesar de reconocer su preexistencia en la nueva Constitución Nacional, la lamentable postergación de sus comunidades es el resultado de promesas incumplidas de distintos gobiernos. Miles de ellos dieron la vida en las batallas por la Independencia, y por esa sola razón, la Argentina les debe gratitud e integración plena de sus derechos como ciudadanos, respetando su acervo y cultura. Hoy sentirían vergüenza de ver a sus descendientes con necesidades básicas no satisfechas de salud, educación y posesión de sus tierras ancestrales. Hoy, no pocos miembros de esos pueblos hermanos reniegan de la fe cristiana que recibieron hace siglos por el solo hecho de ver que los hombres públicos, que juran sobre los Evangelios, pronto se olvidan de su compromiso y ni siquiera los reciben para escuchar sus legítimos reclamos. El Acta de la Independencia alcanzará su plena vigencia, conforme a los ideales de sus gestores, cuando la familia más postergada de los argentinos tenga una casa digna para formar su hogar, donde no falte la asistencia de la salud, la educación y un trabajo honrado para los padres.

14. La celebración del Congreso Eucarístico “en la benemérita y muy digna ciudad de San Miguel de Tucumán”¹⁵ nos brinda una oportunidad para encontrarnos cerca de los lugares que dan a este Bicentenario un renovado fervor patriótico. Jesús Eucaristía “es el mismo, ayer, hoy y lo será siempre” (*Hb* 13, 8), y desde el primer momento fue invocado e inspiró con su gracia a aquellos hombres que debían echarse al hombro la grave responsabilidad de pensar e imaginar una nación soberana. Animados por la puerta esperanzadora que nos abre el Jubileo de la Misericordia, queremos volver con gratitud a la fuente de la reserva moral, ética y religiosa, que animó a quienes declararon la Independencia y nos legaron una clara identidad cultural.

Capítulo II

Organizar la casa común

Sentido social y en democracia

15. Hoy la Argentina sostiene como forma de gobierno la representativa, republicana y federal. Lo que aconteció en el Congreso de Tucumán fue la búsqueda de la organización de la República naciente, lo que con el paso del tiempo derivó en la elección del sistema democrático que abrió el ca-

¹⁵ Así comenzaba la crónica del Congreso el 9 de julio de 1816. Ravignani, E. (1937). *Asambleas...* Ob. cit., 216.

mino de una auténtica representatividad. Volvemos a contemplar la Casa Histórica donde se juró la independencia, como símbolo que nos invita a ser más que habitantes y a constituirnos en ciudadanos comprometidos con la construcción del bien común, capaces de integrarnos como único pueblo.

16. Hace ocho años los Obispos decíamos: “Aunque a veces lo perdamos de vista, la calidad de vida de las personas está fuertemente vinculada a la salud de las instituciones de la Constitución, cuyo deficiente funcionamiento produce un alto costo social”¹⁶. Para que la democracia sea efectiva y real, debe darse no solo a nivel político, sino también a nivel social y económico, asegurando la protección de la dignidad de la persona humana. Sabemos “que no hay democracia estable sin una sana economía y una justa distribución de los bienes, aunque entre todos debemos seguir trabajando a fin de hacerla realidad y que no quede solo en una consigna o en un plano teórico o meramente emotivo”¹⁷.

17. Nuestra democracia ha sido catalogada como democracia joven o en transición, como varias de Latinoamérica. Sin embargo, creemos que la democracia es el sistema político más coherente con la dignidad de la persona humana y se sustenta en la realidad de ser pueblo.

Democracia y política

18. Debemos recrear la política y el ejercicio del poder en clave de servicio para que nuestra democracia, basada siempre en la soberanía popular y en la división de poderes, sea auténtica y representativa de los intereses del pueblo. El poder siempre es servicio, de lo contrario, se corrompe.

19. Reconocemos una crisis de representatividad en la clase política, unida al fenómeno creciente de la corrupción y a la subordinación de la política a la economía. Esto genera un fenómeno de descreimiento y desinterés por la política, que termina siendo negativamente percibida por la sociedad. La política es una actividad noble que busca ante todo el bien común. Por tal motivo, hay que insistir en la valoración de los partidos políticos como escuelas de civismo y formación de líderes, en la educación para los verdaderos valores de la democracia como servicio al bien común, en la recuperación

16 Conferencia Episcopal Argentina, “Hacia un Bicentenario en justicia y solidaridad”, noviembre de 2008, 35.

17 *Ibíd.*, 4.

de la ética social, la legalidad y la moral pública, para que el sistema democrático pueda defenderse de los males que hoy la desprestigian.

20. Hay políticos, así como dirigentes religiosos, que se preguntan por qué el pueblo no los comprende y no los acompaña en sus propuestas. Posiblemente sea porque se instalaron en el reino de la pura idea y redujeron la política o la fe a la retórica, o porque olvidaron la sencillez e importaron desde fuera una racionalidad ajena a la gente¹⁸.

Democracia: ¿pueblo o multitud?

21. Muchos consideran inexistente la categoría de pueblo y tienen un prejuicio con todo lo que sea cultura popular y con otras formas directas de participación ciudadana. Una democracia sana supone la participación de todo el pueblo: la inclusión, la corresponsabilidad y la organización, que no se agotan en los partidos políticos, sino que se abren a distintas formas y expresiones que buscan respuesta a necesidades e inquietudes de la sociedad. Nos puede ayudar la distinción entre pueblo y multitud para no excluir de la democracia estas formas de participación en la construcción social, política y cultural.

22. Cada uno entre la multitud lleva escondido el propio misterio, muchas dificultades o miserias y los proyectos más insólitos. En ella la persona queda borrada, su verdadera identidad se oculta. La masa o multitud es el refugio secreto donde cada uno puede disimular, esconder lo que lleva dentro, lo mejor y lo peor. La enfermedad de la multitud es el desconocimiento. Con frecuencia nos sentimos parte de esa multitud anónima e indiferente.

23. Convertirse en pueblo, ser parte de una cultura común, significa lo contrario. Es compartir valores y proyectos que conforman un ideal de vida y convivencia. Es exponerse, descubrirse, comunicarse y encontrarse. Significa también dejar circular la vida, la simpatía, la ternura y el calor humano.

24. En el devenir histórico, cuando la multitud se convierte en pueblo, cada uno se vuelve importante. Jesús envía a los discípulos a descubrir rostros, predicar a personas, llevar el Evangelio a cada uno, curar las enfermedades y dolencias más rebeldes como la pasividad, la resignación, el aislamiento, la indiferencia, el desinterés, la mediocridad, la falta de perdón.

18 Cf. Francisco. *Evangelii Gaudium*, 232.

A los apóstoles se les encarga ayudar a que cada uno se sienta persona, a llamar a cada uno por su nombre, a darle el verdadero sentido del proyecto divino que interroga en primera persona y propone un camino personal. En este sentido nos ilumina la reflexión de Francisco: “El todo es más que la parte y también es más que la mera suma de ellas [...] Siempre hay que ampliar la mirada para reconocer un bien mayor que nos beneficiará a todos [...] Una persona que conserva su peculiaridad y no esconde su identidad, cuando integra cordialmente una comunidad, no se anula sino que recibe siempre nuevos estímulos para su propio desarrollo”¹⁹.

25. La vivencia concreta de la cultura popular, con su religiosidad, impide la manipulación ideológica del camino del pueblo, que no es sectario pues está abierto a la inclusión de todos. Si bien tiene un fuerte sentido de la justicia no entra en divisiones y enfrentamientos estériles: “Allí entran los pobres con su cultura, sus proyectos y sus propias potencialidades. Aun las personas que pueden ser cuestionadas por sus errores tienen algo que aportar que no debe perderse [...] Es la totalidad de las personas en una sociedad que busca un bien común que verdaderamente incorpora a todos”²⁰.

Democracia: inclusión e integración de todos

26. No hay plena democracia sin inclusión e integración. Esta es una responsabilidad de todos, en especial de los dirigentes. El Papa Francisco nos lo recuerda, diciendo: “Quien tiene los medios para vivir una vida digna, en lugar de preocuparse por sus privilegios, debe tratar de ayudar a los más pobres para que puedan acceder también a una condición de vida acorde con la dignidad humana, mediante el desarrollo de su potencial humano, cultural, económico y social”²¹.

27. Hoy pueden verse otras formas de organización social con mucho dinamismo y que abren a la esperanza: asociaciones vecinales, entidades sin fines de lucro, las ONG, redes comunitarias, movimientos sociales como agrupaciones de trabajadores informales o excluidos del sistema, organizaciones periféricas de autogestión que nacen del mismo pueblo, llamadas todas ellas a contribuir a la amistad social.

¹⁹ *Ibidem*, 235.

²⁰ *Ibidem*, 236.

²¹ Francisco. “Encuentro con la Clase Dirigente y con el Cuerpo Diplomático”. Bangui, 29 de noviembre de 2015.

28. Construir una vida democrática de inclusión e integración requiere el compromiso de todos. Llorar por la miseria de los demás significa compartir sus sufrimientos, y sobre todo, tomar conciencia de que nuestras propias acciones son causa de injusticia y desigualdad: “Abramos nuestros ojos para mirar las miserias del mundo, las heridas de tantos hermanos y hermanas privados de la dignidad, y sintámonos provocados a escuchar su grito de auxilio”²².

29. También nos alegra constatar el fenómeno creciente del voluntariado a nivel nacional que se multiplica en diversas formas de ayuda social a los más empobrecidos²³. Muchos de estos son subsidiados por el Estado, el cual no puede desatender su tarea de asistir a los más carenciados, excluidos de hecho y sin oportunidad de integrarse.

30. La integración hace a la persona protagonista desde su propia dignidad e implica el derecho al trabajo, la propiedad de la tierra y un techo habitable²⁴. Esto está muy lejos de un protagonismo economicista devastador, que impone sin ninguna ética su dominio absoluto.

31. Lo financiero puesto en contra de la economía real y la “tecnologización” de las economías globales y nacionales han producido cambios de gran envergadura en el campo del trabajo. Estos son particularmente negativos cuando se traducen en menos oportunidades para un empleo satisfactorio y digno, una reducción de la seguridad social, y un inquietante aumento de desigualdad y pobreza en diferentes países.

32. Hay una clara necesidad de crear nuevas formas de actividad empresarial que, mientras fomentan el desarrollo de tecnologías avanzadas, sean también capaces de utilizarlas para crear trabajo digno para todos, sostener y consolidar los derechos sociales y proteger el medio ambiente. Es el ser humano quien debe guiar el desarrollo tecnológico, sin dejarse dominar por él. También es de destacar el rol de los sindicatos en la medida

22 Francisco. “Mensaje al Presidente Ejecutivo del Foro Económico Mundial, con motivo de su reunión anual en Davos (Suiza)”, 31 de diciembre de 2015.

23 Dentro del voluntariado resaltamos el compromiso de los jóvenes a través de la participación en grupos misioneros. Al mismo tiempo que contribuyen a la promoción de numerosas comunidades, crecen en su conciencia solidaria.

24 Cf. Francisco. “Discurso a los participantes en el encuentro mundial de movimientos populares”, Aula Vieja del Sínodo, 28 de octubre de 2014; “Mensaje en el encuentro con los movimientos populares”, Santa Cruz, Bolivia, 9 de julio de 2015; “Discurso en la 70ª Asamblea General de las Naciones Unidas”, Nueva York, 25 de septiembre de 2015.

en que promueven la solidaridad de los trabajadores y la defensa de sus derechos laborales.

Hacia un necesario federalismo

33. La Argentina del Bicentenario pide una mirada que alcance a las distintas realidades que la habitan y componen. El bien común de la patria amada, de todos y cada uno de los argentinos, nos exige conocer las necesidades concretas y postergadas de las distintas regiones de nuestro país.

34. Regiones del interior que se caracterizaban por industrias locales fuertes y un rico intercambio comercial en tiempos de la colonia y los primeros años de historia independiente, se vieron más tarde reducidas a eslabones débiles de una cadena que confluía en el puerto, frecuentemente dependiente de comportamientos centralistas.

35. Hoy resulta necesario desarrollar las economías regionales como expresión de un verdadero federalismo, respetando las etnias y culturas, con una real dimensión política. Para ello sería muy positivo favorecer acuerdos interprovinciales en vistas a alentar los intercambios directos y ampliar las posibilidades de comunicación de las provincias entre sí y con los países vecinos de la región.

Recrear la conciencia del bien común

36. La democracia alcanza su pleno desarrollo cuando todos asumen el bien común como intención primera de su obrar. El bien común es un deber de todos los miembros de la sociedad. Ninguno está exento de colaborar, según las propias capacidades, en su realización y desarrollo.

37. El bien común exige dejar de lado actitudes que ponen en primer lugar las ventajas que cada uno puede obtener, porque impulsa a la búsqueda constante del bien de los demás como si fuese el bien propio. Todos tienen derecho a gozar de condiciones equitativas de vida social.

38. De aquí surge que la responsabilidad de edificar el bien común compete, en primer lugar, al Estado, porque es la razón de ser de la autoridad política: “El Estado, en efecto, debe garantizar cohesión, unidad y organización a la sociedad civil de la que es expresión, de modo que se pueda lograr el bien común con la contribución de todos los ciudadanos. La persona

concreta, la familia, los cuerpos intermedios, no están en condiciones de alcanzar por sí mismos su pleno desarrollo; de ahí deriva la necesidad de las instituciones políticas, cuya finalidad es hacer accesibles a las personas los bienes necesarios –materiales, culturales, morales, espirituales– para gozar de una vida auténticamente humana. El fin de la vida social es el bien común históricamente realizable. Para asegurar el bien común, el gobierno de cada país tiene el deber específico de armonizar con justicia los diversos intereses sectoriales”²⁵.

39. Las acciones que exige la construcción del bien común son, ante todo, el compromiso por la paz, la correcta organización de los poderes del Estado, un sólido ordenamiento jurídico, la salvaguardia del ambiente, la prestación de los servicios esenciales para las personas, algunos de los cuales son, al mismo tiempo, derechos del hombre: alimentación, habitación, trabajo, educación y acceso a la cultura, transporte, salud, libre circulación de las informaciones y tutela de la libertad religiosa²⁶.

Casa común, familia y bien social

40. Más allá de las diversas circunstancias y expresiones de modelos familiares, lo que sigue sosteniendo la sociedad y consolidando la Nación son los rostros concretos de tantas familias que en la amplia extensión de nuestro país luchan día a día con su esfuerzo, ganándose el pan honestamente, sosteniendo los valores culturales y la transmisión de la fe.

41. El varón y la mujer, unidos en matrimonio, como base natural de la familia, serán capaces de descubrir, junto con la comunidad cristiana, nuevos gestos y lenguajes, formas de comprensión y de identidad, en el camino de cuidado del frágil misterio de la vida. La presencia de ancianos en la familia o la relación cercana con ellos, ayuda a preservar el vínculo entre las generaciones para la transmisión de la fe y los valores fundamentales de la vida y expresa la actitud de cuidar a los más débiles. Esto será siempre oportunidad para crecer en el amor, en la ayuda mutua y la unidad.

42. Hay que tener en cuenta también que muchas familias viven con dificultades. La falta de perdón, la inmadurez y el hedonismo, que impiden tantas veces hacerse cargo del rol de ser “papá o mamá”, provocan dificul-

²⁵ Compendio de Doctrina Social de La Iglesia (CDSI), N° 168 y 169.

²⁶ Cf. CDSI, N° 166.

tades en la relación y experiencias de aislamiento. Especialmente hay que acompañar a las familias que viven en la pobreza. La inclusión social implica particularmente la integración de las más carenciadas.

43. Encontramos también necesidad de cercanía y cuidado a las familias heridas por divisiones, desintegración, consecuencias de adicciones en alguno de sus miembros –alcohol, droga, juego, etc.–, madres solas que sostienen el hogar, abuelas que crían y educan a sus nietos, niños “huérfanos” con padres vivos que no se ocupan de ellos, los migrantes que dejan su hogar y su cultura por mejores posibilidades. Al mismo tiempo, las tensiones inducidas por una cultura individualista generan dentro de la dinámica de las familias, la intolerancia y la agresión²⁷.

