

# FORUM

04

AÑO 2016

ANUARIO  
DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA  
UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA



# **FORUM**

## **ANUARIO DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

**– Nº 4 - Año 2016 –**



# FORUM

## ANUARIO DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

– N° 4 - Año 2016 –

**Facultad de Derecho  
Universidad Católica Argentina**

**ORLANDO JUAN GALLO**

**Director del Centro de Derecho Constitucional**

**ROBERTO ANTONIO PUNTE**

**Coordinador del Anuario**

**CONSEJO DE REDACCIÓN**

**Luis M. Roldán - Ezequiel Abásolo - Germán Masserdotti -  
Carlos Gabriel Arnossi**



Editorial de la Universidad Católica Argentina



### **Autoridades de la Universidad**

Arzobispo Rector Mons. Dr. Víctor Manuel Fernández

Vicerrector de Asuntos Académicos e Institucionales:  
Dr. Gabriel Limodio

Vicerrector de Asuntos Económicos:  
Dr. Horacio Rodríguez Penelas

Vicerrectora de Investigación:  
Dra. Beatriz Balian de Tagtachian

### **Autoridades de la Facultad**

Decano:  
Dr. Daniel Alejandro Herrera

Secretario Académico:  
Dr. Néstor A. Raymundo

Prosecretario Académico:  
Dr. Fernando Ubiría

Director de Investigación Jurídica Aplicada:  
Dr. Jorge Nicolás Laferrière

Director del Departamento de Posgrado:  
Dr. Gustavo Costa Aguilar

Fundación Universidad Católica Argentina  
Forum 04: Anuario de Derecho Constitucional de la Facultad  
de Derecho de la Universidad Católica Argentina; compilado  
por Roberto Punte. - 1a ed. edición especial - Ciudad Autónoma  
de Buenos Aires: Educa, 2016.  
190 p.; 23 x 16 cm.

ISBN 978-987-620-305-0

1. Derecho Constitucional. 2. Derecho Constitucional.  
3. Derecho Constitucional . I. Punte, Roberto, comp. II. Título.  
CDD 342

Los autores de los artículos publicados en el presente número ceden sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que incorpore la versión digital de los mismos al Repositorio Institucional "Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina" como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica

## **UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA**

FUNDACIÓN UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA  
A. M. de Justo 1400 • P.B., Contrafrente • (C1107AAZ)  
Tel. / Fax 4349-0200 • educa@uca.edu.ar  
Buenos Aires, abril de 2016

ISBN: 978-987-620-305-0

---

Queda hecho el depósito que previene la Ley 11.723  
Printed in Argentina - Impreso en la Argentina

## SUMARIO

<b>Editorial:</b> Sentido y vigencia en la conmemoración de nuestra independencia como nación soberana ROBERTO ANTONIO PUNTE .....	9
Riesgos operativos argentinos en materia electoral ALBERTO B. BIANCHI Y ESTELA B. SACRISTÁN .....	13
Objeción de conciencia frente al aborto NORBERTO PADILLA .....	29
Los crucifijos en los espacios públicos del Poder Judicial: una sentencia del Tribunal Superior de La Pampa frente a una campaña nacional M. DELFINA ORPELLI, M. SOLEDAD RICCARDI Y DÉBORA RANIERI DE CECHINI.....	49
La potestad civil en Francisco de Vitoria MIGUEL J.R. DE LEZICA.....	69
El poder liberado de la modernidad. De la monarquía absoluta a la partidista, pasando por la parlamentaria JUAN FERNANDO SEGOVIA .....	83
Derecho Penal Líquido: Derrame de la expresión constitucional CARLOS MANUEL ROMERO BERDULLAS .....	119
<b>Bibliográficas</b> Seis libros sobre el papa Francisco FLORENCIO HUBEÑÁK.....	185





## EDITORIAL

### SENTIDO Y VIGENCIA EN LA CONMEMORACIÓN DE NUESTRA INDEPENDENCIA COMO NACIÓN SOBERANA

El 9 de julio de 1816, reunido en la ciudad San Miguel de Tucumán, el Congreso de las Provincias Unidas declaró como expresión de su voluntad unánime e indubitable la emancipación solemne del poder metropolitano, proclamando a esta nación libre e independiente en el ejercicio de sus derechos de gobierno. La proclama de aquel día dotó de sentido a la lucha armada y vertebró vínculos no sólo con la familia y la tierra, sino a una pertenencia mayor, pues, según las líneas de la canción patriótica, "se levanta a la faz de la tierra, una nueva y gloriosa nación".

Doscientos años más tarde transitamos esta conmemoración, ceremonia de recordación de los padres, del pasado, de homenaje a los héroes, de repaso y comprensión de logros y fracasos, con la mirada puesta en la posibilidad de nuestras fuerzas para hacer real para nosotros y nuestra posteridad las siempre actuales promesas contenidas en el preámbulo constitucional.

Hemos sido enseñados a vernos como pueblo a la vez fuente y actor. Autores y destinatarios de la organización nacional, titulares de una soberanía de la que dimanaban derechos y garantías anteriores a la Constitución misma. O sea, la prestigiosa y antigua noción de que las constituciones escritas no hacen sino recoger libertades originarias, que ha sido necesario escribir y precisar para que puedan garantizarse, sorteando la discrecionalidad y la tiranía, ya vengan de un dictador, de algunos pocos oligarcas o de la propia muchedumbre.

Esta fecha augusta es una buena oportunidad para revisar conductas, un examen de conciencia ciudadano, semejante a la necesaria revisión periódica de un automotor, cuando, manual en mano, se verifica el desgaste de las piezas, reemplazando lo que corresponda, para asegurar un desempeño adecuado para conductor y pasajeros. Esta es una rutina y si se cumple es esperable viajar sin sobresalto, aunque el desperfecto o el accidente resulten siempre imprevistos posibles de esos que ocurren sin aviso. Del mismo modo, cabe recibir este tiempo de oportunidad para juzgar decisiones y actos a la luz de nuestro manual básico de convivencia, contenido en la Constitución Nacional e instituciones en ella asentadas, por esa aceptación pacífica que conforma las buenas costumbres de un pueblo.

Nuestra Constitución considera valiosa y defendible la vida humana, la educación, el trabajo, la familia, la honestidad en el ejercicio de la función pública y en el trato entre empresas y consumidores. La reconocida preeminencia de la Iglesia implica un plexo normativo arraigado en la cultura, correspondiente a un modo de civilización en la organización social, de la relación interpersonal, en la familia, la crianza y educación de los hijos, la relación con la propiedad y el ambiente, que también da contenido al concepto de ética pública. En el actual contexto pluralista puede decirse que rige con admitida vigencia, en la medida que determina un estándar de conducta que puede interpretarse de modo independiente de cualquier convicción, para configurar una forma de relación o vínculo entre las personas sostenida en ese sustrato básico denominado "moral pública", a su vez sustentado de muchas decisiones individuales, vertidas a la convivencia. Se funda en el orden público sostenido en las reglas y valores constitucionales, pues cada norma expresa una exigencia ética de liderazgo y conducta, un compromiso de pueblo y gobernantes, expresado liminarmente en el preambulo, que compromete los objetivos de unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros y nuestra posteridad.

Lejos de la aceptación pasiva de estos valores que conforman un "sentido común" colectivo, debieran ser tiempos enérgicos, aquellos en que los pueblos impulsan a sus políticos a crear, partiendo de lo institucional por seguro, admitiendo sus carriles, pero generando me-

jores situaciones de bien posible colectivo, lugares compartidos propicios para que los proyectos personales y familiares de todos y cada uno puedan cumplirse.

La primordial búsqueda y consolidación de la paz está en la esencia del pacto constitucional de convivencia. De ahí que resguardar su vigencia, acotar las divisiones, enmendar errores, reparar daños, corregir enfrentamientos, sanar rencores y resentimientos, levantar a los caídos e incluir a los marginados, y, en lo posible neutralizar todo motor de violencia, constituye la esencia del buen gobierno y cimienta cualquier programa para adquirir el futuro. La orientación hacia la paz, superando rencores, envidias, pugnas y divisiones, configura la piedra fundamental de la politicidad y necesariamente un eje central también de nuestro reflexionar sobre el sentido de nuestra vida en común.

ROBERTO ANTONIO PUNTE



# RIESGOS OPERATIVOS ARGENTINOS EN MATERIA ELECTORAL

ALBERTO B. BIANCHI<sup>1</sup> Y ESTELA B. SACRISTÁN<sup>2</sup>

## RESUMEN

La experiencia emergente de las elecciones tucumanas del 2015 propicia la urgente consideración de diversas alternativas que la tecnología ofrece para alejar las posibilidades de que la voluntad del votante sea alterada. Una de ellas es la denominada “boleta electrónica”.

## PALABRAS CLAVE

Código Electoral Nacional - boleta electrónica - Derecho Comparado.

## 1. PLANTEO Y OBJETIVOS

Si miramos retrospectivamente el año 2015, veremos que el mismo fue electoralmente intenso. Se renovaron las autoridades nacio-

1. Abogado (Universidad Católica Argentina, 1978). Doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires, 1988, con tesis recomendada al Premio Facultad). Miembro de Número de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires.

2. Abogada (Universidad del Museo Social Argentino, 1992). Especialista en Derecho Administrativo Económico (Universidad Católica Argentina, 1998). Doctora en Derecho (Universidad de Buenos Aires, 2006, tesis calificada sobresaliente). Beca UCA postdoctoral.

nales, muchas de las provinciales, las de la Ciudad de Buenos Aires y las de los municipios. Todo ello abre un espacio para reflexionar sobre algunos aspectos electorales específicos, especialmente a partir de comicios tan cuestionables como los que hubo en la provincia de Tucumán durante el año pasado, que llevaron a Pedicone de Valls a sostener que dicha provincia “necesita una reforma política y electoral en forma urgente”<sup>3</sup>.

Aclaremos, sin embargo, que el presente aporte se refiere solamente al sistema nacional, regido por el Código Electoral Nacional (CEN),<sup>4</sup> pues repasar todas las regulaciones electorales provinciales, en una síntesis razonable de los mismos, excedería los límites de este comentario. Tampoco se analizará el sistema electoral en sí, regulado en el Título VII del CEN<sup>5</sup>. Sólo nos centraremos en algunos de sus problemas operativos, pues es allí, precisamente, donde proliferan los mecanismos irregulares que posibilitan el fraude electoral y las figuras aledañas a éste.

En síntesis, los párrafos siguientes estarán dedicados a comentar los aspectos prácticos de la emisión del voto y de sus controles de acuerdo con lo establecido en el CEN, con el propósito de señalar cuáles son sus falencias o desactualizaciones y cómo podrían ser éstas corregidas para que el voto sea fiel manifestación de lo querido por todos y cada uno de los votantes, es decir, para que sea legítimo.

3. Opinión de Gilda PEDICONE DE VALLS receptada en SIN AUTOR, “Tucumán necesita una reforma política y electoral en forma urgente”, *Contexto*, San Miguel de Tucumán, 17 de agosto de 2015, en <http://www.contextotucuman.com/nota/17564/yquot%3Btucuman-necesita-una-reforma-politica-y-electoral-en-forma-urgentyquot%3B.html> (último acceso: 18-2-2016).

4. Ley 19.945 (B.O. 19-12-1972), modificada por las leyes: 20.175 (B.O. 02-03-1973); 22.838 (B.O. 28-06-1983); 22.864 (B.O. 04-08-1983); 23.168 (B.O. 17-01-1985); 23.247 (B.O. 25-09-1985); 23.476 (B.O. 23-03-1987); 23.952 (B.O. 12-07-1991); 24.012 (B.O. 03-12-1991); 24.444 (B.O. 19-01-1995); 24.904 (B.O. 18-12-1997); 25.610 (B.O. 08-07-2002); 25.658 (B.O. 16-10-2002); 25.684 (B.O. 03-01-2003); 25.858 (B.O. 06-01-2004); 25.983 (B.O. 30-12-2004); 26.215 (B.O. 17-01-2007); 26.495 (B.O. 27-03-2009); 26.571 (B.O. 14-12-2009); 26.774 (B.O. 02-11-2012); y 27.120 (B.O. 08-01-2015).