44. Hay que reconocer que a pesar de tantas dificultades, numerosas familias pobres llevan una vida digna confiando en Dios y en la Virgen, tal como lo comprobamos a menudo en nuestros barrios periféricos y comunidades rurales. Admiramos muchas veces su sentido religioso, su confianza en la providencia, su paciencia, su solidaridad.

45. Es bueno recordar que la familia es la comunidad natural en donde se experimenta la sociabilidad humana y contribuye en modo único al bien de la sociedad. Todo modelo social que busque el bien de la persona no puede prescindir de la centralidad y de la responsabilidad social de la familia. Por eso es necesaria una legislación adecuada que fortalezca los lazos familiares y logre así el pleno desarrollo de todos sus miembros.

46. La familia argentina agradece, una vez más, la providencial Declaración de la Independencia de 1816. Y al abrir las célebres páginas de nuestros orígenes como Nación, descubrimos que fueron escritas con los más nobles y generosos sentimientos: en las palabras y gestos de grandeza de los congresales hallamos un acervo moral que nos contagia un renovado entusiasmo para activar todos los recursos del Estado de Derecho y sus poderes constitucionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), los que mancomunados nos permitan imaginar un futuro libre e independiente de cualquier esclavitud, para ofrecer a las generaciones jóvenes que nos sucederán el mismo legado que hemos recibido.

27 Cf. Sínodo de los Obispos, “Relación final del Sínodo de los Obispos al Santo Padre Francisco”, octubre de 2015, 8 y 9.

Capítulo III

Algunos males de la casa común

47. Todo lo que afecta a los valores sociales y a la vida íntegra de cada argentino es un atentado contra la casa común: el principal de nuestros males es el desencuentro que no nos deja reconocernos como hermanos, a lo que le sigue la corrupción generalizada, la plaga del narcotráfico y el descuido del medio ambiente. Estos son algunos ejemplos que muestran que la gran familia de los argentinos está en riesgo y que la casa que compartimos puede resquebrajarse.

La corrupción

48. Un gran flagelo en contra de la construcción del bien común es el de la corrupción, en los ámbitos privados y públicos. La corrupción no es solo un problema personal que atañe al corrupto, sino que alcanza al conjunto de la sociedad, ya que algunos bienes que deben estar puestos al servicio de todos, terminan ilegítimamente sujetos a la voluntad y goce de unos pocos. En consecuencia, se desvirtúa el valor del bien común debido a un comportamiento moral de alcance social que desgasta en el pueblo la confianza en las instituciones de la democracia. En este campo es fundamental que el Poder Judicial se mantenga independiente de las presiones de cualquier poder y se sujete solo al imperio de la verdad y la justicia.

49. El Papa Francisco lo dice claramente al invitarnos a vivir el Año de la Misericordia con actitud de conversión: “La misma llamada (a la conversión) llegue también a todas las personas promotoras o cómplices de corrupción. Esta llaga putrefacta de la sociedad es un grave pecado que grita hacia el cielo pues mina desde sus fundamentos la vida personal y social. La corrupción impide mirar el futuro con esperanza porque con su prepotencia y avidez destruye los proyectos de los débiles y oprime a los más pobres. Es un mal que se anida en gestos cotidianos para expandirse luego en escándalos públicos”²⁸.

El narcotráfico

50. Hace una década, los Obispos argentinos manifestamos nuestra conmoción por “los rostros sufrientes de quienes están atrapados y condena-

²⁸ Francisco. *Misericordiae vultus*, N° 19.

dos por una de las calamidades más grandes de estos últimos tiempos, como es el consumo y las adicciones a la droga”²⁹.

51. Hoy nadie duda de que el narconegocio está ampliamente instalado en la Argentina. No es una sensación, y mientras se discute si el país entero es una ruta de paso, de consumo o si ya tenemos producción en el país, lo cierto y tristemente comprobable es que un silencioso y perverso mal social se extiende con progreso geométrico y sigue matando y destruyendo familias a su paso. Negar la realidad de esta miseria humana que aspira a corromperlo todo nos puede llevar a una inacción que favorecerá el avance de esta sombra luctuosa sobre nuestra geografía.

52. El ciudadano común sigue diciendo: “[...] que a esta situación de desborde se ha llegado con la complicidad y la corrupción de algunos dirigentes. La sociedad a menudo sospecha que miembros de fuerzas de seguridad, funcionarios de la justicia y políticos colaboran con los grupos mafiosos. Esta realidad debilita la confianza y desanima las expectativas de cambio. Pero también es funcional y cómplice quien pudiendo hacer algo se desentendiende, se lava las manos y ‘mira para otro lado’”³⁰.

53. En un cuerpo social debilitado en sus instituciones, la organización narco se hace endémica y tiende a corromperlo todo. No obstante, por más que quieran lavar su imagen con dádivas a los carenciados, sus dineros están manchados con la sangre de sus víctimas. Los códigos mafiosos, basados en la violencia y fortalecidos con riquezas mal habidas, contrastan con la firme voluntad de vivir en un Estado de Derecho. Por eso hemos afirmado que “el narcotráfico está en contradicción con la naturaleza del Estado. Si el primero busca el beneficio de algunos pocos, el segundo debe velar por la justicia para todos. Instalando su propia ley, el narcotráfico va carcomiendo el Estado de Derecho. Progresivamente los conflictos van abandonando la legislación y los tribunales, para resolverse con la ley de la fuerza y la violencia”³¹.

54. Con los padres que padecen semejante dolor, decimos: no queremos lamentarnos más de perder generaciones de jóvenes, adolescentes y no po-

29 Conferencia Episcopal Argentina, “La droga, sinónimo de muerte”, 9 de noviembre de 2007.

30 Conferencia Episcopal Argentina, “El drama de la droga y el narcotráfico”, 7 de noviembre de 2013, 5.

31 Conferencia Episcopal Argentina, “No al narcotráfico, sí a la vida plena”, 13 de noviembre de 2015, 8.

cos niños —edades muy vulnerables ante la oferta inescrupulosa e ilegal de estupefacientes—, que atrapados por las adicciones abandonaron vínculos familiares y amigos, estudios, trabajos, y muchas veces con grave compromiso para su salud, cuando no la temprana pérdida de sus vidas. Lo grave es que no podemos hablar de hechos pasados, porque hoy siguen matando con una crueldad creciente.

55. Insistimos en decir que “la Argentina está corriendo el riesgo de pasar a una situación de difícil retorno. Si la dirigencia política y social no toma medidas urgentes costará mucho tiempo y mucha sangre erradicar estas mafias que han ido ganando cada vez más espacio. Es cierto que el desafío es enorme y el poder de corrupción y extorsión de los grupos criminales es grande. Pero no es verdad que ‘nada se puede hacer’”³². La esperanza cristiana nos enseña que todo es rescatable y estamos invitados a participar.

56. No nos compete sugerir estrategias para contrarrestar esa fuerza oculta y perversa, porque “perseguir el delito es tarea exclusiva e irrenunciable del Estado”³³. Sí nos mueve acompañar a las familias heridas por la droga y “alentar en la esperanza a todos los que buscan una respuesta sin bajar los brazos”³⁴. Nos une la convicción de que “es perverso vivir del sufrimiento y de la destrucción del prójimo”³⁵.

57. Las familias de las víctimas, el apoyo económico de la SEDRONAR³⁶, la sociedad civil y organizaciones privadas, diversas instituciones católicas sumadas a las iniciativas de otras iglesias cristianas³⁷ y comunidades religiosas se han organizado para asistir a los caídos, formando, desde hace décadas, una enorme red solidaria para la recuperación de las personas que sufren la esclavitud de las drogas. Pero sin la intervención del Estado, sus esfuerzos corren el riesgo del desaliento y la indefensión ante el avance y la dañina acción de las drogas en todo el territorio argentino. No es solo un reclamo, pues los poderes del Estado tienen que saber que son muchísimos los hombres y las mujeres que están dispuestos a acompañar

32 *Ibídem*, 6.

33 Conferencia Episcopal Argentina, “El drama de la droga y el narcotráfico”, 7 de noviembre de 2013, 7.

34 *Ibídem*, 10.

35 *Ibídem*, 11.

36 Secretaría de programación para la prevención de la drogadicción y la lucha contra el narcotráfico.

37 Cf. Conferencia Episcopal Argentina, “El drama de la droga y el narcotráfico”, 7 de noviembre de 2013, 10.

las iniciativas del gobierno, legisladores y jueces, para dar una contundente respuesta al drama nacional del narcotráfico. Además, hay que considerar que estas organizaciones criminales frecuentemente se dedican también a la trata de personas para la explotación laboral y sexual, y al tráfico de armas.

El descuido de la casa común

58. Cuando hablamos de medio ambiente entendemos “una relación, la que existe entre la naturaleza y la sociedad que la habita. Esto nos impide entender la naturaleza como algo separado de nosotros o como un mero marco de nuestra vida. Estamos incluidos en ella, somos parte de ella y estamos interpenetrados”³⁸.

59. La “ecología humana” es una llamada común a respetar y cuidar la vida del ser humano y su hábitat, nuestro medio ambiente, pues Dios crea el mundo para el ser humano, pero no lo nombra su dueño, sino custodio respetuoso del bien de la creación. Siendo la tierra don de Dios para nosotros, es la humanidad en su conjunto la que debe sentirse responsable de la creación. Por el contrario, quienes se apropian de ella desplazando a otros olvidan que es un bien compartido.

60. Los argentinos también necesitamos una verdadera conversión ecológica que empieza en cada familia. En ella “se cultivan los primeros hábitos de amor y cuidado de la vida, tales como el uso adecuado de las cosas, el orden y la limpieza, el respeto por el ecosistema local y la protección de todas las criaturas. La familia es el lugar de formación integral, en la que se desarrollan los diferentes aspectos, íntimamente relacionados entre sí, de la madurez personal”³⁹.

61. La celebración del Bicentenario nos compromete con las generaciones futuras y el cuidado de la casa común⁴⁰. En nuestro país abundan los descuidos con respecto al medio ambiente. Es necesario, por ello, crear una “agenda ecológica”. Hay que ser rigurosos con la adopción de medidas que fortalezcan la utilización responsable de los recursos naturales a partir de la licencia social, es decir, la aceptación de las poblaciones que podrían verse

38 Francisco. *Laudato Si'*, 139.

39 *Ibíd*em, 5, 155 y 213.

40 Benedicto XVI, “Mensaje para la celebración de la XLIII Jornada Mundial de la Paz”, 1º de enero de 2010, 8.

afectadas por emprendimientos agroindustriales, mineros y extracción de hidrocarburos.

62. Resulta indispensable un cambio de mentalidad efectivo, que lleve a todos los argentinos a adoptar nuevos estilos de vida, en los cuales la búsqueda de la verdad, de la belleza y del bien, así como el trabajo conjunto para un desarrollo común, sean los elementos que determinen las opciones del consumo y de las inversiones. Todos somos responsables de la protección y el cuidado de la creación⁴¹, especialmente en el territorio que habitamos, bendecido por la riqueza y variedad de su geografía, la belleza de sus paisajes y la fecundidad de su tierra.

Capítulo IV

Independencia y educación

63. La casa común que formamos todos los argentinos, simbolizada en la Casa Histórica de Tucumán, no se cuida y se construye solo preservando el bienestar material de los ciudadanos, sino desarrollando un proceso educativo que, además de ofrecer información y capacitación, forme a los argentinos en valores, los haga capaces de reconocer sus fragilidades y desarrolle en cada uno las virtudes cívicas que conforman una red de compromisos estables.

Independientes, libres y en comunión

64. Nos encontramos con una situación paradójica: para ser independientes, libres, debemos depender. En sentido personal, el comenzar a existir es comenzar desde los otros, desde aquellos que nos generan, nos aman y ayudan a crecer: nuestros padres. Ellos son los instrumentos privilegiados de un Amor Infinito y creador que está en el origen y en el hoy del propio ser personal. Este nexo con Dios nos hace singulares y únicos, y por eso libres. Es fuente del deseo que impulsa al “yo” de cada uno hacia el “otro”, y hacia el mundo entero, abriéndonos a los diversos e imprevisibles encuentros con personas y circunstancias.

65. En sentido histórico-cultural, la independencia y la libertad se generan en la pertenencia a la familia en la que nacemos y su dramática his-

41 Cf. ibídem, 11. También: Francisco. *Laudato Si'*, 5, 23, 164, 206.

toria de amor. Porque se pertenece se es alguien, se tiene una identidad delante de sí y de los demás, y se vive la libertad como responsabilidad.

66. No obstante la familia forma parte de una historia más amplia, la historia de los pueblos. Somos una Nación independiente, donde queremos vivir juntos para vivir bien. Como su nombre lo dice, es un lugar de continuo nacimiento, que incluye el mestizaje étnico cultural. Los hombres y sus naciones crecen porque peregrinan atravesados por el deseo de infinito que abre a lo universal, a todo lo bello, bueno y verdadero que se encuentre en el camino.

67. Educar en el sentido de la independencia y de la libertad, tanto a nivel personal, familiar y nacional, es educar en la experiencia de la dependencia de Aquel que nos hace existir, y hace de nosotros sujetos racionales y libres, capaces de iniciativas responsables con y para los otros.

Educación y trascendencia

68. La educación es el gran desafío que todos tenemos delante como Nación. Por algo se habla de una “emergencia educativa”. Para superar esta emergencia no es suficiente la apelación a valores éticos o a las reglas de disciplina. Es fundamental una educación que sea verdadera, es decir, que abra la mente y el corazón a la trascendencia de Dios, Padre y Creador de todo. Una educación abierta al Misterio es capaz de afrontar las preguntas más profundas del ser humano, aquellas que hacen referencia a lo definitivo, a lo último. Y esto porque el ser humano tiene hambre y sed de verdad, y solo en la verdad plena puede ser auténticamente libre⁴². De ahí que “la crisis más grande de la educación, desde la perspectiva cristiana, es la clausura a la trascendencia”⁴³ fruto de un neopositivismo que tiende a dominar en todos los países; esto conlleva a una devaluación de las dimensiones propias de lo humano, una percepción empobrecida de sí mismo, un uso reducido de la razón, del afecto, de la libertad, una censura de la magnitud del deseo. La forma de vivir las circunstancias cotidianas y la manera de entablar las relaciones con los semejantes dejan de tener las dimensiones de eternidad e infinitud para diluirse irremediabilmente en una multitud de instantes fugaces que solo ostentan el sello de lo efímero.

42 Cf. Comisión Episcopal de Educación Católica. “Educación y proyecto de vida”, 13 y sigs. y 54.

43 Cf. Francisco. “Palabras en la clausura del Congreso Mundial de Educación Católica”. Vaticano, 26 de noviembre de 2015.

69. El objetivo de una educación conforme a la medida del ser humano es introducir a los jóvenes en la realidad según todas sus dimensiones, proponiendo un sentido. “Ir a la escuela significa abrir la mente y el corazón a la realidad, en la riqueza de sus aspectos, de sus dimensiones. Y nosotros no tenemos derecho a tener miedo de la realidad. La escuela nos enseña a comprender la realidad ¡Y esto es bellissimo!”⁴⁴. No bastan nociones, no basta cúmulo de informaciones, es necesario descubrir el sentido último de la realidad toda.

El educador

70. Para esto es necesario ofrecer una síntesis vital de la propia tradición cultural. Ello solo acontece por medio de un “testigo”. La tradición ha de encarnarla el adulto, para poder ofrecerla a los niños y jóvenes de modo convincente, con la propia vida y palabra. Se trata de un adulto que ha recibido y hecho suya la propia tradición histórica desde su origen esencial; y la ha hecho suya porque la ha comparado con las exigencias originales del corazón: con la exigencia de verdad, de belleza, de justicia, de amor, de felicidad. Es esta dimensión del testimonio lo que hace del adulto un verdadero maestro, un verdadero educador: “El testigo con su ejemplo nos desafía, nos reanima, nos acompaña, nos deja caminar, equivocarnos y también repetir los errores, a fin de que crezcamos”⁴⁵. Un educador que toma en serio su vida se convierte en un referente para los jóvenes, en una verdadera autoridad que les ayuda a crecer y a vivir con esperanza porque hay un destino, hay un horizonte hacia el cual caminar.