5. Nos remitimos para ello a los muchos trabajos existentes sobre la materia; por todos: DALLA VÍA, Alberto Ricardo, *Instituciones de Derecho Político y Constitucional, Derecho Político y Electoral*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, tomo II.

Después de todo, como expresara DALLA VÍA, “[e]l sistema electoral ha dado todo lo que podía dar y necesita una reforma, que debe discutirse en el Congreso”<sup>6</sup>. Veamos, entonces, qué anida en el núcleo de esa necesidad de reforma.

## 2. UN SISTEMA OPERATIVO MUY ANTICUADO Y FÁCIL DE CORROMPER

“Es muy antiguo el actual sistema de votación”, se ha afirmado, con todo acierto<sup>7</sup>. En efecto, cualquiera que lea el CEN en los aspectos operativos relacionados con: (a) la constitución de las mesas electorales; (b) la recepción de los padrones, de las urnas y de los útiles que se entregan a las autoridades de mesa; (c) la emisión del sufragio; (d) su control por parte de los fiscales de los partidos políticos; (e) la confección de las actas con el escrutinio practicado por las mesas electorales y (f) la posterior remisión de dichas actas y de las urnas al Correo, puede llegar a creer que estamos todavía en 1912.

### a. Una comparación

Esto no es una exageración. Si comparamos las normas respectivas del CEN con las de la Ley Sáenz Peña,<sup>8</sup> veremos que el sistema prácticamente no ha variado en el último siglo. Veamos a tal efecto el cuadro siguiente:

6. Opinión del citado camarista electoral, receptada en RUIZ, Iván, *El futuro gobierno ya trabaja en la reforma política y electoral*, en *La Nación*, Buenos Aires, 30 de noviembre de 15, en: <http://www.lanacion.com.ar/1849991-el-futuro-gobierno-ya-trabaja-en-la-reforma-politica-y-electoral> (último acceso: 18-2-2016).

7. Opinión de Alberto DALLA VÍA, camarista electoral, receptada en SIN AUTOR, “Juez electoral cree que hay provincias ‘no capacitadas para hacer elecciones’”, en *BAE Negocios*, Buenos Aires, 29 de septiembre de 2015, en: <http://www.diarioba.com/notas/99458-juez-electoral-cree-que-hay-provincias-no-capacitadas-para-hacer-elecciones.html> (último acceso: 18-2-2016).

8. Ley 8.871 (B.O. 26-03-1912).



Ley Sáenz Peña (1912)	CEN (2015)
<p><b>“Artículo 34.</b> Los jueces federales tan pronto se haya dado cumplimiento a las disposiciones de los arts. 29 y 30 de esta ley, enviarán a la junta escrutadora del distrito dos listas, y a cada uno de los presidentes del comicio <u>tres listas depuradas del padrón. Este envío será hecho por medio de la Dirección de Correos de la capital respectiva, (...)</u>”.</p>	<p><b>“Artículo 65. Su provisión.</b> El Poder Ejecutivo adoptará las providencias que fueran necesarias para remitir con la debida antelación a las Juntas Electorales <u>las urnas, formularios, sobres, papeles especiales y sellos que éstas deban hacer llegar a los presidentes de comicio.</u> Dichos elementos serán provistos por el Ministerio del Interior y distribuidos por intermedio del Servicio Oficial de Correos”.*</p>
<p><b>“Artículo 35.</b> El día señalado para la elección por la convocatoria respectiva, los presidentes de comicio y sus suplentes se apersonarán en el local de antemano designado por el P.E. de la Nación, a las 8 antemeridiano, <u>munidos de todos los útiles</u> a que se refiere el art. 54 (...)</p>	<p><b>“Artículo 66. Nómina de documentos y útiles.</b> La Junta Electoral entregará a la Oficina Superior de Correos que exista en el asiento de la misma, con destino al presidente de cada mesa, <u>los siguientes documentos y útiles: (...)</u>”</p>
<p><b>“Artículo 54 –</b> En los primeros diez días de sus reuniones, las juntas [escrutadoras] procederán a hacer los nombramientos prescriptos en el art. 30, a mandar a imprimir y fijar los carteles a que se refiere el art. 29 de esta ley en la forma prescripta por el mismo, <u>y a distribuir entre los presidentes de comicio todos los útiles recibidos del P. E. de la Nación.</u> Las urnas se entregarán cerradas y selladas en la oportunidad y forma que las juntas lo consideren conveniente, quedando las llaves en poder de las mismas”.</p>	<p><b>“Artículo 81. Constitución de las mesas el día del comicio.</b> El día señalado para la elección por la convocatoria respectiva deberán encontrarse a las 7.45 horas, en el local en que haya de funcionar la mesa, el presidente y sus suplentes, el empleado de Correos con <u>los documentos y útiles que menciona el artículo 66</u> y los agentes de policía que las autoridades locales pondrán a las órdenes de las autoridades del comicio (...)</p>
<p><b>“Artículo 46.</b> <u>Terminada la elección, el Presidente cubrirá la urna, en su abertura, con una hoja de papel fuerte que sellará, firmará y hará firmar</u> por todos los presentes apoderados de los candidatos, con mención de los que se nieguen a hacerlo (...)</p>	<p><b>“Artículo 104. Cierre de la urna y sobre especial.</b> <u>Seguidamente se procederá a cerrar la urna, colocándose una faja especial que tapaná su boca o ranura,</u> cubriéndose totalmente la tapa, frente y parte posterior, que asegurarán y firmarán el presidente, los suplentes y los fiscales que lo deseen. Cumplidos los requisitos precedentemente expuestos, el presidente hará entrega inmediatamente de la urna y el sobre especial indicado en el artículo anterior</p>
<p><b>“Artículo 47.</b> <u>Enseguida el mismo presidente encurrará en un sobre esta acta y la entregará personal é inmediatamente, con la urna que contenga los votos, a la oficina de Correos más próxima,</u> dentro de los límites del departamento o partido. Todos los documentos a que se refiere el acta antedicha irán contenidos en el mismo sobre que ella, <u>y de su entrega al Correo, así como de la entrega de la urna,</u> recabará el presidente recibo en duplicado, con expresión de la hora en que lo hizo, y enviará uno de los recibos a la junta escrutadora en sobre aparte, que entregará en el acto a la misma Oficina de Correos”.</p>	<p>en forma personal, a los empleados de Correos de quienes se hubiesen recibido los elementos para la elección (...)</p>

“**Artículo 59.** En sesión pública, la junta escrutadora, reunida en el recinto de la Cámara de Diputados, en la Capital de la Nación, y en el de las legislaturas, en las capitales de las provincias, desde el día siguiente al del acto electoral y continuando sus trabajos en tantos otros días cuanto sean necesarios a la rápida ejecución de las operaciones de este capítulo, procederá: (...) 4.- A confrontar la hora en que, según el acta, se terminó el acto electoral, con la de la entrega de la urna a la Oficina de Correos (...)”\*

“**Artículo 98.** Todas las remisiones de los jueces federales, juntas escrutadoras y presidentes de comicio, serán hechas por medio del Servicio de Correos (...)”\*

“**Artículo 105. Comunicaciones.** Terminado el escrutinio de mesa, el presidente hará saber al empleado de Correos que se encuentre presente, su resultado, y se confeccionará en formulario especial el texto de telegrama que suscribirá el presidente de mesa, juntamente con los fiscales, que contendrá todos los detalles del resultado del escrutinio, debiendo también consignarse el número de mesa y circuito a que pertenece”\*

“**Artículo 106. Custodia de las urnas y documentación.** Los partidos políticos podrán vigilar y custodiar las urnas y su documentación desde el momento en que se entregan al Correo hasta que son recibidas en la Junta Electoral (...). Cuando las urnas y documentos deban permanecer en la oficina de Correos se colocarán en un cuarto y las puertas, ventanas y cualquiera otra abertura serán cerradas y selladas en presencia de los fiscales, quienes podrán custodiar las puertas de entrada durante el tiempo que las urnas permanezcan en él. El transporte y entrega de las urnas retiradas de los comicios a las respectivas juntas electorales se hará sin demora alguna en relación a los medios de movilidad disponibles (...)”\*

\* Los destacados no son del original.

## b. Resultados de la comparación

Las normas comparadas revelan, en primer lugar, que en la actualidad, del mismo modo que en 1912, todo lo relativo a la emisión del sufragio y su control, reposa en los mismos mecanismos, que son: (a) la confección de los padrones; (b) la entrega de los padrones, las boletas, las urnas y los “útiles” (sellos, etc.) a las autoridades de mesa por parte del Correo; (c) la emisión física del sufragio (introducción de la boleta en un sobre en el cuarto oscuro y su depósito en la urna); (d) la administración de este proceso por las autoridades de mesa y el control por los fiscales de los partidos políticos; (e) el escrutinio inicial de votos (el llamado escrutinio de la mesa, regulado por los artículos 101 y ss., CEN) y la confección de las actas; y (f) la entrega de las urnas y las actas al Correo, que se encarga de su traslado y depósito y de su remisión posterior a las juntas electorales, que llevan a cabo el escrutinio definitivo.

Se advierte, en segundo lugar, que ninguno de estos segmentos del proceso electoral está informatizado. Por el contrario, todo lo relativo a la emisión del sufragio y sus controles sigue siendo tan físico y mecánico como lo era hace un siglo. En un mundo donde la informatización y los medios electrónicos cumplen un rol cada vez mayor –incluso ingresando a los trámites judiciales y administrativos–, es curioso que el sistema electoral se mantenga completamente ajeno a ellos.<sup>9</sup>

En tercer lugar, los controles del sistema están básicamente en manos del Poder Ejecutivo, ya que éste provee los padrones y las urnas y controla al Correo, que es un organismo oficial, estatal<sup>10</sup>, desde la desprivatización ocurrida en 2003. Hasta que intervienen las juntas electorales, el único control que podríamos llamar “externo”, es el de los fiscales del partido político, que no es obligatorio y, además, resulta completamente aleatorio. No es obligatorio porque la validez del sufragio no depende de la presencia de fiscales de cada uno de los partidos políticos en todas las mesas electorales; y es aleatorio porque la cantidad de fiscales que cada partido puede aportar depende, por supuesto, de su número de afiliados o voluntarios y, en algunos casos, incluso de sus recursos económicos o de su fortaleza para fiscalizar en determinados distritos<sup>11</sup>. Esto significa, naturalmente, que los partidos grandes son quienes están en mejores condiciones de custodiar sus boletas y sus votos.

9. Ampliar, con provecho, en las apreciaciones que, sobre los medios electrónicos, efectúa el máximo juez electoral del Brasil, José Antonio Dias Toffoli, en la columna de VENTURA, Adrián, “Ni el Poder Ejecutivo ni el Congreso deben incidir en las elecciones”, *La Nación*, Buenos Aires, 11 de octubre de 2015, en: <http://www.lanacion.com.ar/1835569-jose-antonio-dias-toffoli-ni-el-poder-ejecutivo-ni-el-congreso-deben-incidir-en-las-elecciones> (último acceso: 18-2-2016).

10. Correo Oficial de la República Argentina, Decreto 1075/2003 y sus prórrogas.

11. Se han mencionado, como distritos más conflictivos que otros, a Tucumán, Jujuy, Formosa, el interior de Chaco o algunos lugares de la provincia de Buenos Aires, como La Matanza, Moreno, Merlo, Lomas de Zamora, José C. Paz y Malvinas Argentinas; conf. opiniones receptadas por ALCONADA MOM, Hugo, “Refuerzan la fiscalización por temor a un resultado ajustado”, en *La Nación*, Buenos Aires, 19 de octubre de 2015, en <http://www.lanacion.com.ar/1837675-los-candidatos-extremamedidas-para-la-fiscalizacion-del-escrutinio> (último acceso: 18-2-2016).

Como consecuencia de ello, buena parte del proceso electoral – en sus puntos más sensibles y constitutivos– puede quedar huérfano de controles suficientes. Ello genera el riesgo de que se produzcan manipulaciones que influyan en su resultado, mucho antes de que las juntas electorales lleven a cabo el escrutinio definitivo de acuerdo con lo establecido en el artículo 107 y ss., CEN.

### c. Las manipulaciones

Se han enumerado, prolijamente, diversas formas de manipulación en los actos eleccionarios. Así, los supuestos de “urnas embarazadas”, el “voto cadena o calesita”, el robo de boletas<sup>12</sup>. A ellas pueden sumarse muchas otras manipulaciones, incluyendo la que probablemente sea la más común, es decir, la adulteración de las boletas, que consiste en la introducción, en el cuarto oscuro, de boletas falsas, que son tomadas como válidas por el votante, y que generan un voto inválido.

No menos común es la sustitución de urnas, que puede ocurrir luego del escrutinio de la mesa cuando ya sea cuando se encuentran en tránsito hacia el Correo, o bien en el Correo mismo<sup>13</sup>. Esta forma de fraude fue denunciada en las últimas elecciones en Tucumán y dio lugar a que la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, en el caso “*Acuerdo para el Bicentenario vs. Provincia s/ Amparo*”, anulara el acto electoral en una sentencia<sup>14</sup> que –con la velocidad con que a veces actúa la justicia impulsada por la política– fue inmediatamente revocada por la Corte Suprema

12. Conf. STRUMINGER, Brenda, “Fraude electoral: los especialistas explican cómo se practica cuánto influye en una elección”, en *La Nación*, Buenos Aires, 28 de agosto de 2015, en: <http://www.lanacion.com.ar/1822799-fraude-electoral-especialistas-explican-como-se-practica-y-cuanto-influye-en-una-eleccion> (último acceso: 18-2-2016).

13. Ver SIN AUTOR, “Las doce variantes de posible fraude electoral”, en *La Gaceta*, Tucumán, 20 de octubre de 2015, en: <http://www.lagaceta.com.ar/nota/657968/politica/12-variantes-posible-fraude-electoral.html> (último acceso: 18-2-2016).

14. Sentencia N° 822 del 16 de septiembre de 2015.

provincial.<sup>15</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha resuelto, al momento de escribir estas líneas, el recurso extraordinario planteado contra la sentencia de la Corte provincial<sup>16</sup>. Y, pasado el tiempo, podría incluso declarar que el caso es abstracto, permitiendo que los hechos superen al Derecho. Sin perjuicio de cuál sea, en definitiva, la decisión en este caso, debe ponerse de manifiesto la influencia decisiva que el Correo tiene en una elección; la misma es tan importante en nuestros días, como lo era en 1912. No en vano la primera estatización que dispuso Néstor Kirchner, fue la estatización del Correo.<sup>17</sup>

También es usual el empleo del llamado “voto cadena”, que el ojo cuidadoso del fiscal de mesa debe detectar y frenar, especialmente ante autoridades de mesa complacientes. Este ingenioso sistema, hijo dilecto de la más pura viveza criolla, consiste en lo siguiente: (a) el “puntero” político le entrega un sobre a un elector con las firmas (verdaderas o falsas) de las autoridades de mesa<sup>18</sup>; (b) el elector concurre a la mesa donde le entregan un sobre auténtico; (c) el elector coloca la boleta del partido que le han indicado en el sobre que le dio el puntero y vota; (d) al salir, le entrega al puntero el sobre auténtico y recibe a cambio una dádiva; (e) el sobre auténtico entregado por el primer elector, es llenado con una boleta del partido, cerrado por el puntero y entregado por el éste a otro elector, quien recibirá la dádiva sólo si trae un nuevo sobre auténtico. La repetición de todo ello, a lo largo de la jornada electoral, permite obtener los resultados asombrosos que se observan en algunos distritos.

Se trata, como puede verse, de un sistema en el cual un solo voto puede ser eventualmente anulado o –en todo caso– emitido a favor

15. Sentencia de fecha 20 de septiembre de 2015. Vale la pena poner de resalto que el 20 de septiembre de 2015 fue día domingo.

16. A la fecha, la *webpage* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación indica una serie de actuaciones –siete, en total– ocurridas el 9-11-2015 en el expediente CSJ 004662/2015-00.

17. Decreto 1075/2003, del 19-11-2003.

18. El triste sistema se perfecciona cuando, antes de que se inicie la cadena, un elector obtiene, antes de colocar su sobre en la urna, una imagen fotográfica del sobre firmado pues ello le facilita, al “puntero”, la falsificación de las firmas.

de otro partido (el primero de la “cadena”); todos los subsiguientes –emitidos a favor del partido que genera la “cadena”– son formalmente legítimos, pues están emitidos en sobres válidos, con boletas válidas, por electores inscriptos en el padrón.

### 3. OTROS FACTORES. LOS REMEDIOS POSIBLES

Antes de analizar cuáles serían los remedios posibles, para evitar el fraude electoral o las figuras asimilables a él, que facilita un sistema rudimentario como el que hemos descripto, queremos hacer hincapié en un hecho no menor, que debe incluirse en toda agenda política republicana: nos referimos a la dispersión de las fechas electorales –causa del llamado “calendario electoral dilatado”<sup>19</sup>–, pues ello también conspira contra la transparencia del sistema.

#### a. Calendario electoral:

Cierto es que, en un régimen de gobierno federal, cada provincia organiza no sólo su sistema electoral, sino que fija también la fecha en que se llevarán a cabo las elecciones de sus autoridades. Por tal motivo, el gobierno federal no podría fijar, de manera unilateral, el día en que uniformemente deberían llevarse a cabo las elecciones nacionales, provinciales y municipales. Sin embargo, no es menos cierto que, cuando existe una gran dispersión de fechas electorales, es mu-

19. Ampliar en VENTURA, Adrián, “El sistema se debe cambiar, pero el Congreso y el Poder Ejecutivo no escuchan”, en *La Nación*, Buenos Aires, 6 de septiembre de 2015, en: <http://www.lanacion.com.ar/1825532-dalla-via-y-corcuera-el-sistema-se-debe-cambiar-pero-el-congreso-y-el-poder-ejecutivo-no-escuchan> (último acceso: 18-2-2016), receptando especializadas opiniones de Santiago CORCUERA y Alberto DALLA VÍA, jueces de la Cámara Nacional Electoral.

Ver, asimismo, con provecho, DALLA VÍA, Alberto, “La reforma judicial en materia electoral”, *El Derecho Constitucional*, vol. 2004, págs. 613-620, y BASTERRA, Marcela, “Simultaneidad de elecciones y principio de razonabilidad”, en *La Ley*, 2005-A, págs. 114-120.

cho más fácil, para un partido oficial con tendencias antidemocráticas, concentrar sus esfuerzos en determinados distritos electorales<sup>20</sup> y trasladar a sus militantes de un lugar a otro, a los efectos de manipular allí la elección, que si existiera un solo “día de elecciones”. Tampoco debe olvidarse que los resultados electorales en un distrito influyen en los de otros distritos.

Esta cuestión fue rápidamente comprendida por los norteamericanos. Hasta 1845 las fechas de elección de los miembros del colegio electoral eran fijadas por cada estado independientemente. Ello generaba complicaciones y por ello, en enero de 1845, el Congreso sancionó una ley estableciendo que los electores para Presidente y Vicepresidente debían ser elegidos, el mismo día, en todos los estados.<sup>21</sup> De tal modo, en Estados Unidos, “la concentración de la fecha de las elecciones es absoluta”<sup>22</sup>. A tal fin se eligió como “*election day*” el martes siguiente al primer lunes de noviembre cada cuatro años.<sup>23</sup> Desde

20. Recordemos que, de acuerdo con el artículo 39 (1) CEN, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires constituyen, cada una, un distrito electoral.

21. En su parte pertinente, la ley decía: “*The electors of President and Vice President shall be appointed, in each State, on the Tuesday next after the first Monday in November, in every fourth year succeeding every election of a President and Vice President*”. Esta disposición se mantiene vigente en la actualidad y está contenida en 3 U.S. Code §1.

22. DALLAVÍA, Alberto, su *Prólogo* a MIÑO, Juan Andrés y BUSMAIL, Alfredo Rafael, *Democracia y elecciones. Apuntes para una reforma política*, Buenos Aires, El Ateneo, 2015, págs. 9-12, esp. pág. 11.

23. La elección de este día, que genera actualmente bastantes controversias, tenía sentido en la sociedad agraria de mediados del siglo XIX. En aquel entonces la mayoría de los electores eran granjeros que debían trasladarse al lugar en el cual se reunía el colegio electoral, usualmente una ciudad. En primer lugar, Noviembre no era un mes de cosecha, ni de siembra y la temperatura todavía no era tan fría como en los meses siguientes. Los caminos, además, se mantenían todavía transitables, pues no había empezado aún a nevar. En segundo lugar, ir a votar les insumía un día de ida y otro de vuelta, además del día de la elección. No se podía votar el domingo porque los fieles iban a la iglesia, el miércoles era día de mercado y el jueves votan los ingleses, de modo tal que se eligió el martes. Tampoco podía ser el primer martes del mes, pues si la fecha coincidía con el 1° de noviembre, ese es el Día de Todos los Santos, posterior a la celebración de Halloween del 31 de octubre, de modo tal que se fijó una fecha flotante que oscila entre el 2 de noviembre (si el primer lunes es 1° de noviembre) y el 8 (si el primer martes es 1° de noviembre). Ver, entre

1875 ese mismo día se ha fijado también para la elección de los representantes o diputados.<sup>24</sup>

También en la Argentina la elección presidencial se lleva a cabo en el mismo día en todo el país, ya que a esos fines el territorio nacional constituye un único distrito<sup>25</sup> pero, además de esta unificación, debería intentarse la simultaneidad, es decir, la celebración, en un mismo día, de todas las elecciones nacionales, provinciales y municipales, objetivo que puede lograrse por medio de una ley convenio.

## **b. El aporte de la electrónica**

Sin perjuicio de ello, la experiencia del año electoral 2015 deja en claro que es preciso reemplazar el viejo sistema manual del CEN, tan antiguo como la Ley Sáenz Peña, por algún sistema de urna electrónica, de boleta electrónica o, al menos, por algún sistema mecanizado que no esté tan expuesto a los riesgos y maniobras de clientelismo antes descritos. Tales sistemas mecanizados comprenderían, a modo de ejemplo, la “urna electrónica” y la “boleta electrónica” y obligan a tender la mirada hacia la experiencia comparada y argentina. Así:

### *i. Urna electrónica*

No es ajeno a nuestra consideración que las experiencias de otros países en materia de voto electrónico –más exactamente, de “urna electrónica”– no son totalmente satisfactorias y que cualquier sistema –por sofisticado que parezca– puede ser manipulado.

---

Otros sitios: <http://usgovinfo.about.com/od/thepoliticalsystem/a/whenwewote.htm> (último acceso: 18-2-2016).

24. 2 U.S. Code § 7.

25. CEN, artículo 148.



## ii. Boleta electrónica

Empero, a la luz del buen resultado que arrojó la implementación de la denominada “boleta única electrónica” en las elecciones del 2015 para la elección de Jefe de Gobierno en la Ciudad de Buenos Aires, creemos que esta experiencia debería extenderse al resto del país en razón de su evidente éxito<sup>26</sup>.