71. Los niños y jóvenes, ante todo, necesitan “la cercanía y la confianza que nacen del amor: todo verdadero educador sabe que para educar debe dar algo de sí mismo y que solamente así puede ayudar a sus alumnos a superar los egoísmos y capacitarlos para un amor auténtico”⁴⁶. La tarea educativa reclama el amor como fundamento para que la propuesta a comunicar sea recibida, y despierte el interés y el deseo de aprender. La educación es una gran misericordia, es un continuo abrazo al otro, incluso antes de que cambie. El inicio de la educación es acoger, abrazar y perdonar, afirmar el valor de los hijos, de los alumnos, antes de cualquier cosa, antes de las notas, antes de la buena conducta, antes de cualquier expectativa. Educar es hacer que los otros formen parte de la propia vida.

⁴⁴ Francisco, “Encuentro con el mundo de la escuela italiana”, 10 de mayo de 2014.

⁴⁵ Bergoglio, J. (2014). *La Bellezza educherà il mondo*. Bologna. EMI, 23.

⁴⁶ Benedicto XVI, “Carta a la diócesis de Roma sobre la emergencia educativa”, mayo de 2008.

Una educación que acepte el riesgo de la libertad

72. La educación es ofrecida a la libertad de los hijos, a la libertad de los alumnos, porque es un encuentro de libertades, con todos los riesgos que esto implica: “Un educador que no sabe arriesgar no sirve para educar. Un papá y una mamá que no saben arriesgar no educan bien al hijo. Arriesgar en modo razonable. ¿Qué significa esto? Enseñar a caminar [...] Educar es esto”⁴⁷. El hijo, el alumno, progresivamente han de verificar, poniendo en juego su libertad, la correspondencia de la propuesta educativa de la tradición con las exigencias de su corazón. Y esto únicamente puede hacerse por la libre iniciativa de la persona. Solo haciendo experiencia de la propuesta educativa se adquiere una convicción, se descubre la conexión vital de lo que se ha recibido con las situaciones de la vida de todos los días. Es necesario que el educando madure en una comparación continua con las demás posturas o visiones de la realidad.

73. Hay que tener en cuenta que el compromiso, la búsqueda del bien de los demás, la capacidad de grandes sacrificios solo se logran si se les ofrece a los alumnos algo grande por lo cual vivir, pues sólo lo totalizante anima la energía humana para afrontar el arduo trabajo de cada día.

74. A partir de un gran ideal se pueden plantear algunos acentos fundamentales para la educación hoy:

- Una educación humanista, que tenga en cuenta los grandes filósofos y clásicos de la literatura universal y que abarque también en los autores nacionales y latinoamericanos.
- Una educación para forjar una cultura del trabajo, que forme en la laboriosidad y en la perseverancia.
- Una educación para las virtudes cívicas propias del ciudadano, cualquiera sea su posición en la sociedad. Destacamos la virtud de la prudencia, propia del padre de familia y del gobernante, que se caracteriza por la sabiduría práctica, y que está acompañada por el sentido de la justicia, la solidaridad, el coraje, la sobriedad. Estos valores son base del auténtico civismo, del celo por las instituciones de la república y por los intereses de la patria.

⁴⁷ Francisco, “Palabras en la clausura del Congreso Mundial de Educación Católica”. Roma, 21 de noviembre de 2015.

75. En la tradición educativa argentina ha jugado un papel fundamental la educación pública de gestión estatal, ofreciendo a millones de argentinos una educación de calidad⁴⁸, y es de esperar que lo sea cada vez más. Deseamos el fortalecimiento de dicha enseñanza y su recuperación en todos los niveles, de modo que se asegure que todos accedan y permanezcan en el sistema educativo con igualdad de oportunidades hasta alcanzar los niveles superiores. Desde la Iglesia ofrecemos nuestro acervo educativo como aporte al bien común de nuestra patria.

La propuesta educativa cristiana

76. La tradición en la cual hemos nacido los cristianos tiene su origen en el Evangelio de Jesucristo. Es esta tradición la que ofrecen nuestras familias a sus hijos, y la que ofrecemos en nuestros centros educativos. Lo hacemos con la certeza de que en el encuentro con Jesucristo se esclarece el misterio del ser humano, descubrimos quiénes somos, de dónde venimos y hacia dónde vamos. La propuesta cristiana tiene un núcleo, que no consiste en ideas o valores, sino que es una Persona: Jesucristo. La educación cristiana implica un maestro que “educa hacia un proyecto de ser humano en el que habite Jesucristo con el poder transformador de su vida nueva”⁴⁹. Jesucristo es la gran noticia, propuesta a los jóvenes, pues solo Él puede saciar el hambre de plenitud que hay en cada corazón humano.

77. La propuesta educativa cristiana, encarnada en testigos vivos, es el más genuino y precioso aporte que podemos dar para una sociedad nueva, para una patria verdaderamente libre. Pablo VI enseñaba: “El hombre contemporáneo escucha más a gusto a los testigos que a los maestros [...], o si escucha a los maestros es porque son testigos”⁵⁰. Se nos ha dado como herencia la vida cristiana, que la tenemos que hacer nuestra, cada día, para poder comunicarla a las nuevas generaciones. De esta misión no nos es lícito desertar.

Capítulo V

Casas de encuentro

78. Los cristianos celebramos el Bicentenario con todo el corazón. Porque para nosotros la Patria es un regalo de Dios, un don de su amor que es-

48 Cf. Comisión Episcopal de Educación Católica, “Educación y proyecto de vida”, 127. Importancia de las leyes educativas, especialmente la histórica Ley 1.420.

49 Cf. Asamblea General del Episcopado Latinoamericano, “Documento de Aparecida”, 332.

50 Pablo VI. *Evangelii Nuntiandi*, 41.

tamos llamados a cuidar y a desarrollar. La tierra donde nacimos es símbolo de los brazos de Dios que nos han acogido en este mundo, y el pueblo del que formamos parte es una trama que nos contiene, nos otorga una identidad y un sentido de pertenencia. Quisimos ver en la Casa Histórica de Tucumán una metáfora que recoge estos sentimientos.

79. No podíamos dejar de decir una palabra en esta celebración. Porque no podemos entender nuestra propia vocación de Pastores como algo que se reduce al interior de los templos o como una tarea privada. El Jesús que encontramos en el Evangelio nos convoca a una vida compartida, a un compromiso por el bien de todos, a un sentido comunitario y social, como ciudadanos de la única casa que es nuestra Patria. Esta casa común la construimos entre todos por medio del diálogo activo, que busque consensos y propicie la amistad social hacia una cultura del encuentro. Asumimos la enseñanza del Papa Francisco cuando dice que nuestra fe no debe relegarse “a la intimidad secreta de las personas, sin influencia alguna en la vida social y nacional, sin preocuparnos por la salud de las instituciones de la sociedad civil, sin opinar sobre los acontecimientos que afectan a los ciudadanos”⁵¹. Sabemos que nuestra palabra es una más dentro de un variado concierto de voces, y reconocemos que estamos llenos de miserias y de errores, pero como Pastores, no podemos renunciar a ofrecer humildemente nuestra reflexión.

80. Es providencial que en este año del Bicentenario dos hijos de nuestra tierra, la venerable María Antonia de la Paz y Figueroa (1730-1799) y el Beato José Gabriel del Rosario Brochero (1840-1914), serán proclamados por la Iglesia beata y santo, respectivamente.

81. Llamada cariñosamente Mama Antula por los más humildes, desde su juventud se formó en la espiritualidad de San Ignacio de Loyola. Cuando fueron expulsados los padres jesuitas, esta mujer fuerte y virtuosa no dudó en largarse a los caminos con el propósito de divulgar los ejercicios espirituales. Recorrió gran parte del territorio nacional, organizando incontables tandas de ejercitantes, hasta llegar a Buenos Aires. Por su parte, el Señor Cura Brochero, como respetuosamente lo llamaban sus feligreses, fue párroco por décadas de una humilde y postergada zona rural de Traslasierra en Córdoba. Con infatigable caridad pastoral, supo atender las necesidades espirituales y materiales de sus paisanos, logrando una original síntesis entre evangelización y promoción humana. Fue un sacerdote esclarecido

⁵¹ Francisco. *Evangelii gaudium*, 183.

por su celo misionero, su predicación evangélica y su vida pobre y entregada hasta el final de sus días.

82. Ambos fueron cercanos y magnánimos con los pobres, enfermos y presos; con gran sacrificio, recorrieron extensos y sinuosos caminos para hacer conocer a Jesús y su Evangelio. Los dos fueron misioneros y peregrinos, entusiastas catequistas de niños, jóvenes y adultos; conocían los beneficios espirituales de los santos ejercicios y no descansaron hasta levantar, cada uno, una generosa Casa⁵² para albergar a centenares de hombres y mujeres de las más diversas clases sociales, donde, en un clima de silencio, oración y penitencia, todos pudiesen reencontrarse con la gracia de la conversión y renovar su condición de bautizados. Junto a Santa Rosa de Lima, primera canonizada de América y Patrona Jurada de la Independencia Argentina⁵³, la beata santiagueña y el sacerdote cordobés forman parte de la comunión de los santos que nos ayudan en el camino de la vida. Muchos argentinos peregrinarán para visitarlos y, en los templos que los acogen, podrán sentirse como en su propia casa.

83. La metáfora de la casa común que acompañó estas reflexiones nos lleva a pensar también en los grandes Santuarios Marianos de todo el territorio nacional. Son lugares privilegiados del encuentro entre los hijos y la Virgen Madre, cuyas “paredes contienen muchas historias de conversión”⁵⁴. En esas casas de Dios, María atrae multitudes a la comunión con Jesús y el pueblo renueva su identidad con la Iglesia Católica. Vestida con los colores de la Patria Independiente, en su bello templo, Nuestra Señora de Luján recibe a todos los que la visitan sin hacer distinciones. Bajo su manto y cuidado confiamos el destino de nuestra Nación.

Los Obispos de la República Argentina
111° Asamblea Plenaria
Pilar, del 11 al 15 de abril de 2016

52 A la futura beata María Antonia de San José se le debe la Santa Casa de Ejercicios en la Ciudad de Buenos Aires y al Beato Cura Brochero, la Casa de Ejercicios Espirituales en la Villa cordobesa que lleva su nombre.

53 Ravignani, E. (1937). *Asambleas...* Ob. cit. T. I, 252.

54 “Documento de Aparecida”, 260.

MISERICORDIA Y JUSTICIA (A PARTIR DE LA BULA MISERICORDIAE VULTUS)¹

Siro M. A. De Martini²

1. Cuando en su tratado sobre la Clemencia, el filósofo romano, Séneca, trata el tema del perdón, escribe: “[...] el sabio [...] no perdona porque quien perdona omite algo que debió ser hecho”³. En otras palabras, quien perdona está omitiendo o dejando de lado la justicia. Mil doscientos años después, al tratar la cuestión de si la justicia compete a Dios, Santo Tomás de Aquino se ve en la necesidad de refutar el argumento de que “la misericordia es una relajación de la justicia”⁴. Y en mi experiencia menor y modesta he advertido muchas veces que la mención conjunta de los términos “justicia” y “misericordia”, o la idea de que la misericordia debe actuar en el campo de la justicia lleva a mucha gente a pensar que lo que se está sugiriendo es, por ejemplo, que los jueces no impongan penas a los delitos que deben juzgar o que las reduzcan. Es decir, se concibe a la misericordia y a la justicia como dos realidades opuestas y, de algún modo, incompatibles. Lo que conduciría a asignarles campos de acción distintos y distantes: la justicia reinaría en el mundo del Derecho y la misericordia en el de la moral social, fundamentalmente cristiana.

Esta difundida idea encierra, sin embargo, un inmenso error al cual, aunque sea con la brevedad que corresponde a la finalidad del texto, se refiere Francisco en la Bula *Misericordiae vultus*.

En efecto, como tienen ustedes presente porque aparece en la invitación a esta charla, en el N° 20 de la Bula, el Santo Padre escribe: “No será

1 Conferencia pronunciada el 22 de junio de 2016 en la Parroquia N. S. del Carmen de la Ciudad de Buenos Aires. He mantenido el tono propio de la expresión oral. Las notas han sido agregadas para su publicación.

2 Profesor Titular Ordinario (UCA).

3 Séneca. (1949). “De la Clemencia”, L. II, VII, 1. En *Cicerón y Séneca: Tratados morales*. Buenos Aires. W. M. Jackson Inc..

4 *ST I*, q. 21, a. 3, ad 2.

inútil en este contexto recordar la relación existente entre justicia y misericordia. No son dos momentos contrastantes entre sí, sino dos dimensiones de una única realidad que se desarrolla progresivamente hasta alcanzar su ápice en la plenitud del amor”. Y luego: “La justicia es un concepto fundamental para la sociedad civil cuando, normalmente, se hace referencia a un orden jurídico a través del cual se aplica la ley. Con la justicia se entiende también que a cada uno se debe dar lo que le es debido”.

En el N° 21, dice: “La misericordia no es contraria a la justicia sino que expresa el comportamiento de Dios hacia el pecador, ofreciéndole una ulterior posibilidad para examinarse, convertirse y creer [...] La justicia por sí misma no basta [...] Por esto Dios va más allá de la justicia con la misericordia y el perdón. Esto no significa restarle valor a la justicia o hacerla superflua, al contrario. Quien se equivoca deberá expiar la pena. Solo que este no es el fin, sino el inicio de la conversión, porque se experimenta la ternura del perdón. Dios no rechaza la justicia. Él la engloba y la supera en un evento superior donde se experimenta el amor que está a la base de una verdadera justicia”.

En estos textos que he seleccionado aparecen las siguientes importantes ideas:

- a) Justicia y misericordia no se oponen.
- b) Son dos dimensiones de una única realidad.
- c) La justicia, aún siendo un concepto fundamental para la sociedad civil, no basta, es insuficiente.
- d) La misericordia y el perdón van más allá de la justicia pero sin contradecirla.

En la exposición que haré a continuación desarrollaremos cada uno de estos puntos dentro del gran contexto de la misericordia de Dios y la misericordia del hombre.

2. Tradicionalmente se define la justicia como dar a cada uno lo suyo (o su derecho o lo que le es debido, como dice la Bula). Esto suyo de cada uno se determina a través de las diversas normas jurídicas (leyes, decretos, contratos, etc.).

Es decir, cuando hablamos de justicia hablamos de cosas que un hombre debe a otro hombre, o que los hombres deben a la sociedad, o que la sociedad debe a los hombres, según el orden jurídico vigente en cada país.

Imaginemos un mundo en el cual se cumpliera con todas las exigencias de esta justicia: se trataría de una situación en la cual los hombres pagamos nuestras deudas, cumplimos los contratos, pagamos sueldos justos, distri-

buimos con equidad lo recaudado a través de los impuestos, tenemos jueces que dictan sentencias justas.

Parece un mundo perfecto. Pero ¿lo es?

Si yo le debo a usted cien pesos y se los pago he realizado un acto de justicia. Le he dado exactamente lo suyo, lo que le debía, su derecho. Usted quizás esté pasando por una gran necesidad económica, o esté gravemente enfermo, o angustiado por la inminencia de la muerte, quizás se sienta terriblemente solo o tenga un familiar con un problema. Y otro tanto podría estar ocurriéndome a mí. Nada de esto importa desde la perspectiva de la justicia clásica. Basta con que yo dé lo que debo. Exactamente eso. Y ahí se agota nuestra relación en términos de justicia. Usted no es mi prójimo. Casi no es un hombre: es un acreedor.

Es cierto que cuando la relación consiste en distribuir cosas con justicia, nuestra mirada parece ir más allá de la cosa para detenerse en el hombre. Pero no es en el hombre como tal, sino sólo en aquellas de sus características que son relevantes para una justa distribución. Así, ahora podrá importarme su experiencia en un campo de acción, su título profesional, incluso el reconocimiento público de alguna virtud. Y nada más. Sólo lo necesario para compararlo con otros hombres en relación con una cosa específica. Usted es ahora un candidato a recibir algún bien común en su carácter de miembro de la comunidad.