## iii. La experiencia electrónica en el Derecho Comparado:

Veamos, en primer lugar, cuál es el estado actual de la experiencia internacional en la materia del “voto electrónico” entendido como género, de acuerdo con el siguiente cuadro:<sup>27</sup>

Países con voto electrónico generalizado	Estados Unidos, Brasil, Bélgica, Estonia, India, Filipinas y Venezuela
Países con voto electrónico parcial o en estudio	Entre otros: Argentina, Australia, Canadá, Colombia, Ecuador, Emiratos Árabes Unidos, España, Francia, Guatemala, Japón, Méjico, Noruega, Panamá, Paraguay, Perú, Rusia y Suiza.
Países en los que el voto electrónico está legalmente prohibido o ha sido suspendido	Alemania, Finlandia, Holanda, Irlanda y Reino Unido

Dentro del primer grupo de países, el liderazgo en materia de voto mecanizado y electrónico corresponde a los Estados Unidos, donde desde finales del siglo XIX se han venido usando una gran

26. Ampliar en MUSSE, Valeria y SORIA GUADALUPE, Alan, “La nueva boleta electrónica debutó con éxito y aceleró el escrutinio”, en *La Nación*, Buenos Aires, 6 de julio de 2015, en: <http://www.lanacion.com.ar/1808027-la-nueva-boleta-electronica-debuto-con-exito-y-acelero-el-escrutinio> (último acceso: 18-2-2016).

27. Fuente: GOBIERNO VASCO. DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD, “Países con implantación”, Euskadi Plus, 2012, en [http://www.euskadi.net/botoelek/otros\\_paises/ve\\_mundo\\_impl\\_c.htm](http://www.euskadi.net/botoelek/otros_paises/ve_mundo_impl_c.htm) (último acceso: 18-2-2016).

cantidad de sistemas diferentes. En 1892 fue empleada la primera máquina de votación denominada “Myers Automatic Booth”, un sistema basado en el uso de palancas mecánicas, en el que a cada candidato se le asignaba una palanca. En 1930 estas máquinas fueron instaladas en las principales ciudades de Estados Unidos y en 1960, casi la mitad de la población votaba con estas máquinas. Asimismo, desde 1980 han existido cinco tipos de sistemas de votación: máquinas de palanca, tarjetas perforadas, papeletas de votación con o sin sistemas de escaneo óptico y máquinas de grabación electrónica directa o DRE (máquinas que graban los votos por medio de una papeleta de votación en forma de pantalla provista de botones o pantallas de digitalización que pueden ser activados por el votante)<sup>28</sup>. Más recientemente, se ha empleado también el voto por internet para los militares o ciudadanos que están destinados en otros países (voto *in absentia*).

Dentro de los países americanos, Brasil<sup>29</sup> y Venezuela<sup>30</sup> también han extendido el voto electrónico en forma general.

En el otro extremo, la gran mayoría de los países europeos, con excepción de Bélgica<sup>31</sup> y Estonia, no han instalado el voto electrónico

28. En inglés, *direct-recording electronic (DRE) voting machine*.

29. Entre muchos otros ver: LIN, Gloria y ESPINOZA, Nicole, “Electronic voting. Brazil”, Stanford University, 2007, en: [http://cs.stanford.edu/people/eroberts/cs181/projects/2006-07/electronic-voting/index\\_files/page0006.html](http://cs.stanford.edu/people/eroberts/cs181/projects/2006-07/electronic-voting/index_files/page0006.html) (último acceso: 18-2-2016).

30. Entre muchos otros, ver: VARIOUS, “Facts about Venezuela’s Presidential Elections and the Voting Process”, October 4th, 2012, en: <http://venezuelanalysis.com/analysis/7315> (último acceso: 18-2-2016).

31. El gobierno belga fue pionero en la aplicación de sistemas de voto electrónico comenzando en 1989. El método se basaba en tarjetas de banda magnética los datos se grababan con la ayuda de una pantalla táctil y un lápiz óptico. Posteriormente se introducían las tarjetas en urnas electrónicas que computaban automáticamente los resultados. En 1994, se estableció el marco legal para el voto electrónico. En el 2010 comenzó un proceso de licitación para la selección de un nuevo sistema. El nuevo sistema se basa en una urna electrónica con pantalla táctil y con posibilidad de imprimir un comprobante del voto en papel para posibles auditorías de los resultados electrónicos. Vid., DE COCK, Danny y PRENEEL, Bart, “Electronic Voting in Belgium: Past and Future”, en la obra colectiva: ALKASSAR, Ammar y VOLKAMER, Melanie (eds.) *E-Voting and Identity*, que recoge los trabajos presentados en la First International

o, habiéndolo hecho, han vuelto al sistema de papel por las inseguridades que aquel presenta.

En el Reino Unido, desde la sanción de la *Representation of the People Act* (2000),<sup>32</sup> se han llevado a cabo más de treinta pruebas piloto con diferentes sistemas de votación electrónica y todas resultaron insatisfactorias. La Comisión Electoral, un organismo independiente creado por el Parlamento, que tiene a su cargo el monitoreo de las elecciones<sup>33</sup> ha analizado estos experimentos y, si bien reconoce que existe una gran demanda popular para la implantación del voto electrónico y por internet, admite que todavía no se ha diseñado un sistema completamente seguro que reemplace al del papel.

Más drástica aún ha sido la decisión en Alemania, bien que la cuestión allí se ha planteado más en el terreno de los principios que en el de la técnica. El voto electrónico fue implantado en Alemania por primera vez en 2005<sup>34</sup> y, si bien no se detectaron irregularidades en los comicios, dos ciudadanos, Joachim Wiesner y su hijo, Ulrich Wiesner, plantearon que el sistema era inconstitucional pues no permitía a los electores un control del voto posterior a su emisión. El Tribunal Constitucional, en una sentencia del 3 de marzo de 2009,<sup>35</sup> hizo lugar al planteo y declaró inconstitucional el voto electrónico, dejando a salvo las elecciones de 2005 en las cuales no se detectaron irregularidades. El fallo sostuvo, en síntesis, que el voto electrónico atentaba contra la naturaleza pública de las elecciones y era contrario a los artículos 38, 20.1 y 20.2 de la Ley Fundamental de Bonn (*Grundgesetz* – GG), según los cuales todos los pasos esenciales de una elec-

---

Conference, VOTE-ID 2007, Bochum, Germany, October 4-5, 2007, Springer, 2007, págs. 76-87.

32. Específicamente, “*An Act to make new provision with respect to the registration of voters for the purposes of parliamentary and local government elections; to make other provision in relation to voting at such elections; and for connected purposes*”, o “*Representation of the People Act 2000*”, Chapter 2.

33. Puede ampliarse en: THE ELECTORAL COMMISSION, “*The Independent Elections Watchdog and regulator of party and election finance*”, Londres, 2015, en: <http://www.electoralcommission.org.uk/> (último acceso: 18-2-2016).

34. Así lo establecía el artículo 35 de la ley electoral alemana (*Bundeswahlgesetz* – BWG).

35. 2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07.

ción, deben estar sujetos a un escrutinio público, a menos que otros intereses públicos justifiquen una excepción.

De los países asiáticos, la India es el único en el cual se ha implantado el voto electrónico en forma general. También se ha empleado en Filipinas. El sistema en la India comenzó a utilizarse parcialmente en 1989 y, hacia 2003, se había extendido ya a todo el territorio nacional. En 2004, en las elecciones al Parlamento se utilizaron un millón de máquinas electrónicas y más de 670 millones de electores votaron durante tres semanas y en 2011, Gujarat fue el primer estado de la India en experimentar con voto por internet. Los resultados sin embargo, no son satisfactorios. En 2010, un grupo de técnicos internacionales manifestaron a la Comisión Electoral de la India que las máquinas de votación no proporcionaban la “seguridad, la verificabilidad y la transparencia adecuada de la confianza en los resultados de las elecciones” e instaron a la Comisión Electoral a explorar otras formas de votación.<sup>36</sup>

#### *iv. La experiencia argentina*

En la Argentina, finalmente, votar con asistencia de la electrónica es algo aún incipiente.

Una de las pioneras fue la provincia de Salta en las elecciones de abril de 2011, donde un 33% del padrón votó por medio del sistema de “boleta única electrónica”.<sup>37</sup>

Posteriormente, en las elecciones de julio de 2015, para la elección del Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, se empleó la “boleta única electrónica”.<sup>38</sup> Los resultados fueron satisfactorios y no

36. Ver. WOLCHOK, Scott; WUSTROW, Eric; HALDERMAN, J. Alex; PRASAD, Hari K., KANKIPATI, Arun, SAKHAMURI, Sai Krishna; YAGATI, Vasavya, GONGGRIJP, Rop, “Security Analysis of India’s Electronic Voting Machines”, Chicago, Illinois, 2010, en <https://jhalderm.com/pub/papers/evm-ccs10.pdf> (último acceso: 18-2-2016).

37. Ampliar en TRIBUNAL PROVINCIAL ELECTORAL DE SALTA, “Ventajas del sistema de boleta única electrónica”, en: <http://www.electoralsalta.gov.ar/wfBUEVentajas.aspx> (último acceso: 18-2-2016).

38. <http://www.buenosaires.gob.ar/boletaelectronica> (último acceso: 18-2-16).

se denunciaron irregularidades<sup>39</sup>, por lo que se ha considerado que este sistema trae ventajas<sup>40</sup>, implicando “una etapa superadora del resto de los sistemas utilizados en el país”<sup>41</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

Es difícil –y parece poco serio– extraer conclusiones definitivas sobre un tema tan vasto y complejo, en el cual existen un sinnúmero de sistemas que generan, a su vez, un sinnúmero de opiniones encontradas.

Resumiendo –y asumiendo que toda simplificación está expuesta al error– podríamos decir que existen cuatro sistemas básicos de votación que aglutinan, a su vez, una gran diversidad de subsistemas: (a) el voto manual; (b) el voto mecanizado; (c) la boleta electrónica y (d) la urna electrónica, comprendiendo aquí el voto por internet.

Frente a las quejas y riesgos de manipulación que ofrecen los sistemas manuales y de urna electrónica,<sup>42</sup> parecería que la boleta electrónica –entre nosotros, “boleta única electrónica”– ofrece una alternativa viable y constituye un paso similar o equivalente al que se dio en el siglo XIX, cuando del voto a viva voz se pasó a la boleta de papel.<sup>43</sup>

39. Ver nota al pie 39.

40. VÁZQUEZ, Mariano J., “El voto electrónico en la Ciudad de Buenos Aires. Comentario sobre el fallo ‘Unión Cívica Radical c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Electoral – otros’ del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en *elDial.com* - DC1EC7.

41. BUSTO, Juan Manuel, “La reforma del sistema de votación en la Argentina”, en *El Derecho*, Buenos Aires, 2015, t. 264, págs. 1-3, esp. pág. 3.

42. La crítica a estos sistemas, además de las comprobaciones empíricas, cuenta con el respaldo del gurú del software y ex hacker Richard Stallman, en cuya opinión manipular un sistema de voto electrónico mediante, por ejemplo, *cracking*, es muy simple. Ver: STALLMAN, Richard, “Computers that Count Votes”, en la webpage personal: <https://stallman.org/evoting.html> (último acceso: 18-2-2016).

43. Ver: ASQUITH, Herbert H., “The Ballot in England”, en *Political Science Quarterly*, New York, December 1888, vol. 3, No. 4: págs. 654-681, en: <https://www.unz.org/Public/PoliticalScienceQ-1888dec-00654> (último acceso: 18-2-2016).

# OBJECCIÓN DE CONCIENCIA FRENTE AL ABORTO

NORBERTO PADILLA<sup>1</sup>

## RESUMEN

En el caso "F., A.L." la Corte Suprema de Justicia de la Nación interpretó el Código Penal respecto a las causales de no punibilidad del aborto, en particular facilitándolo mediante una simple declaración jurada de la mujer que invoca haber sido violada. En forma de exhortaciones a las autoridades nacionales y locales dispuso se emitan protocolos para la rápida implementación de abortos en establecimientos sanitarios. La objeción de conciencia de los profesionales de la salud se contempla en el fallo y en los protocolos dictados en consecuencia, aunque con limitaciones y aspectos discutibles, en especial la no admisión de la de carácter institucional. La reciente jurisprudencia del Uruguay al nulificar artículos del decreto reglamentario de la ley de aborto que afectan la objeción de conciencia es un precedente a considerar también en la Argentina.

## PALABRAS CLAVE

Objeción de conciencia individual e institucional - aborto - protocolos - nulidad - violación - riesgo salud y vida.

1. Profesor titular de Derecho Constitucional (UCA).

La sentencia, unánime en sus conclusiones, recaída el 13 de marzo de 2012 en el caso “F., A.L.” significó la asunción por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de una opción clara y terminante en la forma de interpretar el Código Penal y en el establecimiento de directivas para el “aborto no punible” con la pretensión de imponerlas en todas las jurisdicciones del país. Para ello la Corte de manera sistemática no solamente determinó cómo debe leerse un artículo confuso del Código Penal sino que arremetió contra toda norma del Derecho Constitucional de los Derechos Humanos que pudiera oponerse, en particular, la Reserva Interpretativa de la Convención de los Derechos del Niño. Más aún, a diferencia de proyectos existentes en el Congreso, no hay límite para la intervención médica. En tal sentido, aún “Roe vs. Wade”, cuya senda sigue el fallo argentino<sup>2</sup>, distinguía en tres etapas de la gestación, preservando la criatura al menos desde que puede vivir fuera del seno materno<sup>3</sup>.

Dejando otros aspectos del fallo nos concentraremos en la objeción de conciencia de los médicos y personal sanitario a partir de los lineamientos proporcionados y de los protocolos provinciales puestos en vigor como consecuencia.

## I. LAS EXHORTACIONES DE LA CORTE SUPREMA

La sentencia podría haberse limitado a determinar que no es punible el aborto realizado por médico diplomado en los casos de

2. PADILLA, N., *En la senda de Roe vs. Wade*, El Derecho Constitucional, 2012-409. RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, *Un grave error hermenéutico (El fallo de la Suprema Corte sobre aborto)*, Disertación pronunciada por el Académico Titular Doctor Alberto Rodríguez Varela en la sesión de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales del 22 de noviembre de 2012; NAVARRO FLORIA, Juan G., *Objeción de conciencia a la práctica del aborto en la Argentina*, Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 23 (2010). PADILLA, N., *Aborto y “muerte digna” en la Argentina (Objeción de conciencia según la jurisprudencia y protocolos de aplicación)*, Revista Latinoamericana de Derecho y Religión, N° 1, AÑO 2015. Centro UC-Derecho y Religión, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

3. MILLER, Jonathan - GELLI, María Angélica - CAYUSO, Susana, *Constitución y derechos humanos*, ASTREA, 1991, pág. 848, tomo 1, transcriben partes sustanciales del fallo, seguido de preguntas y notas según en el método de casos.

violación sin limitarse al caso de la mujer idiota o demente. La oscuridad de la norma (¿qué es atentado al pudor, traducida de la locución “attentat á la pudeur?”) llevó a que el proyecto Soler, vigente durante los gobiernos de facto de 1966 y 1976, despenalizara el aborto en todos los casos de violación, pero sujeto a una previa denuncia penal.

Pero la Corte, como parte de un estilo que ha adoptado en su última composición (última al menos al momento de escribir este trabajo), dirige exhortaciones a los otros poderes nacionales y provinciales. En este caso, la primera exhortación es “a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual”. La segunda se dirige a los jueces nacionales y provinciales, con el uso de una palabra talismán, “no judicializar” (algo tan políticamente correcto como el “no criminalizar” por ejemplo, la protesta callejera). ¿Y qué es lo que no debe judicializarse? El libre acceso a los abortos no punibles.

No judicializar, en franca discrepancia con el proyecto Soler, conduce a “criminalizar” al niño por nacer, al que se le priva de la vida, y a consagrar la impunidad de violadores, aún de los pedófilos, de los padres, padrastros y otros familiares abusadores. “No judicializar” equivale a asegurar el aborto y echar un manto de olvido sobre sus causas. Todo lo contrario de lo que hay que hacer. La mujer violada y abusada debe tener, para su propia salud psicofísica, la posibilidad de que el estado haga valer su capacidad punitiva sobre quien le ha causado tamaño perjuicio. En cambio, a la mujer al perjuicio sufrido se le agrega otro igual o peor que la atormentará durante toda su vida. Pero no, al Poder Judicial Nacional y provinciales y de la Ciudad se les exhorta, a “abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente”. A buen entendedor, la exhortación no es tal, es una intimación.

A ello llega tras un itinerario que va del considerando 19 al 31.

A los jueces se les dice que la judicialización es “innecesaria e ilegal”, una “práctica contra legem fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes nacionales como provinciales”. Se les recuerda entonces “la manda consti-



tucional del art. 19 in fine” de la Constitución. Para los jueces el mensaje es claro: está la amenaza de considerarlos incurso en la causal de mal desempeño. Verdaderamente asombroso que, en un país en que se judicializa de todo, sea la vida humana por nacer la que suscita el rayo fulminante de la cólera del más alto Tribunal.

Si los médicos y personal sanitario, puestos ante la duda y el reparo pedían la intervención de la Justicia, si en ese procedimiento un Defensor de Menores cuidaba del “interés superior” del niño como dice la Convención, en adelante, están “advertidos” que no pueden “eludir sus responsabilidades profesionales” cuando es la embarazada o sus representantes legales los que requieren el aborto. Así sea de un nasciturus en los ocho meses de gestación... “ubi lex non distinguit...”.

Si el profesional o el establecimiento hospitalario pensarán muy razonablemente hacer una consulta a otro, dar intervención a un asistente social o un psicólogo, la Corte le hace saber que esos dictámenes “conspiran indebidamente contra los derechos de la víctima, y, hasta puede considerarse “un acto de violencia institucional”. De ahí que sus autores deban responder “por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar”. En una palabra: se intima que el aborto se lleve a cabo de manera rápida, accesible y segura, en el caso de alegarse violación con la declaración jurada y nada más. Desde ya que podría darse que una mujer casada dijese que su embarazo no proviene de un tercero sino de violación por su propio cónyuge, a éste tampoco se le puede preguntar siquiera si los hechos se ajustan a la realidad y cuál es su postura frente a un hijo fruto del matrimonio. ¿Un caso extremo? Esperemos a ver. La amenaza nuevamente está con todas las letras.

La Corte no omitió mencionar el serio tema de la objeción de conciencia. A la manera de proyectos legislativos en danza, supedita su procedencia a que sea ejercida “en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades del establecimiento de salud correspondiente”. Curiosa forma de inmovilizar la conciencia, ya que si con el correr del tiempo, quizás después de practicar varios abortos, quizás tras una nueva reflexión ética o religiosa, el profesional replantease sus pautas morales, se vería imposibilitado de ser atendido y respetado. Esta restrictiva visión de lo que es la objeción

de conciencia “impropia” (en tanto determinada anticipadamente por una norma o se haya, como aquí, “judicializado”) ciertamente no invalida la que es “propia”, cuando la persona tiene la necesidad de conformar su actuar a imperativos de conciencia aunque sea “contra legem”, que es el supuesto más analizado por la doctrina y jurisprudencia. Pero, llama la atención, que así como ocurrió en el debate parlamentario sobre el “matrimonio igualitario”, la objeción de conciencia sea mirada con desconfianza o rechazo, para “reducir a la obediencia” a los eventuales objetores<sup>4</sup>. Distinta es la forma en que se encaró en la ley 25.673 y, más específicamente, a su decreto reglamentario 1282/2003, respecto a los Planes de Salud Sexual y Reproductiva, con la exigencia de “fundamentación” de la objeción de conciencia pero no acotando la admisibilidad a un único momento. O la ley integral que sobre el particular dictó la provincia de San Luis en cuyo art. 10 leemos: “El Estado Provincial reconoce el derecho subjetivo a la Objeción de Conciencia del personal médico y paramédico residente en la Provincia, en materia del ejercicio de su profesión”.

Así pues, el fallo, en cuanto al ejercicio de la objeción de conciencia, es francamente restrictivo. Ante todo, a los profesionales de la salud, imputados de prácticas “contra legem” en cuanto requerir una previa autorización judicial, se les dice que de aquí en más no podrán “eludir sus responsabilidades profesionales” cuando se trate de practicar un aborto “no punible”. Sin vueltas se califica la reticencia de “acto de violencia institucional” definido en la ley 26.485 de protección a la mujer. Para ello, “como intérprete final de la Constitución”, la Corte Suprema considera que su pronunciamiento basta para aventar cualquier duda que pudiera tener el profesional de la medicina.

Llegamos de esta forma a la “exhortación” que el Tribunal dirige a las autoridades nacionales y provinciales para que, “mediante normas del más alto nivel”, se establezcan protocolos hospitalarios para la pronta atención de los abortos, remover obstáculos y barreras administrativas que se han condenado en parágrafos anteriores. Entre los contenidos de los protocolos deberá estar la objeción de conciencia. Podría pensarse que las autoridades respectivas tendrían

4. “Objeción de conciencia, ¿retroceso o revolución?” El Dial, 28.2010.

algún margen para la regulación, pero la sentencia pone las precisas condiciones: “Por otra parte, deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho a la objeción de conciencia sin que ellos se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención personal de la requirente del servicio. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción de conciencia sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades del establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual”.

Obsérvese que la objeción es definida como un derecho del que goza el personal sanitario, pero está entre los obstáculos y barreras a allanar puesto que el interés del Tribunal es asegurar que los abortos puedan practicarse.

Es notable, por decirlo de algún modo, que la única vía de ejercer los derechos por parte de la mujer violada sea para la Corte el aborto. Proponer dar al niño en adopción, o ayudar a la madre y a su familia a integrarlo dándole asistencia social y económica necesarias, sería una interferencia ilegítima para los jueces de la Corte.

Dado que “todos” los establecimientos que atienden embarazos y partos están obligados a contar con los medios humanos y técnicos, la llamada “objeción de conciencia institucional” no está contemplada. El argumento que suele utilizarse es que la conciencia es de las personas físicas, no de las jurídicas. Pero unas, las físicas, tienen el derecho de crear instituciones dotadas de determinado ideario, que refleja las convicciones éticas o religiosas de aquéllos y configura la actividad de éstas. En tal sentido, en la Argentina la ley 25.673 (“Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable”) admite que “las instituciones privadas de carácter confesional que brinden por sí o por terceros servicios de salud, podrán con fundamento en sus convicciones, exceptuarse de lo dispuesto en el art. 6, inciso b) de la presente ley”. El enunciado se amplió en la reglamentación, acertadamente en cuanto al fondo, en exceso en cuanto a las facultades del Ejecutivo, el decreto 1282/2003 mejoró el enunciado de la ley, a costa de exceder su carácter de reglamentario, ya que a las entidades

“confesionales” se agregaron a las que optaran por eximirse y eventualmente derivar a otros centros “en base a sus fines institucionales y/o convicciones de sus titulares”, no necesariamente religiosas, para lo que están obligados a realizar la presentación pertinente a la autoridad de aplicación<sup>5</sup>.