Esta –que es, de algún modo, el cumplimiento de las normas jurídicas– es la justicia como la entendieron los griegos y luego los romanos. Y así ha formado parte de la gran tradición jurídica de Occidente. Tan imprescindible como limitada.

Es inevitable que entonces surja en nosotros otra pregunta: ¿qué le debe el hombre al hombre? ¿Sólo lo que indican la ley y los contratos?

La tradición hebrea y cristiana dio una respuesta a estos interrogantes a través de un sentido más amplio, mucho más abarcativo de justicia.

El profeta Isaías dice: “[...] aprended a hacer el bien, buscad lo justo, dad sus derechos al oprimido, haced justicia al huérfano, abogad por la viuda”⁵.

Luis Rivas escribe que “las prescripciones de la Ley con respecto a la atención de los pobres no quedan libradas a la buena voluntad de los individuos, sino que son actos de justicia que todos deben cumplir en razón de la misma Alianza. El concepto bíblico de justicia siempre incluye –e incluso destaca– la protección de los más débiles”⁶.

5 Is 1, 17.

6 Rivas, L. H. “Justicia y Amor. Fundamentos bíblicos”. Trabajo leído en la 18ª reunión del Comité Internacional de enlace entre Católicos y Judíos. Buenos Aires, 5/8 de julio de 2004, 6.

La palabra hebrea *sedaqa*, que nosotros traducimos por justicia, tiene en su raíz el amor divino manifestado por Dios en su Alianza con el pueblo elegido. Dios da un orden (político, moral, jurídico) a la comunidad de los hombres. Y la justicia es cumplimiento y fidelidad a ese orden.

Es decir que la justicia es, ante todo, la obediencia a la ley de Dios. Y como consecuencia, al cumplir la ley divina, la justicia consiste en dar a los hombres todo lo que estos necesiten. Es justicia proteger y cuidar del pobre y del débil, del huérfano y de la viuda, del necesitado en todas sus manifestaciones. Por supuesto que esta idea de la justicia abarca también lo que nosotros solemos llamar justicia⁷.

En el N° 20 Francisco escribe que es “necesario recordar que en la Sagrada Escritura la justicia es concebida esencialmente como un abandonarse confiado en la voluntad de Dios”. En efecto, hay que resaltar la íntima vinculación de justicia y salvación: la justicia de Dios es justificante, esto significa que ama a los pecadores y los justifica gratuitamente. Porque, en la medida en que Dios es amor y la justicia es una sola cosa con Dios, ésta debe ser comprendida a partir de su amor⁸.

Esta más amplia y más humana concepción de la justicia, mantenida por los grandes pensadores cristianos a lo largo de los siglos recibe, a mi juicio, dos aportes de enorme importancia de la pluma de Santo Tomás de Aquino.

Cuando en la *Suma Teológica* Santo Tomás trata de la justicia, en el tratado que lleva ese nombre, su exposición no se aparta de la concepción grecorromana que habíamos expuesto al principio. Pero en la *Suma contra Gentiles* escribe: “[...] lo que se requiere para la perfección de alguno le es debido”⁹. Y en el tratado de *Dios Uno*, en una frase asombrosa, dice que la misericordia es la plenitud de la justicia y, para ejemplificarlo, pone (nada menos) que el caso del perdón¹⁰.

Creo que ambas frases nos permiten avanzar en la comprensión del texto de Francisco que citamos al comienzo: justicia y misericordia son “dos dimensiones de una única realidad que se desarrolla progresivamente hasta alcanzar su ápice en la plenitud del amor”. La idea de que el hombre debe al hombre todo aquello que necesita para su perfección nos muestra que lo suyo de cada uno, aquello que a cada cual le es debido, no se agota en lo suyo jurídico, es decir, en lo determinado por la ley y los contratos. En rigor, nos permite comprender que hay otra fuente de lo suyo de cada uno y esta es la

7 He tratado con cierta extensión el significado de “sedaqa” en (2013). *Misericordia y Justicia*. Buenos Aires. EDUCA, 83-105.

8 Comité para el Jubileo del año 2000: “Dios, Padre Misericordioso”. BAC, 1998, 87-8.

9 *Suma contra Gentiles*, I, 93.

10 *ST I*, q. 21, a. 3, ad 2.

necesidad. Necesidad que tiene múltiples manifestaciones, muchas de las cuales deben ser resueltas por la justicia en su sentido más estricto y jurídico. Pero otras, por su misma naturaleza, quedan inevitablemente fuera de la justicia e integran lo debido bajo la forma de la misericordia. Estamos ante la pobreza en su sentido evangélico: pobreza material y pobreza espiritual. El perdón como necesidad y exigencia del amor, la ayuda a quienes tienen hambre o frío, a quienes padecen soledad, a quienes sufren los múltiples dolores y enfermedades que pueden afectar nuestros cuerpos y nuestras almas, a los abandonados por sus familias y por la sociedad. Trazar el límite, lleno de matices e imprecisiones, entre lo que el hombre debe al hombre con fundamento en la justicia o en la misericordia, es tarea ardua a la que no me voy a referir en esta ocasión.

La otra frase de Santo Tomás nos permite comenzar a comprender en qué sentido se trata de una única realidad formada por aquellas “dos dimensiones”. En efecto, la profundización de la idea de que la misericordia es la plenitud de la justicia nos muestra de qué modo esa única realidad “se desarrolla progresivamente hasta alcanzar su ápice en la plenitud del amor”.

De este modo, la pregunta por la justicia nos ha traído de la mano al gran tema de la misericordia.

3. *Misericordiae vultus*: el rostro de la misericordia. Con esta expresión de intensa belleza, Francisco nos ha convocado al jubileo extraordinario de la misericordia.

“Jesucristo es el rostro de la misericordia del Padre”. Esta frase comienza la convocación.

Son palabras que encierran un tesoro inagotable y, a la vez, una invitación irresistible. Se encuentra en ellas el gozo inefable de saberse infinitamente amado. Porque el amor de Dios, que es Dios mismo, “cuando es comunicado a una criatura, toma necesariamente la forma de un amor de misericordia”¹¹.

La misericordia de Dios Padre. Nada hay, me parece, que podamos desear, que podamos necesitar tanto, como este amor infinito de misericordia. Que cubre nuestras llagas y miserias, que nos regala cada bien que recibimos, que se encarna, por sobre todas las cosas, en la necesidad más profunda y universal que tenemos los seres humanos: la de ser perdonados.

El Santo Padre recuerda una antiquísima oración colecta: “Señor Dios, que manifiestas tu poder de una manera admirable sobre todo cuando perdonas y ejerces tu misericordia [...]”¹². En la misericordia –y en el perdón,

¹¹ Comité...cit., 99.

¹² Oración colecta rezada por la Iglesia Católica el Domingo XXVI del tiempo ordinario.

que es su manifestación privilegiada— se revela (sobre todo) la omnipotencia de Dios. Esa omnipotencia que creó el universo de la nada, esa omnipotencia que gobierna cada ser hacia su fin, es necesaria para perdonar mis pecados. Y Dios ha querido perdonarlos. Es mayor obra hacer de un pecador un justo que crear el cielo y la tierra, demostraron San Agustín y Santo Tomás¹³. Tal es la grandeza de la misericordia del Padre. Tal el horror abismal del pecado.

Jesucristo es el rostro de la misericordia del Padre.

En la encíclica *Dives in misericordia*, Juan Pablo II nos dice que “en Cristo y por Cristo, se hace también particularmente visible Dios en su misericordia, esto es, se pone de relieve el atributo de la divinidad, que ya el Antiguo Testamento, sirviéndose de diversos conceptos y términos, definió ‘misericordia’. Cristo confiere un significado definitivo a toda la tradición veterotestamentaria de la misericordia divina. No sólo habla de ella y la explica usando semejanzas y parábolas, sino que además, y ante todo, Él mismo la encarna y personifica. Él mismo es, en cierto sentido, la misericordia. Revelada en Cristo la verdad acerca de Dios como ‘Padre de las misericordias’, nos permite ‘verlo’ especialmente cercano al hombre, sobre todo cuando sufre, cuando está amenazado en el núcleo mismo de su existencia y de su dignidad”¹⁴.

Desde la anunciación hasta la locura de amor de la Cruz y la victoria de la Resurrección, todo el transcurrir de Dios en el mundo es obra de misericordia.

4. Pero permítanme, ya que me encuentro en una parroquia puesta bajo la advocación de la Santísima Virgen, continuar el desarrollo del tema al amparo de su corazón misericordioso.

“Dios te salve, Reina, y Madre de misericordia”, cantamos en la oración maravillosa del Salve Regina. Y así es como proclamamos continuamente uno de los títulos más extraordinarios de Nuestra Señora. En efecto, María es doblemente Madre de misericordia. Por una parte, porque es la madre de Nuestro Señor Jesucristo, que es la encarnación de la misericordia, el rostro de la misericordia del Padre. Por otra, porque participa de modo singular en la misericordia divina.

Una de las cosas que produce mayor asombro y gozo cuando se reflexiona sobre la misericordia es la constatación del íntimo vínculo que existe entre la maternidad y la misericordia.

En efecto, la palabra y el concepto de misericordia —entendido como perfección de Dios y altísima virtud humana— traduce diversas palabras

13 ST I-II, q. 113, a.9.

14 N° 2.

hebreas y griegas. Una de las formas en que se dice misericordia en hebreo –lengua en que se redactó el Antiguo Testamento– es *rahamim*, palabra que deriva de *reham*, que significa entrañas, seno materno¹⁵. A su vez, en griego –lengua en que está redactado el Nuevo Testamento– la palabra *splajna*¹⁶, que suele traducirse por compasión y que marca siempre el comienzo de la obra misericordiosa, tiene el mismo significado de regazo, matriz, seno materno.

Es decir, que misericordia alude inmediatamente al lugar en que se genera la vida, en el que se establece –por primera vez y para siempre– la relación profunda y permanente entre madre e hijo. Esa relación de amor, misteriosa y única, que no tiene igual en la naturaleza. Ese amor, que por provenir de las entrañas, de lo más íntimo del ser, llamamos precisamente “amor entrañable”.

Es notable el hecho de que cuando Dios quiere revelarnos cómo es el amor que tiene por nosotros lo llame con una palabra que significa entraña materna. Esto es, que para darnos a entender cuánto nos ama y de qué modo nos ama, dice que nos ama como una madre. Más aún, que nos ama más que una madre, infinitamente más que la mejor de las madres.

En un texto particularmente consolador, nos dice el Señor a través del profeta Isaías: “¿Se olvida una madre de su criatura, no se compadece del hijo de sus entrañas? ¡Pero aunque ella se olvide, yo no te olvidaré!” (*Is* 49, 15).

Ahora, ¿qué nos enseña el Señor cuando nos dice que nos ama más que una madre?

Por lo pronto, que su amor misericordioso es un amor incondicional y ajeno a todo merecimiento. Una madre no ama a su hijo por sus méritos, lo ama porque es su hijo. Porque es parte de su ser. Porque es la vida que dio su vida. Su amor es una exigencia de su propio corazón.

Así Dios nos ama desde antes de que existiéramos en este mundo. Nos ama desde toda la eternidad. Y nos amará por siempre. No puede dejar de amarnos. No quiere dejar de amarnos.

5. Hace unos años, meditando sobre el amor misericordioso de Dios, pensé –para tratar de entenderlo aunque más no sea un poco– en mi propio amor de padre (tengo ocho hijos), y escribí estas breves reflexiones:

“He amado desde un principio a mis hijos porque son mis hijos. Nunca por sus cualidades. Aún más, empecé a amarlos con todo mi amor, antes

15 Sisti, A. (1988). “Misericordia”. En *Nuovo Dizionario di Teologia Biblica*. Paoline.

16 Esser, H. H. (1983). “Splánchna”. En *Diccionario Teológico del Nuevo Testamento*, Vol. III. Salamanca. Ed. Sígueme, 103.

de saber cuáles serían sus cualidades. Y todavía después de conocerlas, he seguido amándolos más allá de ellas, casi sin tenerlas en cuenta. Nunca he amado más al más dotado ni al más virtuoso, ni al más cariñoso. Casi por el contrario, si tuviera que decir qué me mueve más al amor, diría que son las deficiencias, los límites, los problemas, sus pequeñas miserias. Y hasta me animaría a decir que mi amor es mayor cuanto mayor es su necesidad. Es claro que no amo sus defectos como tales, pero los amo defectuosos como son y mi amor trata de llenar esos defectos, como si fuera un río que penetra por las fallas de la tierra.

Si así se manifiesta el amor de los hombres, ¡cómo será el amor de Dios! También Él, y sobre todo Él, nos ama con este amor misericordioso. Dios no nos ama por nuestras perfecciones, por nuestros méritos, por nuestras buenas obras, sino porque somos sus hijos. Y cuanto más necesitamos de Él, mayor es su amor (o se manifiesta de modo más intenso y profundo). ‘Un abismo llama a otro abismo’, dice un salmo. Y comenta San Bernardo: el abismo de nuestra miseria llama al abismo de Su misericordia¹⁷. No es nuestra virtud la causa de Su amor; por el contrario, nuestra virtud, nuestros méritos, nuestras buenas obras son consecuencia de Su amor. Somos mejores porque nos ama. No nos ama porque seamos mejores. Maravillosa ley del amor: cuanto mayor es nuestra miseria, mayor es Su misericordia. Casi como una ley física. Cuanto mayor es el recipiente de nuestra necesidad, mayor es la cantidad del líquido de amor divino que se verterá en él.

¡Qué no haría por mis hijos! En el extremo, sin dudarlo, daría mi vida si de ello dependiera, ¿qué no estaría dispuesto a hacer un padre por sus hijos? Cuanto más crezca nuestra fe en la paternidad de Dios, más fácilmente creeremos en la lógica de la redención; más cercana y luminosa será Su cruz”.

Hasta aquí mi autocita. Sigo, entonces.

El Señor, en su divina pedagogía, gusta usar estas comparaciones. Se muestra como madre y como padre, como esposo, como amigo. Todas las formas del amor humano sirven para orientarnos en el descubrimiento incesante y siempre inacabado del apabullante amor de Dios.

Pero parecería que ninguna comparación es tan clara como la del amor materno. Porque nada hay tan contrario a la naturaleza como una madre que no ama a su hijo. Sin embargo es esto lamentablemente posible. Por eso el Señor nos previene: “¡Aunque ella se olvide, yo no te olvidaré!”.

Esto es, ningún amor humano, ni siquiera el mayor de ellos, puede darnos una idea suficiente del amor que Dios nos tiene.

17 En (1791). *Sermones de San Bernardo Abad de Claraval, de todo el año*. Tomo Primero. Burgos. Joseph de Navas, 290.

Amor sin condiciones, amor que educa, que nos cuida tiernamente, que por medio de la gracia nos adopta como verdaderos hijos.

Ya en tiempos del profeta Oseas se describe la obra del amor maternal de Dios sobre su pueblo de esta forma:

“Lo llevé en mis brazos...

Con cuerdas de ternura, con lazos de amor, los atraía;
fui para ellos como quien alza un niño hasta sus mejillas,
me inclinaba hacia él y le daba de comer” (*Os* 11, 1-4).

Pero sobre todo, es este un amor que perdona. Que perdona siempre. El Dios del *rahamim*, de la misericordia, es también la madre que abre sus brazos para satisfacer la mayor necesidad que tenemos los hombres: la necesidad del perdón. En otro texto de Isaías, el Señor nos dice: “[...] aunque vuestros pecados fueran como la grana, cual la nieve blanquearán. Y así fueren rojos como el carmesí, cual la lana quedarán” (*Is* 1,16-18).

Es en esta perfección divina de la misericordia que María participa en grado eminente. Recordemos nuevamente las palabras iniciales del Salve Regina: María es reina, es Madre y madre de misericordia, es nuestra vida, nuestra dulzura y nuestra esperanza.

El fundamento de todos estos títulos y calificativos reside en el más grande e inefable de sus atributos: María es Madre de Dios. Y, por tanto, madre del Redentor. Y, por tanto, madre de misericordia.

No es de extrañar entonces que, como dice San Bernardo, “toda gracia que se comunica a este mundo siga un triple proceso: de Dios a Cristo, de Cristo a la Virgen y de la Virgen se nos comunica a nosotros”¹⁸.