Cabe recordar que la Corte Suprema de los EEUU admitió que empresas de tipo familiar y con evidentes convicciones religiosas, se eximieran, en razón de las mismas, de aplicar aspectos del nuevo sistema de salud social, concretamente cubrir determinados métodos anticonceptivos que sus dueños consideraban abortivos<sup>6</sup>.

## II. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LOS PROTOCOLOS

Ya antes del fallo del 13 de marzo de 2012, el Ministerio de Salud de la Nación, la Ciudad de Buenos Aires y algunas provincias se habían dado sus protocolos para los supuestos de aborto no punibles. Otras provincias lo hicieron después del fallo con mayor o menor amplitud, en tanto que algunas se han abstenido hasta el momento.

En el orden nacional se da la peculiar situación de que no hay, salvo un caso, establecimientos de salud en su jurisdicción, puesto que los mismos están en la órbita de la Ciudad de Buenos Aires y las provincias. No obstante, una Guía Técnica de 2010 y un Protocolo de 2011 fueron seguidos por otro Protocolo de 2015, que por el momento (fin de febrero de 2016) no ha sido dado de baja, como ya veremos.

En junio de 2010, con la firma del Subsecretario de Salud Comunitaria y la Coordinadora Nacional del Programa de Salud Sexual y Reproductiva se publicó la “Guía Técnica para la Atención General de los Abortos No Punibles”. Nos detenemos en lo que se refiere a la ob-

5. NAVARRO FLORIA, Juan G., *Objeción de conciencia...*, cit., y, con relación a la situación de Colombia: PRIETO, Vicente, *Dimensiones personales e institucionales de la objeción de conciencia al aborto*, file:/C:/Users/npadilla/Downloads/30674\_Prieto\_RGDCDEE2012\_Dimensiones.pdf.

6. [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-354\\_olp1.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-354_olp1.pdf) Padilla, Norberto, *Empresa y Libertad Religiosa “Burwell vs. Hobby LOBBY STORES INC. et Al.”*: El Dial, Sección Doctrina, 4-7-2014.

jeción de conciencia: será siempre individual y no institucional, “por lo que toda institución a la que se recurra para la práctica de un aborto no punible deberá en cualquier caso garantizar su realización”. Este principio es claramente violatorio de la libertad de conciencia para los responsables de establecimientos de carácter confesional o que tengan un ideario determinado incompatible con el aborto. En cualquier caso, esta objeción, descartada por una norma reglamentaria, debe ser invocada por las instituciones que la legislación alemana caracteriza como “de tendencia y confesionales”<sup>7</sup>. Respecto a los médicos, existe un plazo de cinco días desde que se constata un caso de aborto no punible, durante el cual el profesional puede solicitar ser sustituido, pasado el cual ya no es posible eximirse. Las mujeres deberán ser informadas en la primera consulta de las objeciones de conciencia de los médicos y personal auxiliar tratante, lo que parece innecesario porque supone un grado de medicina personalizada inexistente en los hospitales públicos y también a menudo en los privados. A la vez, la explicación de por qué el médico o una enfermera se ven impedidos en conciencia de ordenar o realizar un aborto puede ser ocasión propicia, sin presiones y con toda delicadeza, para que la mujer o su grupo familiar tomen conciencia de que está de por medio una vida. En agosto de 2011, la Dirección Nacional de Salud Sexual y Reproductiva puso en vigor un Instructivo para Equipos de Salud “Protocolo para la Atención Integral de Personas Víctimas de Violaciones Sexuales”<sup>8</sup>, aplicable hasta seis meses después de ocurrido el episodio, es decir hasta un grado avanzado de gestación. Un detalle, el Protocolo, si bien expresa que la falta de denuncia no es motivo para no prestar la atención requerida, es conveniente hacerla para evitar la impunidad de los agresores. No hay referencia a la objeción de conciencia, seguramente por considerarla cubierta en el anterior instrumento a que nos referimos.

7. <http://centrodebioetica.org/2015/03/la-objecion-de-conciencia-institucional-un-debate-pendiente-en-chile/> Informe del Dr. Jorge Nicolás Lafferrière. El Rector de la Pontificia Universidad Católica de Chile, ante el proyecto de despenalización del aborto, ha manifestado que ninguno de los centros de salud vinculados a esa universidad realizarán prácticas abortivas.

8. [http://www.msal.gob.ar/saludsexual/downloads/guias%20y%20cuadernillos/Protocolo\\_Violencia\\_Sexual.pdf](http://www.msal.gob.ar/saludsexual/downloads/guias%20y%20cuadernillos/Protocolo_Violencia_Sexual.pdf)

Recordamos que la Corte Suprema exhortaba a que los protocolos se implementaran “mediante normas del más alto nivel”, lo que no había ocurrido con los protocolos reseñados. Tampoco sucedió con el que apareció en junio de 2015, para el que grupos activistas aspiraban a la firma de la presidenta de la Nación. No fue así, tampoco el ministro, ni siquiera el subsecretario, sino la Dirección del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable a colocarla en su sitio web. No es indiferente el nombre que se da a algo, en primer lugar a una persona, en este caso a un programa. Evidentemente “aborto no punible” ha de haber sido considerado negativo y con el uso de una palabra, aborto, capaz de despertar inquietudes. Pues bien, lo negativo se transforma en positivo: la nueva denominación es “Interrupción legal del embarazo”, no se menciona aborto, cambiado por una expresión neutra, y lo no punible se vuelve legal. Abreviadamente “ILE”, ya que es más fácil decir “voy a realizar un ILE”, que puede que pase desapercibido, a “voy a realizar un aborto no punible”. El “Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo”<sup>9</sup> era consagrar el aborto libre y amplio en la Argentina, aunque, como hemos dicho, no había virtualmente espacio donde fuera aplicable, pero servía de pauta para otras jurisdicciones. Simplemente quedaba ampliado el “grave daño para la salud de la madre” a los casos en que “La afectación de la salud mental puede resultar en un trastorno mental grave o una discapacidad absoluta, pero incluye también el dolor psicológico y el sufrimiento mental asociado con la pérdida de la integridad personal y la autoestima”. En una palabra, aborto libre ya que bastará que la mujer lo requiera sin que su necesidad surja de un “diagnóstico profesional”.

Yendo a la objeción de conciencia, el instrumento insiste que debe ser siempre personal y no institucional. De acuerdo a esto, “todos los efectores de salud en los que se practiquen deberán garantizar su realización en los casos con derecho a acceder a ella. Asimismo, deberán contar con recursos humanos y materiales suficientes para

9. [www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000000690cnt-Protocolo%20ILE%20Web.pdf](http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000000690cnt-Protocolo%20ILE%20Web.pdf)

garantizar en forma permanente el ejercicio de los derechos que la ley les confiere a las personas en relación a esta práctica". A tal punto debe garantizarse el servicio que si no hay otro médico disponible el objetor tendrá que realizarlo él o ella. Volveremos sobre este tema de suma gravedad.

Ahora bien, a partir del cambio de gobierno ocurrido el 10 de diciembre de 2015, este Protocolo de ILEs no aparece en la página web de Salud Sexual y Reproductiva, en tanto que lo está el Protocolo de 2011. ¿Quiere decir esto que el de 2015 ha sido derogado? Una consulta directa al organismo estatal tuvo como respuesta que no hay, a fines de febrero, ningún tipo de indicación de cambios. Encontramos también una noticia de que el Secretario Pérez Baliño anunció "una mesa de trabajo" porque "no quieren quedar estigmatizados con esa temática", según refiere la secretaria de género de la CTA<sup>10</sup>. Lo que es seguro que cualquier cambio en forma que restrinja la amplitud del Protocolo despertará reacciones en cadena de grupos activistas. Requerirá convicción y decisión política, sin miedo a quedar "estigmatizado". Esperemos.

### III. CIUDAD Y PROVINCIAS

En la Ciudad de Buenos Aires las alternativas han sido diversas, con judicialización del tema: suspendido el protocolo 1252/2012 por una juez que consideró que no se atenía al fallo de la Corte, la Legislatura, con voto decisivo del FPV dictó una ley que regulaba la práctica con amplitud, y que el Jefe de Gobierno vetó<sup>11</sup>. A la vez, una legisladora planteó la inconstitucionalidad del veto, obtuvo una sen-

10. [www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-10337-2016-01-23.html](http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-10337-2016-01-23.html)

11. Para calibrar las repercusiones, el veto fue repudiado por una solicitada con mil firmas abarcando un espectro de personas entre las que citamos a los senadores María Eugenia Estenssoro, Daniel Cabanchik y Daniel Filmus, Víctor H. Morales, Jorge Lanata, Beatriz Sarlo, Hebe de Bonafini, Fito Páez, Cecilia Roth Martín Caparrós, Osvaldo Bayer, Juan P. Feinmann y sigue la variada lista, demostrativa de que este tema supera fronteras existentes en otros ámbitos. En una reunión de Consenso Republicano, Macri, tras declararse dueño del veto, anunció, "con cierto orgullo" según la noticia periodística, que el martes siguiente se realizaría el primer aborto legal en

tencia favorable y ahí quedó todo en el limbo. Con fecha de 2016, la Sala III de la Cámara Contencioso Tributario de la Ciudad, en base a argumentos técnicos, revocó ese fallo y dejó firme el veto. Los disconformes anuncian que irán al Tribunal Superior. El constitucionalista Andrés Gil Domínguez encontró una sorprendente expresión para definirlo: “Es una fallo misógino”<sup>12</sup>.

Previsiblemente la resolución, que firmó en soledad el entonces ministro de Salud de la Ciudad Jorge Lemus, fue objeto de duros ataques por habilitar la práctica del aborto en seguimiento del fallo de la Corte. El cardenal Bergoglio lo consideró “lamentable”, ya que la Corte Suprema al pretender esos protocolos excedió sus competencias. Pidió “medidas positivas de promoción y protección de la madre y su niño en todos los casos, a favor siempre del derecho a la vida humana”<sup>13</sup>. En esta posición, la voz del Primado fue acompañada por las de diversos grupos evangélicos y pentecostales. Simultáneamente, se levantaron voces que calificaron de restrictivo el protocolo, tal por ejemplo el ex director del Hospital Argerich, D. Spaccaventa, vinculado al oficialismo nacional de entonces. En sus palabras “hemos padecido el informe de Lemus con respecto al protocolo (de aborto no punible) que desoye absolutamente la recomendación de la Corte Suprema sobre la atención institucional obligatoria en los hospitales públicos de las mujeres violadas que tienen derecho a hacerse un aborto”<sup>14</sup>. Dos días después, el ministro renunció aunque este episodio no haya sino el último para decidirlo a ese acto. Actualmente es Ministro de Salud de la Nación.

No obstante las críticas desde los sectores pro-vida, hay que reconocer que políticamente no era fácil eludir la exhortación de la Corte y menos que menos en un lugar como la Ciudad de Buenos Aires.

---

la Ciudad, lo que fue reprobado por la mayoría de los asistentes. [http://www.clarin.com/sociedad/Macri-anuncio-primer-aborto-Ciudad\\_0\\_786521527.html](http://www.clarin.com/sociedad/Macri-anuncio-primer-aborto-Ciudad_0_786521527.html)

12. [www.ijudicial.gob.ar/2016/los-cuestionamientos-al-protocolo-de-aborto-no-punible-deben-plantearse-ante-el-tsj/](http://www.ijudicial.gob.ar/2016/los-cuestionamientos-al-protocolo-de-aborto-no-punible-deben-plantearse-ante-el-tsj/)

<http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-291766-2016-02-04.html>

13. [www.lanacion.com.ar/1507155-bergoglio-considera-lamentable-reglamentar-abortos-no-punibles-en-la-ciudad](http://www.lanacion.com.ar/1507155-bergoglio-considera-lamentable-reglamentar-abortos-no-punibles-en-la-ciudad)

14. <http://www.ambito.com/diario/noticia.asp?id=654184>



La bancada del PRO no logró unificar una posición por lo que el Jefe de Gobierno encomendó al ministro la ingrata tarea. El resultado, como hemos visto, fue que la Legislatura votara una ley aplaudida por los sectores favorables al aborto, que el jefe de Gobierno hizo bien en vetar. Curiosamente, suele echarse en cara o adjudicar malestar en medios eclesiásticos por aquél protocolo firmado por el ministro, en tanto que el veto a la ley pasa desapercibido.

Efectivamente, la Resolución es más restrictiva que el fallo, limítandome a señalar por qué:

- a la mujer se le explica en términos claros y de acuerdo a su capacidad de comprensión el diagnóstico y pronóstico del cuadro, la posibilidad de interrumpir el embarazo y las alternativas existentes y las razones por las que fueron descartadas. La mujer debe firmar que da un consentimiento informado, que es revocable hasta el momento de la intervención, de lo que también se informa. Permite, como se expresa, explicar a la mujer o a sus representantes las prestaciones sociales correspondientes y la posibilidad de dar en adopción. (arts. 9, 10 y 12). En una palabra, que el aborto no es la única solución, o, mejor dicho, no es ninguna solución.
- Frente a los nulos límites puestos por la Corte Suprema en “F. A.L.”, con lo que fue más lejos que “Roe vs. Wade”, la norma del Gobierno porteño fija un plazo máximo de doce semanas con control ecográfico que, agreguemos, puede poner en contacto visual a la madre y al nasciturus, lo que es posible que en más de un caso revierta la decisión original.
- Se forma en cada hospital un equipo interdisciplinario ad hoc para cada caso, en el que no participan objetores de conciencia, lo que contribuye a un análisis más detenido de la situación.

El Capítulo V está destinado a los objetores de conciencia. No se les pide una previa y única declaración sino hasta antes de estar fijada la intervención, pero de modo que no impida que el establecimiento sanitario la pueda hacer. La confidencialidad y estabilidad laboral de los objetores se garantiza expresamente. Por último, si la cantidad de objetores en un lugar dificultase la realización de los

abortos, la autoridad tomará las medidas necesarias, como puede ser el traslado de personal de un hospital a otro.

Cabe destacar que esta reglamentación es únicamente para “los Hospitales del Subsector Público de Salud”.

El veto a la ley de la Legislatura, llevado a los tribunales, fue confirmado por el fallo “Rachid” de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala II, el 19 de diciembre de 2015. Fundamentalmente por razones técnicas el tribunal revocó la sentencia de grado que había hecho lugar tanto a la inconstitucionalidad de dos artículos de la Resol. 1252/12 como a la del veto del Jefe de Gobierno. De esta forma aquélla resolución queda en vigor y sin efecto, en virtud del veto, la ley<sup>15</sup>.

En marzo de 2015, la Asociación para los Derechos Civiles (ADC) hizo un relevamiento de la situación de las provincias frente a los protocolos previstos por la Corte. Para entonces nueve provincias no los tenían (Catamarca, Corrientes, Formosa, Mendoza, San Juan, San Luis, Santiago del Estero y Tucumán). Ocho, sostienen, lo instrumentan con dificultades para su ejercicio, comenzando por el de la Ciudad de Buenos Aires y siguiendo por Córdoba, Entre Ríos, La Pampa, Neuquén, Buenos Aires, Río Negro. Salta queda como la más alejada de las exhortaciones de la Corte y Misiones como la que tiene el sistema más avanzado.

Detengámonos en el de la Provincia de Buenos Aires (Res. Minist. 3146/2012).

El derecho individual se reconoce, no el institucional. El alcance del ejercicio individual es que no se traduzca en derivaciones o demoras ya que el establecimiento debe garantizar la realización, no debe afectar significativamente los derechos de terceros u otros aspectos del bien común, expresión ésta por completo antitética con el objeto de este

15. La causa fue promovida por María de la Cruz Rachid, como legisladora, y Andrés Gil Domínguez, en tanto que habitante. Otra causa acumulada a la primera fue deducida por la Asociación por los Derechos Civiles. Esta más, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA) y la Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI), dedujeron un amparo colectivo contra el gobierno de la Ciudad. Se han oído voces de los perdedores de recurrir al Tribunal Superior.

instructivo. La objeción debe plantearse “con suficiente antelación”, es decir, a partir de la entrada en vigor del Protocolo o del inicio de las actividades en el establecimiento, sea público o privado. De ahí la conveniencia de un registro institucional para prevenir que cualquier servicio en pleno se convierta en objetor, sobre lo que volveremos. Por último, la mujer debe ser informada por el médico de su posición.

Quizás hayan hospitales alzados en una objeción general. Pero como manera de superar este inconveniente no menor, el gobierno bonaerense estableció un “equipo móvil de emergencia” que cumpliera donde hiciera falta con la labor abortiva. Esto, ocurrido en octubre de 2012, fue dejado sin efecto por el gobernador Daniel Scioli ante los reclamos del arzobispo de La Plata, Mons. Héctor Aguer y de sus dos auxiliares, Mons. Baisi y Bochaty<sup>16</sup>.

La Provincia de Entre Ríos permite alegar la objeción hasta el momento de ordenarse la intervención. Por su parte, La Pampa establece que el registro de objetores es confidencial, lo que se critica porque la mujer no puede saber antes de hacerse atender la postura del profesional. Se permite a los médicos asentar en las historias clínicas que el aborto no es posible, lo que se califica como “objeción de conciencia encubierta”.

En la Provincia de Córdoba, la Constitución (art. 4º) consagra el derecho a la vida desde la concepción. Pedro J. Frías, en su comentario a la Carta Fundamental de su provincia escribe: “Sólo cabe comentar que siendo la competencia del Congreso nacional la desincriminación del aborto, en caso de que así lo hiciera total o parcialmente, la prohibición provincial sólo tendría validez dentro de sus políticas de salud”<sup>17</sup>. Tal situación es la que se produce a partir del fallo “F., A.L.”, un protocolo como el exhortado, no puede tener cabida dentro de las políticas de salud de la provincia. La asociación “El Portal de Belén” logró una decisión judicial favorable a la suspensión de la vigencia del protocolo, lo que fue confirmado por la Cámara. Este

16. <http://www.aica.org/13346-fuertes-criticas-al-equipo-movil-para-abortos-anunciado-por-la.html>

17. FRÍAS, Pedro J., *Declaraciones de Fe Política en AA.VV., La Constitución de Córdoba Comentada*, Prof. Dr. Pedro José Frías (coord.), La Ley, 2000, N° 16.

fallo cita a la letra la referencia anterior del ilustre Pedro J. Frías, y continúa: “la vigencia de dicha reglamentación administrativa constituye una amenaza inminente y grave para el derecho a la vida de los niños por nacer y, como la incompatibilidad con la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales salta a la vista sin necesidad de mayor debate o prueba, estamos frente a un supuesto de ilegitimidad manifiesta del acto lesivo, que torna procedente sustancialmente la acción de amparo intentada”<sup>18</sup>. La decisión de la Corte Suprema de Córdoba se hace esperar. Auguremos que resuelva confirmar lo resuelto por las instancias inferiores.

¿Cuáles son los resultados en los lugares donde los registros son públicos?

En Mendoza, hay cincuenta y un profesionales inscriptos, treinta y cinco de ellos tocoginecólogos, en Santa Cruz, cuarenta médicos, número apreciable dada la población comparativamente reducida de esa provincia patagónica. Tanto la más austral, Tierra del Fuego, como Santa Fe poseen registros. En esta última, el registro es accesible por Internet y permite consultar indicando nombre y localidad si determinado profesional es objetor o no. Un proyecto de ley en curso ha suscitado la crítica de la Comisión Interdisciplinaria para la elaboración del Protocolo sobre Objeción de Conciencia de la Universidad Católica de Santa Fe<sup>19</sup> que lo considera inconstitucional, estigmatizante, discriminatoria, contraria a la libertad religiosa y al derecho a la intimidad. Es cierto que basta que el profesional asiente por escrito su objeción, sin necesidad de que el registro sea público. No obstante, diría que más estigmatizante es estar en el listado de los que producen abortos, en tanto que la publicidad de quien se niega a ello sólo redundaría en honor de la persona. Pero no siempre se es lógico en estas materias. Imaginemos que clientes, por ejemplo, corporativos, buscasen en el listado y descartaran jus-

18. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tercera Nominación, caso “Portal de Belén Asociación Civil c/Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba – Amparo – Recurso de apelación (Expte. N° 2301032/36), sentencia del 21 de mayo de 2013.

19. [www.ucsf.edu.ar/registro-de-objectores-de-conciencia-una-medida-que-discrimina/](http://www.ucsf.edu.ar/registro-de-objectores-de-conciencia-una-medida-que-discrimina/)

tamente a quién no aparece como objetor. O que a la hora de un ascenso docente, no digamos hospitalario, el estar en el listado juegue en su contra. Se comprende que, según el art. 10 del proyecto, un objetor no pueda ocupar funciones de dirección y jefaturas en materia de salud sexual y reproductiva. Esa persona se vería forzada, para cumplir con su servicio, en resolver la realización de abortos, o enfrentar abierta o embozadamente las instrucciones que reciba de la autoridad superior. En una palabra, vivir en permanente conflicto de conciencia<sup>20</sup>.

#### IV. LECCIONES DESDE LA VECINA ORILLA

En el año 2008, el Congreso de la República Oriental del Uruguay, con el voto mayoritario de los legisladores del Frente Amplio, gobernante, aprobó una ley de aborto. Pero por mensaje del 14 de noviembre, el entonces y actual presidente, Dr. Tabaré Vázquez fundó en quince razones su decisión de vetar la ley.

Una de esas razones fue la forma en que se regulaba la objeción de conciencia (XI), y lo planteó con términos severos: “el proyecto aprobado genera una fuente de discriminación injusta hacia aquéllos médicos que entienden que su conciencia les impide realizar abortos, y tampoco permite ejercer la libertad de conciencia de quien cambia de opción y decide no realizarlo más. Nuestra Constitución sólo reconoce desigualdades ante la ley cuando se fundan en los talentos y virtudes de las personas. Aquí, además, no se respeta la libertad de pensamiento de un ámbito por demás profundo e íntimo”<sup>21</sup>.

20. Estas situaciones han llevado, según nos han informado, que en Canadá disminuya el número de candidatos a ser médicos ginecólogos.

21. Un análisis exhaustivo punto por punto del mensaje en: Veto al aborto, Estudios interdisciplinarios sobre las 15 tesis del Presidente Tabaré Vázquez. Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2013. El capítulo *Veto a la limitación de la libertad de conciencia* (pág. 121) a cargo de la Dra. Carmen Asiain Pereira, Profesora de Derecho y Religión, Universidad de Montevideo y actual Presidenta del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa.

Es digno de destacarse esta actitud del mandatario uruguayo, afrontando incluso el costo de apartarse de la fuerza política a la que pertenecía. Los argumentos no son de tipo religioso sino éticos y médicos (él lo es). Y parte de un principio, que debería repetirse una y otra vez también en la Argentina y ante el fallo “F., A.L.”: “Hay consenso en que el aborto es un mal social que hay que evitar”.

Con la presidencia de José Mujica, se sancionó la ley 18.897 de “Interrupción Voluntaria del Embarazo” (también aquí, se elude la palabra aborto). Pero, como suele ocurrir, el régimen contemplaba limitaciones así que “fueron por más”. El decreto 375/12 reglamentó la ley ampliándola en especial afectando el derecho a la objeción de conciencia. Frente a ello tenemos otra lección de nuestros vecinos: un grupo de médicos ginecólogos planteó ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo una acción de nulidad contra varios artículos del decreto. Y en casi todos ellos, el Tribunal les dio la razón, anulándolos con efectos totales y absolutos, lo que, destaca la Dra. Carmen Asiain Pereira en su análisis de la sentencia, es algo excepcional por ser el decreto un acto abstracto y general<sup>22</sup>. Nos permitimos seguir al menos en parte su análisis.