6. Al reflexionar sobre las palabras del sermón de la montaña: “Bienaventurados los misericordiosos porque alcanzarán misericordia”, Juan Pablo II pone de manifiesto algo que es de suyo asombroso: que el hombre pueda ser misericordioso. Luego de preguntarse si no constituyen en cierto sentido una síntesis de toda la Buena Nueva, escribe: “[...] estas palabras del sermón de la montaña, al hacer ver las posibilidades del ‘corazón humano’ en su punto de partida (‘ser misericordiosos’), ¿no revelan, quizá, dentro de la misma perspectiva, el misterio profundo de Dios: la inescrutable unidad del Padre, del Hijo y del Espíritu Santo, en la que el amor, conteniendo la justicia, abre el camino a la misericordia, que a su vez revela la perfección de la justicia?”¹⁹

18 Cf. León XIII., *Enc. Iucunda semper*, 8-IX-1894.

19 *DM*, 8.

Las últimas palabras, sin dudas, echan una luz quizás definitiva sobre nuestro tema. Pero confieso que su sabiduría es tanta que no me atrevería a comentarlas.

Vuelvo entonces al comienzo de la frase: El asombro ante la posibilidad del corazón humano de ser misericordioso. Porque la misericordia es algo propio de Dios. La misericordia es el mismo amor de Dios –que es Su esencia– en cuanto se dirige a rescatar al hombre de toda miseria, necesidad o defecto. La misericordia, en su verdadera dimensión de atributo de Dios, requiere la omnipotencia de Dios. En el Antiguo Testamento el hombre, aunque realiza lo que llamaríamos “obras de misericordia”, y aunque estas obras le son mandadas imperativamente por la ley de Dios y exigidas por los profetas, sin embargo, no puede identificarse con la misericordia divina, con el amor encerrado en aquellas palabras analizadas más arriba: amor que brota de las entrañas de Dios, de Su fidelidad a sí mismo, y que se manifiesta en actos de perdón, de auxilio, de compasión, de cariño. Y es que todavía Dios no se había hecho hombre. Pero ahora es Jesús, el mismo Dios, la encarnación de la misericordia divina, quien proclama “bienaventurados los misericordiosos”, y luego: “sed misericordiosos como vuestro Padre celestial es misericordioso”. Y usando, en ambos casos, la misma palabra para nombrar la misericordia de Dios y la misericordia del hombre. Es decir que el hombre “puede” ser misericordioso. El corazón del hombre redimido tiene esta extraordinaria potencia de ser misericordioso como Dios lo es. Porque Él es Padre y nosotros somos sus hijos. Y al ser sus hijos participamos de su naturaleza, que es amor. Podemos participar del amor de Dios, amar con Su corazón. Habitar en lo profundo de su morada, y purificarnos y amar con el fuego de su amor²⁰.

Cuando Santo Tomás describe la misericordia humana dice que “a ella toca volcarse en otros y, lo que es más, socorrer sus deficiencias”. Esto la convierte en la más grande de las virtudes sociales.

Debemos prestar atención al verbo que emplea: *effundo*, el cual efectivamente puede traducirse como volcarse y también como “verter, dejar caer, derramar, arrojar profusamente”²¹.

En cualquiera de los casos es evidente que indica una acción por la que no se espera retribución alguna, incluso a la que resulta ajena la idea o propósito de retribución. Pero además, se trata de una acción que no guarda proporciones. Desde cierto punto de vista, podría considerársela exagerada. Se trata, en suma, de una acción sin medida. Si reparamos en que se trata de una conducta por la que alguien está socorriendo las necesidades de su prójimo, podemos agregar que quien obra misericordia no se fija en me-

20 En *Misericordia y Justicia*. Ob. cit., 121.

21 (1983). *Diccionario Ilustrado Latino Español VOX*. 17ª edición. Barcelona. Bibliograf.

dios, no se pone límites, da sin cálculo. La misericordia se derrama sobre el necesitado, impulsada por la fuerza del propio amor. Ciertamente estamos fuera del campo –lleno de límites, medidas y proporciones– propio de la justicia. En una homilía, Francisco caracteriza de este modo a la caridad (que es tanto como decir a la misericordia): “[...] la caridad no puede ser neutra, aséptica, indiferente, tibia o imparcial. La caridad contagia, apasiona, arriesga y compromete. Porque la caridad verdadera siempre es inmerecida, incondicional y gratuita”²².

Nos viene a la memoria la parábola del Buen Samaritano²³, la feliz superación desproporcionada de toda expectativa. El Buen Samaritano que es Cristo y también cada uno de nosotros. Al menos aquello a lo que estamos llamados cada uno de nosotros.

Recordemos la historia, porque en ella nos explica Nuestro Señor en qué consiste la misericordia. Pero antes, permítanme recordar qué antecede a la historia: un doctor de la ley le pregunta a Nuestro Señor qué debe hacer para alcanzar la vida eterna, es decir, para salvar su alma. ¡Nada menos! Se ha formulado la pregunta de las preguntas, la única pregunta realmente importante. Jesús contesta con otra pregunta: “¿Qué está escrito en la ley?” Y el doctor de la ley responde correctamente enunciando los dos grandes mandamientos. Esto es, quien quiera salvar su alma debe amar a Dios por sobre todas las cosas y al prójimo como a sí mismo. “Haz eso y vivirás”, le dice el Señor. Asunto concluido, podríamos decir.

Pero el jurista, “queriendo justificarse a sí mismo”, dice el texto, lanza una nueva pregunta: “¿Y quién es mi prójimo?” No sabemos si el doctor de la ley sabía la respuesta o, en todo caso, si la cuestión estaba clara para un israelita de aquel tiempo. Pero supuesto que no, el tema adquiere proporciones inusitadas. Porque si realmente no sabemos quién es el prójimo, quién es aquel a quien debemos amar con nuestros actos, esto significa que no sabemos lo que Dios quiere de nosotros.

La respuesta de Jesús a esta pregunta esencial es la parábola del Buen Samaritano. En la que no sólo nos enseñará quién es el prójimo, sino, sobre todo, en qué consiste amarlo. En otras palabras, Jesús nos enseñará a ser misericordiosos como Él lo es con nosotros.

Y aquí la historia: en el camino de Jerusalén a Jericó, un hombre es asaltado y abandonado medio muerto. Pasan sucesivamente dos israelitas muy importantes y religiosos y siguen de largo. Pasa entonces un habitante de Samaría, pueblo que se odiaba con los judíos. Y ¿qué ocurre? Al

²² “Homilía de la Santa Misa con los nuevos Cardenales”. Basílica Vaticana. 15 de febrero de 2015.

²³ *Lc* 10, 30-35.

verlo –dice el texto– “se compadeció”. He aquí la raíz de todo lo que va a pasar a continuación. Porque la palabra que emplea el texto griego y que traducimos por “compadeció” es aquel verbo proveniente del sustantivo *splajna* y cuya etimología remite a las entrañas, al seno materno. Es decir, el samaritano –figura de Cristo– experimenta ante el necesitado un amor que le brota de lo más íntimo de su ser y que lo mueve a actuar. Por supuesto que conviene aclarar que ese amor no implica, necesariamente, un movimiento sensible. Es fundamentalmente un acto de la voluntad perfeccionada por la caridad. Incluso, desde un punto sensible, la experiencia podría ser desagradable.

Ahora no puedo evitar hacer un paréntesis para mencionar que este mismo verbo es el que usa el Evangelio en la parábola del hijo pródigo para referirse a la actitud del padre cuando ve volver a su hijo. Él también, a pesar de todo lo que había pasado, se compadeció; lo amó con un amor que lo exigía desde dentro.

¿Qué hace entonces el samaritano? ¿Lamentarse de que haya tantos delincuentes? ¿Quejarse de que la policía no vigila bien los caminos? ¿Decirse a sí mismo “ya vendrá otro a socorrerlo” y seguir de largo? No, el samaritano se acercó, “vendó sus heridas, echando en ellas aceite y vino; luego, poniéndolo sobre su propia cabalgadura, lo condujo a una posada y cuidó de él. Al día siguiente, sacando dos denarios, se los dio al posadero y le dijo: “Ten cuidado de él, y si gastas algo más, yo te lo pagaré cuando vuelva””. Es decir, lo curó hasta donde pudo, sacrificó su comodidad viajando a pie, lo cuidó personalmente, dio dinero –una suma importante además– para que lo cuidaran; se comprometió, en cualquier caso, a hacerse cargo de todo lo que fuera necesario gastar para su restablecimiento; le dedicó, por lo dicho, una parte importante de su tiempo. ¿Puede hacerse esto sin amor?

Aquí termina la parábola. Pero no la historia. Porque entonces fue Jesús quien preguntó: “¿Cuál de estos tres te parece que fue prójimo del que cayó en manos de los bandoleros?”. Él dijo: “El que practicó la misericordia con él”. Jesús le dijo: “Ve y haz tú lo mismo”. Con lo cual el texto nos enseña qué debemos entender por misericordia. Misericordia es: portarse como el samaritano.

No sólo preocuparnos, no sólo lamentarnos, no sólo compadecernos; sino emplear nuestro tiempo, nuestro dinero, nuestra capacidad para ayudar al desamparado.

7. La tradición ha sintetizado las obras de misericordia en siete corporales: dar de comer al hambriento, dar de beber al sediento, vestir al desnudo, acoger al forastero, asistir a los enfermos, visitar a los presos, enterrar a los muertos. Y siete espirituales: dar consejo al que lo necesita, enseñar al

que no sabe, corregir al que yerra, consolar²⁴ al triste, perdonar las ofensas, soportar con paciencia a las personas molestas, rogar a Dios por los vivos y por los difuntos. Bien entendido que toda obra de misericordia puede reducirse a alguna de estas siete.

Aunque a propósito de varias de ellas podríamos verificar el modo en que se relacionan justicia y misericordia para alcanzar lo que Francisco ha denominado “su ápice en la plenitud del amor”, quisiera terminar haciendo una breve referencia al perdón²⁵. Es decir, a ese modo privilegiado de la misericordia, una de las formas más difíciles y sublimes del amor humano.

El presupuesto del perdón es la existencia de una ofensa. Y toda ofensa es una injusticia y, por ello, algo antinatural y, hablando estrictamente, incomprensible.

La ruptura de la justicia que la ofensa supone debe ser reparada mediante un acto de justicia que, al sancionar al ofensor, restaure el orden violado.

Pero es de experiencia común que la sanción, aun cuando guarde la exacta proporción de la justicia, es insuficiente en tres aspectos: no cura la conciencia culpable, no apacigua el corazón ofendido y, en consecuencia, no restaura la relación rota por la ofensa o, en caso de que el ofensor fuera un extraño, mantiene en el tiempo una relación que el ofendido nunca hubiera querido tener. En otros términos, cuando ha habido una injusticia ofensiva o agravante, la justicia humana no alcanza a restaurar la totalidad del orden quebrado. Y no porque no sea justa, sino porque es humana.

La única restauración plena, que abarca todos los aspectos y que, incluso, puede llevar la relación a un punto superior al que estaba, es el perdón. Por supuesto que el perdón no impide, al menos no necesariamente, que haya una pena.

El perdón, como su nombre lo indica es, sobre todo, un don. Es decir, la esencia del perdón es la gratuidad. Se trata de un regalo que busca satisfacer una necesidad grave y profunda del ofensor. Y por ello, un acto de misericordia que permite reparar la justicia que ha sido violentada, una plenitud a la que –como acabamos de ver– nunca hubiera podido –la justicia humana– llegar por sí misma.

Es interesante comprobar una suerte de inversión de roles que se produce en la mecánica del perdón con relación a la justicia. Desde el punto de vista de la justicia, el ofensor es quien debe dar y el ofendido tiene derecho a exigir y a recibir. Cuando la relación se transforma en perdón, quien podía

²⁴ ST, II-II, q. 32, a. 2.

²⁵ He desarrollado el tema con cierto detenimiento en *Misericordia y Justicia*. Ob. cit., 231-254.

exigir es el que da. Y quien debía dar, recibe. Y es que ahora el ofensor es un necesitado y el ofendido es el único que puede saciar esa necesidad.

Ahora, por tratarse de un don, el perdón es siempre inmerecido. No existe un derecho a ser perdonado.

Pero es una necesidad del amor ofendido.

Perdonar no es comprender. El perdón es un don, un don perfecto, un puro regalo, que como tal no depende de la comprensibilidad de la ofensa ni de que esta sea excusable; al contrario, sólo se perdona lo inexcusable.

Lo excusable no necesita ser perdonado sino justificado. Una verdadera excusa es siempre comprensible. En cambio, aquello que es imposible de explicar, de lo que no puede ofrecerse una excusa, aquello de lo que no puede darse ninguna explicación racional es, por ello mismo, incomprensible. Este es el terreno del perdón.

Quiero decir que el perdón traspasa la dificultad del misterio del mal, de la ofensa, para alcanzar al corazón necesitado de misericordia.

Lo que comprende quien perdona es que no se debe identificar a nadie con su culpa; que toda persona es más grande que su culpa.

Por eso, negarse a perdonar es congelar a quien nos ofendió en su acto, es decirle: vos no sos más que esto.

Los padres deberíamos recordar siempre la parábola del hijo pródigo. La falta del hijo fue gravísima. Pero cuando arrepentido volvió a su casa: “Estando él todavía lejos, le vio su padre y, conmovido, corrió, se echó a su cuello y le besó efusivamente”.

En la Jornada Mundial por la Paz del 2002 Juan Pablo II, al tratar algunos de los temas que estamos considerando, dijo que “el perdón tiende más bien a esa plenitud de la justicia que conduce a la tranquilidad del orden y que, siendo mucho más que un frágil y temporal cese de las hostilidades, pretende una profunda recuperación de las heridas abiertas. Para esta recuperación, son esenciales ambos, la justicia y el perdón”.

“Los pilares de la paz verdadera son la justicia y esa forma particular del amor que es el perdón [...] No hay paz sin justicia, no hay justicia sin perdón”.

8. Quiero terminar recordando una vez más a María y, en Ella, la única cosa importante, en definitiva, la única real necesidad, de la cual todas las demás no son sino etapas en el camino. En el Salve Regina –que mencionábamos hace un rato– a la que es reina, a la que es madre, y madre de misericordia, le formulamos una sola petición: después de este destierro, muéstranos a Jesús, fruto bendito de tu vientre. Muéstranos a tu hijo. Vuelve a nosotros esos tus ojos misericordiosos, y concédenos estar en presencia de tu hijo, contemplar a Jesús por toda la eternidad. Estar en el cielo.

RECENSIONES

Lalanne, Julio Esteban, *Si Dios no existe, ¿está todo permitido?*, Santiago, RIL Editores-Centro de Estudios Tomistas, 2016.

El autor de la obra que tengo el gusto de reseñar es profesor de “Filosofía del Derecho” y “Formación del pensamiento jurídico y político” en la Pontificia Universidad Católica Argentina. Este dato de su inserción académica ya enlaza la Filosofía del Derecho con la historia del pensamiento jurídico-político. Se trata, en efecto, de dos asignaturas íntimamente relacionadas que el autor procuró conectar en su primera investigación científica de largo aliento. De hecho, este libro recoge los principales resultados de la tesis doctoral de Julio Lalanne, que fue defendida en tal universidad con la máxima calificación. Como toda investigación doctoral, su principal –pero no única– valía radica en una meticulosa descripción del problema a investigar y, por supuesto, la consiguiente valoración crítica de aquello reconstruido y descrito puntillosamente. Este orden de trabajo se justifica en que solo se puede efectuar una mirada crítica sobre aquello que ha sido estudiado en detalle. Y solo se puede dar cuenta de que se ha estudiado cuidadosamente una cuestión en la medida en que se la puede explicar por escrito con meridiana claridad, tal como lo ha hecho el Prof. Lalanne.

El lector podrá apreciar que es una obra relativamente extensa para los estándares convencionales que se vienen estilando para trabajos de esta clase, pero existen razones de peso que justifican esto. En concreto, el problema central sobre el que versa este trabajo es si Dios –el “Dios de los filósofos”, no el Dios que se manifiesta por medio de la Revelación– es el fundamento último del orden ético-jurídico. Esto implica una visita a un problema recurrente que ha fatigado a una buena parte de la historia de la “filosofía de las cosas humanas” (en terminología aristotélica) o, como se dice contemporáneamente, “filosofía práctica”; esto es, aquel conocimiento directamente ordenado a la decisión y la acción humana. En efecto, se trata de volver sobre esa acusación humeana que se ha condensado en lo que posteriormente se ha dado en llamar “falacia naturalista”: no se puede extraer una regla de comportamiento de la naturaleza. Lo que llevado al plano de sus consecuencias más radicales equivale a sostener

que el orden axionormativo, esto es, el orden jurídico-moral, no se sigue de ningún modo de la naturaleza humana, ni de la metafísica y mucho de menos de una premisa trascendental como podría ser Dios. Hume fue de los primeros autores en llevar a su máxima expresión que no solo cabe distinguir el conocimiento práctico del conocimiento teorético y especulativo –cuya cima se encuentra en la metafísica y, más aún, en la teodicea–, como lo viene haciendo la tradición clásica desde Aristóteles, sino que se trataría de dos operaciones cognoscitivas separadas e inconexas. Dicho de otra manera, hay un abismo insondable entre el mundo del “ser” y el “deber ser”.

El camino que ha recorrido el autor para probar esta tesis es eminentemente historiográfico. La decisión es acertada en tanto resulta inevitable comprender estas cuestiones a través de la herencia de reflexiones que nos preceden, con sus aciertos y errores. El período estudiado es prácticamente toda la historia del pensamiento occidental. Esto explica la extensión de la obra y se justifica en que las posiciones filosóficas sobre el tema a investigar están hilvanadas por un hilo histórico que va desde el nacimiento de la filosofía en la antigua Grecia hasta nuestros días. Ahora bien, puestos a historiar, sobre todo quien estudia el devenir histórico de las ideas filosóficas, es inevitable el desafío de la segmentación de la investigación en períodos históricos. Se trata de la decisión metodológica más delicada para quien investiga temas históricos y, más aún, si es una cuestión filosófica como aquella que estudia el autor. En alguna medida, será una elección que no puede dejar conforme a todos pero que será admisible en tanto las segmentaciones se encuentren justificadas. Esto implica que las periodizaciones históricas han de ser proporcionadas o adecuadas para lo que el autor pretende argumentar.

En efecto, si se pretende defender la idea de la influencia decisiva de un presupuesto metafísico fundamental –que Dios existe– para dotar tanto de justificación ontológica como inteligibilidad al orden axionormativo, resulta entendible el orden interno del trabajo de Lalanne. Así, la primera parte de esta obra, integrada por los capítulos 1 a 7, se aboca a estudiar el período que el autor denomina “Teísmo clásico”. Esta etapa comprende a los principales pensadores de la antigüedad occidental –Platón, Aristóteles, Cicerón, San Agustín y Santo Tomás de Aquino–. Más allá de las múltiples diferencias y matices, lo que tienen en común estos autores, en lo que hace a la tesis central de Lalanne, es que sostienen la existencia de un Dios trascendente, personal, único, supremo y creador del universo (p. 45). La segunda parte, titulada “Secularización de la moral”, la componen los capítulos 8 a 15, va desde el “tránsito de la modernidad” –que reposa en la invención de la imprenta, la reforma protestante, la caída de Constantinopla, el Concilio de Trento y el descubrimiento de América–, pasando por la escolástica españo-

la, Descartes, el iusnaturalismo moderno, el Siglo de las Luces, el empirismo de Hume, el formalismo kantiano y desemboca en la ética de la modernidad. La tercera parte se titula “La posmodernidad y la muerte de Dios”, y va desde Nietzsche, con escalas en los herederos de Hume, Nietzsche y Kant, hasta los neoaristotélicos y neoconservadores. Finalmente, en las conclusiones no se recapitula tanto lo dicho a lo largo del trabajo sino que más bien se brinda una valoración crítica de lo estudiado en cada uno de los capítulos anteriores.

Se trata, como dije anteriormente, de una obra que asume una metodología y perspectiva historiográfica de un problema relevante: ¿hace falta Dios —el Dios de los filósofos, no necesariamente el Dios que se revela a través de las Sagradas Escrituras— para fundamentar tanto la moral y el derecho como para conocer sus principios más básicos? La respuesta del autor es claramente afirmativa. No puedo desarrollar detenidamente la justificación que ofrece Lalanne porque esto excedería el propósito de una reseña y, además, me excedería del espacio disponible. Con todo, me permito decir que la respuesta de Lalanne inteligentemente transita en dos niveles: uno que podríamos llamar *ontológico* y otro *epistemológico o gnoseológico*. Esto implica que Dios no solo es el fundamento último de todo juicio práctico sino que es la posibilidad misma de conocer objetivamente lo que debemos hacer y evitar; descansa en la premisa de que Dios existe, lo reconozcamos abiertamente o no seamos conscientes de ello. Con otras palabras, Dios no solo justifica nuestros juicios prácticos sino que posibilita su inteligibilidad. Naturalmente, esto que digo sucintamente merece variados matices, distinciones y precisiones que el autor se ocupa de brindar en su obra.

El interrogante central de este trabajo, de algún modo, ha interpelado a muchos; no solo a quienes se incardinan en una tradición clásica como, por ejemplo, se puede apreciar en la conocida polémica Habermas-Ratzinger. Esto resulta humanamente entendible. De algún modo, todos los seres humanos elaboramos una respuesta a la pregunta con que el autor titula provocativamente a su obra: *Si Dios no existe, ¿todo está permitido?* Algunos tratan de responder con razones y fundamentos, otros apelando a respuestas meramente emotivas que desembocan en una aceptación o rechazo de Dios como fundamento último de las decisiones y acciones específicamente humanas y, finalmente, otros rechazan la posibilidad de aceptar un fundamento básico de su conducta que no se lo pueda conocer con perfecta claridad y exactitud. En una palabra, el planteo del autor interpela a todo ser humano que se pregunta: ¿existe el bien y existe el mal? Y si asumo que existen, ¿por qué debo hacer el bien y evitar el mal? ¿Acaso hay algo trascendente a nuestras prácticas sociales y culturales que fundamente nuestros juicios prácticos?

Ahora bien, existen muchos modos posibles de recorrer el camino para responder a tales cuestiones pero uno que resulta muy recomendable es consultar a los filósofos que nos precedieron; esto es, vale la pena preguntarles qué fue lo que ellos pensaron detenidamente sobre estos asuntos. Hacer filosofía no consiste meramente en cultivar una disciplina académica, sino que es razonar sobre el sentido último de las cosas y acciones humanas. Se trata de un diálogo permanente no solo con la realidad sino con quienes nos precedieron al observar lo que las cosas son. Esto se sintetiza en esa célebre expresión que sostiene que “los problemas filosóficos no tienen solución sino historia”. Dejando de lado la cuota de exageración de la última frase, el libro de Lalanne es una guía valiosa en esa dirección. Es una puerta de acceso, carácter historiográfico, a la cuestión más radical o fundamental de la filosofía práctica: ¿es Dios la causa última o primer principio que posibilita justificar objetivamente las acciones y decisiones específicamente humanas?

Cruzar este umbral es responsabilidad del lector. Porque las respuestas que brinde el autor no solo han de convencerlo intelectualmente. De hecho, el lector podrá diferir en mucho, en poco o en nada con las respuestas ofrecidas. Con todo, al final del día siempre nos ubicamos ante una elección que compromete no solo la contemplación intelectual o teórica —en su sentido clásico—, sino también la voluntad desde su nivel principal hasta su máximo grado de concretización y, por lo mismo, a todo el desarrollo moral. Así, frente a cuestiones serias o no tanto de la vida diaria bien podríamos plantearnos: ¿ante esta decisión particular, actúo como si Dios no existiera? ¿O lo asumo como la causa más profunda y radical de mis “razones para la acción”? Podremos decir que no somos capaces de saber si Dios existe, podemos negar o aceptar que existe alguien trascendente que nos ha dado el ser y que justifica nuestras operaciones prácticas pero no podemos evitar una respuesta que no involucre la propia moralidad. En nuestros juicios prácticos no se puede escapar de la pregunta por la influencia de Dios, ni siquiera del Dios de los filósofos. A mi modo de ver, poner de relieve esto último, yendo de la mano de los grandes pensadores de la historia occidental, es la contribución más notable del trabajo de Lalanne.

Finalmente, me permito concluir esta recensión con una observación relativa al título de la obra. Si bien es cierto que la contratapa brinda una valiosa aclaración sobre el sentido y orientación temática de este libro, el título resulta escasamente informativo sobre su contenido. En la jerga editorial se dice, con no poca razón, que los títulos —incluso científicos— han de tener un “gancho” comercial; es decir, un título provocativo hace las veces de un anzuelo de pesca. En efecto, es perfectamente entendible que una obra que edita y comercializa un sello editorial se titule de un modo tal que capte

la atención o curiosidad de quien pasa a vuelo de pájaro por las estanterías o vidrieras de una librería. Con todo, precisamente en estos casos, los subtítulos resultan de mucha utilidad para brindar alguna precisión o aclaración adicional sobre el contenido y enfoque de la obra.

LUCIANO D. LAISE

Torres Flor, Analucía, *Derecho a la identidad y reproducción humana asistida heteróloga*, Arequipa, Fondo Editorial UCSP, 2014.

La irrupción de biotecnologías que intermedian en la procreación humana ha suscitado intensos debates jurídicos. En este marco, Analucía Torres Flor, abogada por la Universidad Católica San Pablo de Arequipa y profesora en la misma institución, ha realizado una pormenorizada investigación sobre la temática en Perú en carácter de becaria del Programa de Incorporación Docente de estudiantes de dicha casa de estudios. El libro que a continuación reseñamos es fruto de dicha investigación.

El fin de la obra es explicar la afectación del derecho a la identidad de los niños concebidos mediante técnicas de reproducción humana asistida heterólogas. Si bien sus conclusiones pueden hacerse extensivas a los hijos extramatrimoniales, Torres Flor circunscribe el objeto de su obra a los matrimoniales dado que la Constitución peruana expresamente reconoce al matrimonio y la familia como “institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

El texto analiza la legislación peruana en la materia, advirtiendo que sólo existe una disposición específica sobre las técnicas de reproducción humana asistida, en adelante TERHAS. En efecto, el artículo 7° de la Ley General de Salud establece: “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos [...]”. Conforme a esta norma, existe una previsión legal para realizar las TERHAS en Perú. Sin embargo, la autora sostiene que no existe un “derecho al hijo” y que ello implicaría atentar contra la dignidad del niño mediante su cosificación.

El libro se divide en tres capítulos. En el primero, Torres Flor analiza las técnicas de reproducción asistida desde el derecho de la persona y de la familia. Sostiene que son exigencias fundamentales la protección de la vida del embrión desde el instante de la concepción, el respeto de la unidad matrimonial y la procreación como resultado del acto conyugal. Los esposos tienen derecho a ser progenitores sólo a través del otro. Con las técnicas heterólogas se produce una disociación entre la paternidad o maternidad biológica y la social, además de generar una situación desigual con respecto al cónyuge que no aporta su material genético. Por otro lado, la fecundación debe ser consecuencia de un acto personal de los esposos, que no puede ser sustituido por las TERHAS, sino que las mismas deben coadyuvar a la fecundación. Esto implica que el procedimiento debe realizarse en el organismo de la mujer y que el semen debe obtenerse dentro del ámbito de la relación sexual.

El capítulo segundo trata de la familia y la filiación en la legislación peruana. La autora cita el reconocimiento que hace el Tribunal Constitucional de su país a la familia matrimonial al considerarla como la forma que brinda mayor seguridad y estabilidad a los hijos. Torres Flor explica que el contenido esencial de este instituto es la complementariedad heterosexual y la finalidad procreativa. De todas formas, según las normas peruanas, la unión de hecho también debe ser protegida por el Estado debido a que imita al matrimonio. Seguidamente, la autora analiza el régimen de filiación peruano, sus principios rectores, las presunciones en torno a él y las acciones de impugnación y reconocimiento.

En el capítulo tercero se desarrolla la incidencia de las TERHAS heterólogas en el derecho a la identidad, sin entenderlo sólo como individualidad o singularidad de la persona, sino como identificación. Puede establecerse una diferencia entre la identidad estática (o identificación) y la dinámica. La primera se vincula con la filiación y, la segunda, con el desarrollo posterior de la persona. Nuestro código genético se forma a partir del haplotipo materno y paterno. Sin embargo, el genoma es modificado por los impulsos del ambiente, razón por la cual existe un derecho a conocer la propia herencia genética y un derecho al hábitat natural. Es preciso tener en cuenta que el ambiente del ser humano no sólo está conformado por elementos biológicos, sino también psicológicos, sociológicos y emocionales. Ambas prerrogativas forman parte del derecho a la identidad genética, que es anterior al derecho a conocer el origen bilógico. Este último es aplicable al conocimiento de las circunstancias en que la persona fue concebida, la filiación por adopción y la identidad de los padres. En consecuencia, la autora concluye que el derecho a la identidad es violado cuando se emplean técnicas heterólogas debido a la donación anónima de material genético.

Frente al hecho de la adopción, Torres Flor argumenta que es una institución que imita a la naturaleza. Por lo tanto, en la adopción, la disociación entre la maternidad o paternidad genética y la social, si bien afecta la identidad genética, es un mal menor frente a la necesidad de una familia. Además, esta afectación nunca es consecuencia de la voluntad de los padres adoptantes, a diferencia de lo que ocurre con aquellos que recurren a las TERHAS heterólogas. Por otro lado, es necesario aclarar que la identidad estática se vincula también con el nombre, la imagen y la nacionalidad.

La filiación establecida entre los padres sociales y el niño vulnera su derecho a la identidad y esta situación se agrava con el régimen de anonimato de los donantes de gametos y la regla de la inimpugnabilidad de la filiación, como ocurre en la legislación española. Se genera una colisión entre el derecho a la identidad genética y el derecho a la intimidad genética. A su vez, se produce un atentado contra el interés superior del niño al ser tratado como objeto de satisfacción del deseo de ser padres y se lo coloca en una

situación desigual frente a los niños concebidos de forma natural. Por estas razones, la autora concluye que en función del principio del interés superior del niño debería prohibirse toda técnica de reproducción humana asistida heteróloga. Torres Flor sostiene que ello se encuentra implícito en la ley peruana dada la exigencia de identidad en la condición de madre gestante y madre genética, lo cual se ve reforzado por la necesidad del consentimiento de los padres biológicos.

GIULIANA BUSO

Flachsland, Giselle, *Leibniz y el nominalismo. Sus consecuencias prácticas*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”, 2015¹.

La obra que comentamos es el trabajo presentado por la autora, en agosto de 2009, como tesis de Licenciatura en Filosofía en la Facultad de Filosofía y Letras de la Pontificia Universidad Católica Argentina, con la dirección del Lic. Juan Pablo Roldán y con el asesoramiento del Dr. Félix A. Lamas. Se trata de una investigación filosófica acerca del pensamiento de Leibniz pero centrando su atención en el arduo problema de los universales o, mejor dicho, en el nominalismo del pensador alemán y en su proyección en el ámbito de la filosofía práctica.

1. Panorama esquemático del pensamiento de Gottfried Leibniz

El libro presenta, luego de una breve introducción, una segunda parte titulada “Aproximación a G. W. Leibniz”, que contiene una visión sintética de los puntos neurálgicos del pensamiento leibniziano a modo de preámbulo y de contexto o marco general dentro del cual se inserta la investigación. Creo conveniente comenzar por aquí, es decir, por situar filosóficamente el autor objeto de estudio. Leibniz es el gran jurista y matemático del siglo XVII, considerado uno de los máximos representantes del racionalismo moderno y, a su vez, el precursor del Iluminismo alemán. Su obra contiene ciertos elementos de continuidad con el pensamiento clásico mezclados con otros de ruptura, o, dicho en términos quizás más precisos, el filósofo alemán se inscribe en un proceso que incluye, en partes desiguales, dosis de *tradición* y de *crisis*². En efecto, de una parte es un pensador que recibe y asume los principales tópicos del pensamiento tradicional: es cristiano y uno de los ejes de su filosofía práctica es la idea de la ley natural cuyo fundamento último es Dios. De otra parte, sin embargo, desarrolla estos temas desde presupuestos teóricos típicamente modernos que implican una ruptura con el pensamiento clásico. Vale la pena revisar, someramente, estos principios de ruptura de la mano de la información contenida en el libro que reseñamos:

- a) Leibniz (1646-1716) lleva hasta sus extremos el proceso de desarrollo del principio de inmanencia en sentido gnoseológico, pues postu-

1 En adelante, abreviaremos la obra como *LyN*.

2 Acerca de los conceptos de *tradición* y *crisis*, puede verse, con provecho, el análisis que hace Lamas, F. A. (1985). “Crisis, revolución y tradición”. *Ensayo sobre el orden social*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”, 15-43.

la una teoría del conocimiento completamente independiente de la experiencia externa. En la línea de Roger Bacon (1214-1293), Galileo (1564-1642), Descartes (1596-1650) y, antes, los neoplatónicos, le confiere preeminencia a la experiencia interna por sobre la externa, de tal manera que el hombre –la “mónada espiritual”, en la terminología del alemán– conoce, primero y principalmente, sus propios contenidos de conciencia, es decir, lo que está en su mente y, en un momento posterior, conjetura que hay cosas fuera de sí³, que concuerdan con las nociones preexistentes en el entendimiento en virtud del forzado recurso a una armonía preestablecida⁴. Para Leibniz, el objeto inmediato del conocimiento son las *ideas*, entendiendo por *ideas* “algo que está en nuestra mente”⁵. Las ideas son innatas y han sido impresas por Dios en el entendimiento humano. Las expresiones del autor alemán, convenientemente citadas por Flachsland, son, en este sentido, elocuentes: “[...] la idea de la cosa está siempre en nosotros, pensemos o no en ella [...] nada nos entra en el espíritu de fuera, y esa una mala costumbre que tenemos al pensar como si nuestra alma tuviera [...] puertas y ventanas”⁶. En resumen, para Leibniz el hombre está encerrado en sí mismo y no conoce sino sus propios contenidos de conciencia, tesis que se contrapone, notoriamente, con la de la natural apertura del hombre al mundo de las cosas reales externas al sujeto, propia del realismo clásico en todas sus variantes.

- b) El recordado Juan Alfredo Casaubón, en uno de los mejores estudios publicados en nuestro medio sobre el problema de los universales (*Palabras, ideas, cosas. El problema de los universales*), afirma que el Leibniz “es el más claro y perfecto conceptualista”⁷, en la medida en que, para el pensador alemán, hay alguna clase de ideas innatas,

3 La autora lo explica con claridad: “Ahora bien, ¿qué sucede con la percepción de los objetos sensibles? ¿Qué correspondencia tienen con nuestras ideas? Si todas las verdades son percibidas en sí, también los hechos contingentes –sostiene el filósofo alemán– son verdades que percibimos inmediatamente en nosotros; y mediante estas percepciones se conjetura que hay cosas fuera de sí. De este modo, la experiencia interna tiene preeminencia sobre la externa, de tal manera que el criterio de validez para certificar los fenómenos será su adecuación o conformidad con la serie total de la experiencia y con las ideas” (*Lyn*, 99).

4 “Para él, cada ‘mónada’ está encerrada en sí misma: no conoce sino sus propias representaciones. Luego, el objeto del entendimiento es la idea, y sólo por el forzado recurso a una armonía preestablecida, puede el filósofo alemán explicar su concordancia con la realidad, esto es, con otras mónadas” [Casaubón, J. A. (1984). *Palabras, ideas, cosas. El problema de los universales*. Buenos Aires. Ed. Candil, 78-79].

5 En su opúsculo “¿Qué es idea?”, citado en *Lyn*, 99.

6 “Discurso de Metafísica”, citado en *Lyn*, 101.

7 Ídem.

impresas por Dios en la mente humana, que tienen cierta universalidad aunque ese concepto universal no registre correspondencia alguna con algo universal en la realidad de las cosas⁸. Flachsland simplifica la cuestión y califica a Leibniz, lisa y llanamente, de nominalista. Para ello, la autora caracteriza al nominalismo mediante dos notas fundamentales: (i) la negación de la existencia de especies universales en la realidad como correlato de los conceptos universales concebidos por la mente humana; y (ii) la identificación de pensamiento y lenguaje. En esta perspectiva, y asumiendo esta caracterización, es forzoso concluir que el pensador alemán es nominalista. No conviene, ahora, ampliar este tema, pues será objeto de tratamiento más adelante y, de hecho, es una de las cuestiones fundamentales que estudia la obra que comentamos. Baste señalar que acá hay un quiebre abrupto con el pensamiento clásico, en un tema fundamental.

- c) Continuando con las tesis modernas que implican discontinuidad con la tradición, corresponde hacer referencia a la concepción de los saberes *more geométrico* de Leibniz, cuyo modelo es la geometría euclidiana. Recordemos, brevemente, que en su famosa obra, *Los elementos* (Alejandría, 300 a.C.), el matemático griego organiza la exposición de la geometría partiendo de un pequeño número de proposiciones que se presuponen evidentes, a modo de axiomas, de los que derivan nuevas proposiciones mediante deducciones lógicas.

Del mismo modo, Leibniz organiza los saberes –y, en rigor, el orden del universo todo– en la forma de un sistema axiomático-deductivo, en el que todas las proposiciones derivan de unos pocos axiomas colocados en el vértice del sistema. En el caso de Leibniz, el sistema está compuesto por un conjunto de mónadas y por sus múltiples relaciones y los principios axiomáticos que gobiernan toda la sabiduría humana (que, dicho sea de paso, es siempre una y la misma por más que se aplique a diferentes objetos, y que resulta ser un tipo de inteligibilidad supremo, que es la matemática y que debe regir todos los dominios)⁹ son dos:

- i) *el principio de no contradicción*, que se reduce al principio de identidad: toda proposición es verdadera o falsa y, a su vez, una proposición será verdadera cuando se nos muestre idéntica, es decir, cuando

8 La propia Flachsland dice, cuando estudia el nominalismo de Leibniz, que este “no negaría la existencia de las ideas universales” (*LyN*, 83).

9 *LyN*, 32.

- el predicado no afirme nada que exceda la comprensión del sujeto, y será falsa si implica contradicción entre sujeto y predicado; y
- ii) el *principio de razón suficiente* (*nihil est sine ratione*): todo cuanto es tiene una razón que justifica su existencia o, según otra de las fórmulas: jamás se verifica un suceso sin que haya una causa o, por lo menos, una razón determinante.

Estos principios son verdades indemostrables y todas las demás proposiciones del sistema dependen de ellos a modo de consecuencias que se deducen racionalmente de aquellos axiomas por medio del pensamiento y sin necesidad de recurrir a la experiencia externa. Así, afirma Leibniz: “[...] si estos dos principios no son verdaderos, no existe absolutamente ninguna verdad ni conocimiento”¹⁰. El principio de razón suficiente juega un papel eminente en la filosofía de Leibniz; él mismo dirá con razón que es su gran principio porque es quien le atribuye por primera vez su significación adecuada¹¹.

Es interesante acotar que Leibniz hace extensiva la aplicación de este método incluso a las ciencias prácticas y, concretamente, al Derecho, tal como se desprende de su obra, *Nova Methodus discendae docendaeque jurisprudentiae* (*Nuevo método para aprender y enseñar la jurisprudencia*), de 1967. Allí afirma, con notable claridad, que el saber jurídico debe y puede presentarse *more geométrico, more mathematico*, es decir, a la manera de la geometría o a la manera de las matemáticas. Esto es, en la forma de un sistema racional compuesto de normas que se desprenden unas de otras, por medio de razonamientos deductivos, aplicando las reglas de la lógica. Por lo tanto, concluye el gran racionalista, la jurisprudencia es una ciencia demostrativa y necesaria, que no depende de los hechos sino de la razón, tal como sucede con la metafísica, la aritmética y la geometría. La asimilación que hace Leibniz de la ciencia del Derecho con la geometría lo convierte en uno de los representantes por excelencia de esa corriente de pensamiento que, con fórmula elocuente, Francesco Gentile denominó “geometría legal”¹².

2. Los problemas objeto de la investigación

Los problemas que la autora se ha propuesto estudiar son los siguientes:

10 En su obra *Sobre los principios*, citada en *LyN*, 39.

11 *LyN*, 51.

12 Gentile, F. (2008). *Ordenamiento jurídico. Entre virtualidad y realidad*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, traducción de M. De Lezica y de M. Bustos, prólogo de F. A. Lamas.

- a) En primer lugar, el problema del nominalismo de Leibniz que da título a la obra. Se trata de uno de los grandes temas de la Metafísica de todos los tiempos: la relación de lo uno y lo múltiple, lo necesario y lo contingente. Dice bien Giselle Flachsland que en esta cuestión “se juega la filosofía de un autor” y que “ningún autor de peso puede soslayarlo porque en él se juegan puntos cruciales de la Metafísica”¹³.
- b) En segundo lugar, Flachsland estudia la proyección del nominalismo de Leibniz respecto de uno de los tópicos centrales de la filosofía práctica: la noción de ley natural. El filósofo alemán, de reconocida fe cristiana, asume el tema clásico de la ley natural pero desde una perspectiva moderna y sobre la base de los presupuestos teóricos que hemos expuesto someramente más arriba, lo cual plantea dificultades evidentes: ¿Cómo concebir y justificar la existencia de la ley natural en un marco teórico nominalista según el cual sólo existen individuos, pero no naturalezas o esencias específicas?
- c) El tercer aspecto del pensamiento leibniziano que aborda la autora es la cuestión del fundamento último de la ley natural (tanto la ley moral como la jurídica) y de su obligatoriedad. Este aspecto de la doctrina de Leibniz conduce al tratamiento de la famosa hipótesis *etiamsi daremus* que se generalizó en el pensamiento racionalista contemporáneo al autor alemán, es decir, el problema de la necesidad o no de recurrir a Dios para fundamentar y para reconocer la ley natural. Dicho en otros términos: la cuestión de la autonomía del orden moral y jurídico respecto de Dios.

3. El nominalismo y sus consecuencias prácticas

La tesis metafísica fundamental del nominalismo es aquella según la cual todo lo real es singular. Para el nominalismo, no hay nada en el individuo que no sea puramente singular. Cuando utilizamos, por tanto, un término universal, por ejemplo: “hombre” y se lo atribuimos a Juan o a Pedro, el término –o bien, el respectivo concepto, en su caso– no supone por una naturaleza común que conviene formal o esencialmente a los individuos de la especie humana, sino que supone por un individuo o por un conjunto de individuos por una conveniencia enteramente fáctica o por mera convención lingüística. Leibniz lo expresa así: nominalistas son los que niegan “la realidad de los abstractos y universales”¹⁴.

13 Flachsland, M. G. (2015). *Leibniz y el nominalismo: sus consecuencias prácticas*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 18.

14 *LyN*, 77.

Contra esta posición, la autora afirma vigorosamente la teoría que ha dado en llamarse *realismo moderado* y que se remonta a Aristóteles: “[...] hablar de especies universales significa sostener la posibilidad de una naturaleza idéntica realizada, efectivamente, en muchos individuos. Es decir, la misma naturaleza o esencia existe en esos muchos y, por ende, se predica con toda verdad de cada uno de ellos”¹⁵.

La ocasión es propicia para recordar y detenernos, sucintamente, en el concepto clásico de *naturaleza*. El concepto de *naturaleza*, para Aristóteles y la tradición heredera de su pensamiento, es casi el mismo que el de esencia pero agrega o connota algo más: la idea de fuente del dinamismo del ente¹⁶. La naturaleza es la esencia específica pero considerada en su aspecto de fuente de las tendencias, inclinaciones y operaciones del ente. La causa eficiente del obrar natural de todo ente es la misma naturaleza, precisamente, en cuanto principio inmanente del movimiento y de la actividad del ente; mientras que la causa final es aquello a lo que la naturaleza tiende, que es su acabamiento perfectivo. Aristóteles distingue dos estadios de la forma o esencia de un ente: de una parte, la esencia o forma del ente en tanto principio específico que basta para determinar a un ente a pertenecer a una determinada especie de cosas, que podríamos llamar la “forma específica”, que comprende una serie de accidentes y propiedades que posee aunque solo en potencia y que puede actualizar y desarrollar en el curso del desarrollo de la vida. De otra parte, esa misma forma específica aspira, está orientada y busca, en virtud de su propia estructura de tendencias, llegar al desarrollo pleno y total de esas potencialidades, capacidades, propiedades, etc., y a ese estadio final Aristóteles lo denomina *entelequia*. En la filosofía aristotélica, se utiliza esta palabra para aludir a la forma completamente actualizada. El término es una transliteración de la palabra griega, εντελεχεια (*entelecheia*), la que, a su vez, es una combinación de *entes* (que significa “completo”) y *telos* (que puede traducirse como: “fin” o “propósito”). La palabra fue creada por el mismo Aristóteles y es posible traducirla, literalmente, como “aquello que tiene en sí mismo su fin y ha completado su desarrollo”. Así, por ejemplo, la naturaleza común a todos los seres humanos es la de ser un animal racional, lo cual significa que en todo individuo humano hay una misma e idéntica estructura tendencial que es la fuente de sus diversas operaciones; en efecto, en tanto animal racional, todo hombre: piensa, conoce, habla, delibera, desea, ríe, quiere, elige, prefiere, etc. También encontramos, entre las diversas inclinaciones naturales,

¹⁵ *LyN*, 73-74.

¹⁶ “La naturaleza es un principio y una causa de movimiento y de reposo de una cosa, en la que ella reside inmediatamente por esencia y no por accidente” (Aristóteles. *Física*, II, 192 b20-23).

el instinto de conservación, el instinto gregario, la atracción por el sexo opuesto y la tendencia a la reproducción. Sin embargo, estas capacidades o cualidades humanas son susceptibles de un desarrollo en la línea de la perfección o, para decirlo en términos más precisos, están en potencia de ser actualizadas en dirección a la entelequia: la perfección plena, tanto del individuo como también de la especie humana. El principio último o radical de toda la actividad del hombre implica, precisamente, esos fines naturales que se identifican con la actualización perfectiva de la forma sustancial específica del hombre.

Una vez explicada la noción clásica de naturaleza, resulta mucho más clara y fácil de comprender la siguiente afirmación de Flachsland: “[...] en el orden práctico, la identidad específica en la pluralidad o diversidad individual constituye el núcleo de la comprensión de la ley natural, su fundamento antropológico y también metafísico”¹⁷. En efecto, la ley natural –en sentido clásico– no es otra cosa que la ordenación racional de la conducta humana hacia los fines determinados por la naturaleza, entendida como *entelequia*. En la medida en que todos los seres humanos participan de la misma especie, en esa misma medida, sus respectivos fines naturales y las reglas que ordenan la acción hacia ellos son universales y necesarios. Dicho en otros términos: la necesidad y la universalidad de la ley natural dependen de la existencia de una naturaleza específica en el hombre y en las cosas. Por el contrario, si se niega la existencia de especies universales, si no hay una naturaleza humana específica en los seres humanos reales sino solamente individuos puramente singulares, entonces, concluye la autora, “la ley natural se queda sin asidero”¹⁸. Y la conclusión es válida, porque no se ve de qué modo pueda haber un fin, un bien, o una regla de conducta que le convengan necesariamente a todos los individuos humanos si no hay en ellos una estructura esencial común que haga las veces de fundamento de esos fines y normas.

Leibniz, afirma Flachsland –ya en el capítulo de las conclusiones de su obra– en virtud de su racionalismo, “aspira a un mundo de esencias inmutables que funde la ley natural; pero por su nominalismo, ese mundo es de esencias individuales”¹⁹. En suma: la tesis de la autora es que la intención del gran filósofo alemán de conciliar su “racionalismo inficionado de nominalismo” con un “sistema de legalidad” coherente, objetivo y necesario, fracasa ya que, en definitiva, no logra dar una explicación satisfactoria susceptible de unir la necesidad propia del orden de las ideas universales

¹⁷ *LyN*, 74.

¹⁸ *LyN*, 76.

¹⁹ *LyN*, 179.

y las leyes racionales, de una parte, y la contingencia propia de los hechos puramente singulares, de la otra.

4. El fundamento de la ley natural: Dios

La cuarta parte del libro que comentamos se titula “Aproximación al problema del fundamento”. En este segmento de la obra, Flachsland aborda el problema de Dios en Leibniz, en su función de “fundamento último de todo orden –teórico y práctico, principio último, en quien encontramos la razón suficiente de todos los acontecimientos y verdades–”²⁰. Leibniz, en línea de coherencia con su racionalismo innatista, demuestra la existencia de Dios a través del argumento ontológico. Recordemos, brevemente, el esquema de esta argumentación: adoptando como punto de partida la noción de Dios: “ser que incluye todos los grados de perfección”, se deduce que tiene que existir forzosamente porque, de lo contrario, le faltaría una perfección, lo cual es contradictorio con su definición. Leibniz discute con Descartes, pues considera que la argumentación del pensador francés es insuficiente, le hace falta un complemento. La premisa mayor (“Dios es el más grande” o, como dice Descartes, “el más perfecto de todos los seres”, es decir, la “noción de Dios”) da por supuesto algo que falta demostrar: que la existencia de Dios es posible. Para Leibniz, lo posible tiene un sentido lógico pues es aquello que excluye toda contradicción y, a su vez, lo real es lo posible. Por lo tanto, hay que demostrar, primero, que la noción de Dios es posible, es decir, no es contradictoria. Ahora bien, en Dios su esencia o posibilidad es total y, por eso, basta con mostrar su posibilidad para demostrar su existencia. La expresión “posibilidad total” que utiliza Leibniz equivale a la noción de necesidad: lo enteramente posible es necesario, porque la contingencia es una limitación de la posibilidad. Luego de estas consideraciones, Leibniz entiende que alcanzó la formulación definitiva del argumento ontológico: Dios es el ser necesario como enteramente posible, es decir, como posibilidad total. Esa posibilidad total, irrestricta, sin límites que se da en Dios, es omniposibilidad que equivale a necesidad. Ahora bien, la posibilidad total es imposible que sea contradictoria. En resumen, si Dios es el ser perfectísimo, su posibilidad es total, porque su esencia es plena y, por lo tanto, existe²¹.

Nos queda por ver el problema de la relación de la ley natural con Dios. Transcribimos una cita directa de Leibniz, extraída del libro, que resume en

²⁰ *LyN*, 111.

²¹ *LyN*, 134.

forma suficientemente clara la posición del filósofo de Hannover: “Es cierto que un ateo puede ser geómetra; pero si no hubiese Dios, la geometría carecería de objeto. Sin Dios, no sólo no habría nada existente, sino que tampoco habría nada posible”²². Es decir: sin Dios no hay nada y tampoco ley natural. Se advierte, a simple vista, una vez más, que Leibniz afirma tesis que tienen una innegable coincidencia con el pensamiento clásico. Empero, la autora señala las divergencias de orden metafísico y gnoseológico entre ambas posiciones: en la doctrina clásica, se llega a Dios partiendo de las cosas creadas, remontándonos desde lo que percibimos por experiencia en el mundo que nos rodea hasta Dios como su causa o principio primero en el orden del ser y, a su vez, como fundamento último de todo lo existente y, por ello, también del orden moral y jurídico. Así, Dios es ontológicamente anterior a la ley natural, pero no lo es desde el punto de vista gnoseológico. Leibniz recusa la experiencia externa a favor de la experiencia interna y de las ideas innatas. Para el filósofo alemán, Dios es susceptible de ser conocido *a priori*, es decir, por vía puramente racional y sin recurso a la experiencia y, en un segundo momento, a partir de la posibilidad de Dios se desprende la posibilidad del mundo actual y del orden moral.

5. Consideraciones finales

El problema del nominalismo y su proyección en la filosofía práctica es, probablemente, una de las cuestiones de mayor trascendencia en nuestros días. Por tanto, la importancia teórica de esta obra no radica meramente en el mérito que pueda tener dilucidar y explicar el pensamiento de un filósofo del siglo XVII, ciertamente difícil y poco estudiado. Con ser valioso ese aporte, creemos que el estudio de Giselle Flachsland se destaca por el hecho de haber abordado un tema eminentemente actual. Es que los movimientos y las escuelas de pensamiento con mayor influencia en el siglo XX y lo que va de este siglo son, sin excepción, nominalistas. En efecto, la filosofía analítica contemporánea, la multiforme y variable corriente de los posmodernos, los neokantianos de la Escuela de Frankfurt, e incluso algunas corrientes sedicentemente tomistas son, todas ellas, nominalistas, sin perjuicio de sus matices y diferencias; por lo tanto y en línea de coherencia con esta posición metafísica-gnoseológica de base, postulan teorías éticas “débiles” (al decir de Gianni Vattimo), cuyos fundamentos se reducen, en la mayor parte de los casos, al consenso social, a la decisión de la mayoría, en fin, a la voluntad del hombre.

²² *Teodicea*, N° 184, citado en *LyN*, 173.

La falta de acuerdo y las recurrentes polémicas respecto de las más diversas cuestiones sociales, éticas y políticas contemporáneas están indisolublemente vinculadas con la forma con la que se conciben, se comprenden y se utilizan nociones tan relevantes para la filosofía práctica como la de “persona humana” y “vida humana”, “derechos humanos”, “familia”, y tantas otras, en sentido nominalista. La autora ha abordado, pues, un tema rigurosamente fundamental. Empero, claro está, no lo ha agotado en modo alguno. Por lo tanto, sería de desear que, desde la perspectiva de la tradición aristotélica y tomista, otros profesores continúen la línea de investigación abordada en este libro por la Lic. Giselle Flachslan.

JULIO LALANNE

Urbaneja, Marcelo E., *Propiedad horizontal*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Colección Código Civil y Comercial de la Nación, El Derecho, 2016.

Marcelo Eduardo Urbaneja es abogado graduado con medalla de Oro de la Universidad Católica Argentina. Es miembro del Ateneo de la Academia Nacional del Notariado y Secretario del Instituto de Derecho Registral de la Universidad Notarial Argentina. Es docente en varias asignaturas en la UCA y en la Universidad Notarial Argentina. Participó en varios Congresos de Derecho Registral, tanto en el ámbito nacional como internacional. También es autor de varias obras en materia notarial.

Los cambios normativos que tuvieron lugar a partir del 1º de agosto de 2015 han generado en la colectividad jurídica gran incertidumbre, y el correlativo deber como profesionales de ponerse al corriente y adecuarse a los cambios introducidos. El instituto de la propiedad horizontal, derecho real de insoslayable relevancia y aplicación permanente en las zonas metropolitanas, no ha quedado exento de tales modificaciones.

Como bien nos explica Urbaneja en su libro, la propiedad horizontal es un fenómeno esencialmente urbano. Fuera del ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, solo las grandes capitales densamente pobladas evidencian un significativo desarrollo de este derecho real. En el resto del país su desarrollo es mínimo. Esto último se comprende con claridad a partir de la siguiente reflexión estadística:

“En la Ciudad de Buenos Aires, cuyo registro inmobiliario contiene 1.500.000 matrículas, tres cuartas partes corresponden a unidades de propiedad horizontal, distribuidas en aproximadamente cien mil edificios. Cerca del 85 por ciento de quienes viven en esa localidad lo hacen en dichas unidades. En cambio, en la provincia de Buenos Aires, con alrededor de 7.500.000 matrículas (el registro inmobiliario más grande del mundo), el 15 por ciento de ellas está representado por unidades de propiedad horizontal” (p. 19).

A partir de 1970, surge una nueva realidad que desde entonces perdura y se acrecienta: la gran cantidad de clubes de campo y barrios privados que optan por la figura de la propiedad horizontal. Las evidentes asimetrías entre el sistema de la Ley 13.512 y la finalidad de estas nuevas manifestaciones inmobiliarias eran señaladas permanentemente por los juristas. En este libro, el autor nos hará ver cómo el Código Civil y Comercial de la Nación ha intentado brindar una solución a este asunto, y a varios otros.

Es sabido que para que pueda hablarse de propiedad horizontal, es necesario que se confeccione un instrumento indispensable, que es el Reglamento de Propiedad Horizontal (antes llamado Reglamento de Copropiedad

y Administración). En el libro se realiza un análisis detallado de este acto jurídico necesario para el nacimiento de este derecho. Como nos explica Urbaneja, el Reglamento integrará, desde su confección e inscripción, el título suficiente en la transmisión que se haga de cada parte privativa (conjuntamente con el título de dominio). Esto último es anunciado ahora expresamente por el Código, a partir de un precepto que dispone que en ningún caso los adquirentes podrán pretender que les resulta inaplicable el Reglamento otorgado por sus antecesores; ya sea que lo hayan conocido o no.

Es deber de cada nuevo adquirente de derecho real sobre la unidad funcional el requerir que el Reglamento le sea presentado y ponerse en conocimiento de los derechos y obligaciones que le corresponden como propietario/consorcista de un edificio o conjunto sometido al régimen de propiedad horizontal. La vocación registral del Reglamento resulta innegable, en virtud del artículo 1893 del Código, y hace a la buena fe requerida en el actuar de cada acto jurídico.

En el libro se analizan también otras cuestiones que hacen al derecho de propiedad horizontal, como ser las facultades y los deberes de los consorcistas. Esto último deberá surgir con claridad del Reglamento de Propiedad Horizontal. Estos derechos y obligaciones dependerán en su extensión y contenido, según se trate de partes privativas o comunes. Como dice nuestro autor: “[...] el derecho que se ostenta sobre la parte privativa se asemeja al dominio, y el que se consagra sobre las partes comunes, al condominio de indivisión forzosa perdurable” (p. 87).

El derecho sobre las partes privativas permite a su titular transmitirlo y constituir cualquier derecho real o personal, sin necesidad de contar con la conformidad de los demás consorcistas. Asimismo, con las partes comunes sucede lo contrario, ya que cualquier decisión que se tome respecto a estas partes deberá contar con la aprobación de los demás propietarios. El autor nos hace notar dos diferencias esenciales entre las facultades sobre las partes privativas y el dominio. Por un lado, la inseparabilidad respecto de las partes comunes, que hace que sean alcanzadas por los efectos producidos por una situación jurídica ocurrida con respecto a las partes privativas, y por otro, la necesidad de respetar el destino previsto en el Reglamento.

A modo de conclusión, podemos afirmar que el propósito del autor es brindar de manera compendiada un panorama orientador de las múltiples aristas a las que invita la propiedad horizontal; y proporcionarle al lector las herramientas para operar en el mundo jurídico actual. Por lo tanto, la obra está orientada principalmente a la interpretación del ordenamiento jurídico en vigor, y solo secundariamente sugerir, desde una óptica subjetiva del autor, qué soluciones hubiesen resultado más adecuadas. Para ello, se describe sucintamente el desarrollo y la evolución normativa de este

derecho real, para terminar en un análisis particular de cada uno de los elementos que componen la propiedad horizontal, y los derechos y obligaciones a los que da lugar, a partir de la normativa vigente desde el 1° de agosto de 2015.

LUDMILA PONCE

REVISTA *PRUDENTIA IURIS*

NORMAS DE PUBLICACIÓN

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

I. Cobertura temática

1. La Revista *Prudentia Iuris* publica textos relacionados con la investigación jurídico-política conforme a su misión que se inserten en las siguientes categorías temáticas:
 - 1.1. Filosofía del Derecho (Derecho Natural, Teoría del Derecho, Principios e Instituciones Jurídicas).
 - 1.2. Derecho Público (Constitucional, Administrativo, Penal, Laboral y Previsión Social, Tributario, Político, Internacional).
 - 1.3. Derecho Privado (Civil y Comercial).
 - 1.4. Historia del Derecho.
 - 1.5. Derecho Canónico y Eclesiástico.
 - 1.6. Derecho Comparado.

II. Secciones de la Revista

1. **Trabajos 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. No podrán tener una extensión menor a las 4.000 ni mayor a las 12.000 palabras. La Redacción se reserva el derecho a publicar artículos en dos fascículos diferentes.

- 1.3. Estos trabajos serán sometidos al arbitraje de evaluadores conforme al punto IV.
- 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 deberán enviar por vía digital a la Revista una carta firmada que atestigüe la originalidad del texto tomando como guía el formulario disponible en el sitio web de la Revista.
- 1.5. El trabajo deberá enviarse con el título en idioma original y además 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.
- 2. Notas y Comentarios:** trabajos breves sobre tópicos jurídicos, jurisprudencia o legislación. Extensión menor a 4.000 palabras.
Los trabajos propuestos para esta sección deberán ser originales, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos sin autorización de la Revista *Prudentia Iuris*. Los autores deberán enviar por vía digital a la Revista una carta firmada que atestigüe la originalidad del texto tomando como guía el formulario disponible en el sitio web de la Revista.
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.
- 3. Recensiones:** reseñas de libros de aparición reciente (en principio no más de dos años) con una extensión máxima de 2.000 palabras.
- 4. Cátedra Ley Natural y Persona Humana:** artículos, comentarios y reseñas que se relacionen con la Cátedra, incluyendo ponencias y comunicaciones que se presenten en Jornadas atinentes a la Cátedra que a criterio del Director merezcan ser publicadas por su relevancia académica. Los requisitos son los mismos que los puntos 1, 2 y 3 del presente apartado según sea la índole del texto.
- 5. Documentos:** la Dirección 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.
- 6. Otras secciones según la necesidad del número publicado:** noticias, traducción o publicación de textos ya publicados en otras lenguas, publicación de Conferencias y/o Comunicaciones en Congresos o Seminarios, etc.

III. Los autores

1. Deben enviar sus 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 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 de la Universidad Católica Argentina como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica.
5. Los autores deberán declarar además todo lo relacionado con algún conflicto de intereses tales como si la investigación ha sido financiada por alguna institución, o si ha sido realizada en el marco de una beca, o si ha existido colaboración de personas que merezcan reconocimiento, etc.

IV. Evaluación inicial y arbitraje

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. En el caso de los artículos de investigación, tal evaluación inicial se orienta a decidir el pase del trabajo a arbitraje. La Revista se reserva la posibilidad de rechazar trabajos en forma anticipada, brindando los motivos del caso. En caso de desacuerdo con la decisión, el eventual pedido de reconsideración será sometido al Comité Editorial de la Revista.
2. Además, la Secretaría de Redacción 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 en el caso de los artículos de investigación o bien de su publicación en el resto de las contribuciones.

3. *Prudentia Iuris* sólo iniciará el proceso de arbitraje de trabajos que se ajusten a las presentes “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 la sección de “Trabajos de Investigación” serán evaluados por uno o dos especialistas externos a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, designados por la Dirección de la Revista. Estos textos se someterán a arbitraje según el sistema de “doble ciego” para preservar el anonimato de los autores y de los árbitros.
5. Los árbitros solicitados deberán evaluar los trabajos conforme al punto II.1, según el formulario correspondiente y deberán guardar confidencialidad respecto a todo lo referido a su intervención como evaluadores.
6. El plazo para la realización del arbitraje será como máximo de 60 días desde la recepción del texto. Como agradecimiento a su colaboración se le entregará un ejemplar del número de la Revista en que hubiere intervenido como árbitro.
7. El dictamen del árbitro deberá indicar: Aprobado – Aprobado con cambios (opcional u obligatorio) – Aprobado, pero el árbitro verificará las correcciones – Rechazado. El dictamen será comunicado al autor.
8. En caso de controversia en el proceso de arbitraje, la cuestión será resuelta por el Comité Editorial de la Revista.
9. En todos los casos, se publicará la fecha de recepción del trabajo y la fecha de su aceptación, sea por el árbitro académico, o bien por la Dirección Editorial, según corresponda.

Anexo: Formato básico para textos y citas bibliográficas

Textos

Papel A4; interlineado 1,5; tipo de letra Times New Roman: **NEGRITA 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***.

Citas bibliográficas

Seguimos las normas internacionales de referencia pautadas por APA (*American Psychological Association*) que se utilizan en las publicaciones atinentes a las Ciencias Sociales.

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.wwww>.

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.

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.