Ante todo, la sentencia valoriza la objeción de conciencia, derecho fundamental y de la máxima jerarquía, como expresión de la libertad de conciencia. Es un derecho preexistente a que el ordenamiento normativo lo recoja. Cuando ello ocurre estamos ante la objeción de conciencia impropia, el legislador admite que hay un conflicto entre lo que la ley manda y la conciencia de quien debe ejecutarla. Bien sabemos que si miramos nada más que medio siglo atrás, los objetores eran personas de grupos minoritarios que resistían el servicio militar o el saludo (veneración se decía) a los símbolos patrios. En la actualidad los objetores pertenecen a confesiones mayoritarias o a grupos no religiosos pero activos en la defensa de sus convicciones éticas y se da por una multiplicación de causas (una “partenogénesis”, dice la autora que seguimos) que mucho tienen que ver con la omnipotencia e irrespon-

22. ASIAIN PEREIRA, Carmen, *Objeción de Conciencia. Tribunal de máximo rango anula con efectos generales y absolutos decreto que la restringía*, en Revista de Derecho Público, noviembre de 2015, N° 48, [www.revistaderechopublico.com/revistas/48/asiain.php#reft46](http://www.revistaderechopublico.com/revistas/48/asiain.php#reft46)

sabilidad del legislador de ser dueño y señor de la vida. Sabemos que la ley no regula todos los supuestos y que, aún regulándolos, puede ser reticente o sesgada en perjuicio de la libertad de conciencia. Estamos entonces frente a la objeción “propia”, que procede que se reconozca en defensa de la persona y de los derechos asentados tanto en las constituciones como en los tratados de derechos humanos.

El Tribunal toma el concepto de dos maestros españoles en este tema, los Dres. Javier Martínez Torrón y Rafael Navarro Valls y de la propia Dra. Carmen Asiaín, cuando dice que

el referido incumplimiento de la obligación de fuente normativa de parte del objetor, deviene legítimo, por virtud de la tutela que el mismo ordenamiento jurídico depara a la conciencia. En definitiva, el conflicto entre conciencia y ley no pone de manifiesto la ocurrencia de un conflicto entre dos órdenes normativos distintos –el jurídico, por un lado y el moral, religioso o ideológico, por el otro–. En realidad el conflicto, que es sólo aparente, se plantea dentro del mismo orden jurídico –entre la norma jurídica que tutela el derecho a conducirse de conformidad con la conciencia, y la norma jurídica que impone o veda una conducta determinada. Y el conflicto, decimos, es sólo aparente, pues ya ha sido resuelto de antemano por el Derecho, haciendo primar la conciencia, como principio, salvo excepciones...

En realidad el conflicto, que es sólo aparente, se plantea dentro del mismo orden jurídico –entre la norma jurídica que tutela el derecho a conducirse de conformidad con la conciencia, y la norma jurídica que impone o veda una conducta determinada.

En base a esto, un profesional no podría ser obligado a llevar a cabo un aborto porque en ese establecimiento o en ese lugar no haya otro que lo pueda o quiera realizar. En este caso extremo, es claro que nadie puede ser forzado a matar. En tal sentido, el Protocolo nacional de 2015 dice, con remisión a “F. A.L.”, que la objeción puede ejercerse “siempre y cuando no se traduzca en la dilación, retardo o impedimento para el ejercicio de esa práctica médica”. Pero el Protocolo omite lo que sigue diciendo la Corte: que toda institución ha de tener “recursos humanos suficientes” para garantizar el ejercicio de los de-

rechos de las víctimas de la violencia sexual, lo que no queda explicitado en el Protocolo.

Dónde se plantea el límite a la objeción es en los casos de grave peligro para la vida de la madre, que hace que no haya alternativa para conservarla que eliminar al nasciturus. Aunque al parecer esta situación se dé mucho menos que en el pasado, en que la elección hecha en general por el marido de la parturienta a favor de la vida de ésta se convertía en fuente de sufrimiento para la que había sobrevivido. El médico, desde ya, debe hacer todo lo posible para salvar las dos vidas. No entraremos en la forma en que, en caso de no pueda hacerse, tenga que hacer una opción. Son experiencias límite, que los tratados de moral han encarado intentando dar respuestas. En este trabajo, opto por la frase hamletiana: "The rest is silence". Pero nos limitamos a decir que tanto en el Uruguay, como en Colombia, Méjico y el Reino Unido se ha puesto como mal menor salvar la vida de la madre.

Concretamente, la sentencia del país hermano sale al cruce de una artera forma que tiene el decreto en revisión, al igual que el Protocolo argentino de 2015, de ampliar el concepto de salud según la fórmula de la OMS por la vía de eliminar la gravedad del peligro e incluir elementos sico-sociales. Como hemos dicho, es la universalización del aborto. El Tribunal fulmina de nulidad esta flagrante violación del Código Penal: el aborto seguirá siendo punible cuando se practique más allá de las doce semanas de gestación y las razones de practicarse para salvar la vida de la mujer o en caso de grave enfermedad. Como señala nuestra autora, "El Tribunal ha logrado desmentir tal pesimismo nuestro y tal mal pretendido alcance corto del derecho de objeción de conciencia. *La sentencia y los efectos de la anulación han trascendido el agravio de los impugnantes, logrando que la objeción de conciencia haya dejado de ser simple y solo paliativo, para constituirse además en medio de defensa de la vida*".

Otro de los temas es lo que se entiende por participación directa e indirecta en el proceso del aborto. La objeción cubriría la directa, es decir, la realización por el médico y el personal que lo asiste en el momento. En cambio, no cubriría la indirecta, como ser del personal administrativo del establecimiento en cuanto partícipe de actos preparatorios o posteriores (documentación, conformidades, fijación de turnos, disposición de restos). La sentencia considera que cuando la ley utiliza el térmi-



no “procedimiento” abarca unos y otros y permite al objetor oponerse a realizar un acto concreto y determinado cuando considere que va contra los imperativos de su conciencia. Aunque luego el Tribunal no resuelva la nulidad pedida por los médicos en este tema por no afectarlos directamente, los considerandos anteriores son suficientemente explícitos.

La sentencia también considera que la objeción debe formularse por escrito y así desestima la pretensión de los recurrentes en sentido contrario. Coincidimos con la Dra. Asiain Pereira en la razón que asiste al Tribunal. La constancia escrita es requerida en casi todos los actos de contenido administrativo, es el modo de hacer fehaciente y seguro lo que se asienta, tanto para el organismo como para el propio objetor. Es importante para nuestra realidad que los profesionales no duden en asentar la objeción para que nadie pueda pretender que han dado cualquier conformidad con esa práctica.

Consideramos ejemplar este fallo, que ha sabido profundizar en derechos fundamentales de la persona humana, la vida, la dignidad, la libertad de conciencia y de religión. Es cierto que la ley permisiva del aborto subsiste, pero hubiera sido gravísimo quedarse paralizado en estado de indignación. Los médicos que actuaron lograron al menos “acotar o mitigar el mal”, y lo lograron. Estemos alertas para no dejar pasar las oportunidades, como puede ser la presentación como *amicus curiae* en causas judiciales, y contribuir a la formación de los profesionales conscientes del valor de toda vida humana, empezando por la más indefensa, y en el trabajo de todos, sociedad y gobierno, para eliminar causas de aborto, como son el abuso sexual en el interior de la familia y demás agresiones a la integridad sexual, la educación para un ejercicio responsable de la sexualidad, el fortalecimiento de la familia y del matrimonio como su base, la eliminación de las condiciones de miseria y promiscuidad en que viven familias a escasos metros de lugares residenciales de nuestras ciudades. Como cristianos, discípulos de quien es Camino, Verdad y Vida, a celebrar, defender y promover la vida del ser humano que es “la gloria del Dios viviente”<sup>23</sup>.

23. PADILLA, Norberto, *Celebrar, defender y promover la vida*, Revista Criterio, 2-11-2010. [www.revistacriterio.com.ar/bloginst\\_new/2010/11/02/celebrar-defender-promover-la-vida/](http://www.revistacriterio.com.ar/bloginst_new/2010/11/02/celebrar-defender-promover-la-vida/)

# LOS CRUCIFIJOS EN LOS ESPACIOS PÚBLICOS DEL PODER JUDICIAL: UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE LA PAMPA FRENTE A UNA CAMPAÑA NACIONAL

M. DELFINA ORPELLI, M. SOLEDAD RICCARDI Y  
DÉBORA RANIERI DE CECHINI<sup>1</sup>

## RESUMEN

El texto contiene un comentario a la resolución de la Presidencia del Superior Tribunal de La Pampa que responde a la “Campaña Nacional en favor de la neutralidad Religiosa del Poder Judicial” realizada por dos asociaciones civiles que solicitaron a los tribunales orales nacionales y provinciales el retiro de los símbolos religiosos en los espacios públicos del Poder Judicial. El Tribunal pampeano rechazó el pedido argumentando tanto desde el Derecho Constitucional, principalmente sobre el modelo de Estado adoptado en el art 2 de CN, como también desde los derechos individuales de libertad religiosa, derecho a la igualdad y a la imparcialidad judicial. De este modo, la decisión recepta varias ideas jurídico-políticas que la jurisprudencia nacional e internacional ha ido afirmando en la última década.

1. Profesoras e investigadoras de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

**PALABRAS CLAVES**

Símbolos religiosos - espacios públicos - libertad religiosa - neutralidad - imparcialidad judicial - laicidad.

**ABSTRACT**

This paper analyses a resolution written by the Presidency of La Pampa's High Court in order to answer a presentation made by two civil rights associations that had started a national campaign fostering religious neutrality in the judicial system. The presentation asked national and provincial criminal courts to withdraw religious symbols from public places in their buildings. This was denied by the High Court, pursuant to the second article of the National Constitution and the right to religious freedom, equality and judicial impartiality. This decision reflects several legal and political ideas that national and international jurisprudence has been establishing in the last decade.

**KEY WORDS**

Religious symbols - public space - religious freedom - neutrality - judicial impartiality - secularism.

**INTRODUCCIÓN**

En septiembre de 2013 la Asociación por los Derechos Civiles (APC) y la Asociación Pensamiento Penal (APP) realizaron una "Campaña Nacional en favor de la Neutralidad Religiosa del Poder Judicial" solicitando a los tribunales orales nacionales y de la Ciudad de Buenos Aires y a las Cortes provinciales "que ordenen el retiro de las imágenes religiosas exhibidas en las salas donde se celebren audiencias públicas y en todos los espacios públicos de los edificios del Poder Judicial"<sup>2</sup>. Al mismo tiempo, las asociaciones difundieron la

2. Cfr. ADC, "Campaña Nacional en favor de la Neutralidad Religiosa del Poder Judicial. Resultados preliminares del pedido de retiro de imágenes religiosas", dis-

campaña mediante comunicados de prensa<sup>3</sup> e invitaron a organizaciones de la sociedad civil, asociaciones, organismos públicos y personas a adherir a la campaña<sup>4</sup>.

Principalmente dos fueron los argumentos esgrimidos como fundamento de la campaña: por un lado, que la exhibición de imágenes religiosas en lugares públicos se contrapondría a un supuesto “principio de neutralidad religiosa del Estado Argentino” y, por otro lado, la imparcialidad que debe imperar en el ejercicio de la magistratura y la obligación del tratamiento igualitario se verían conculcados por la toma de posición estatal a favor de un credo determinado<sup>5</sup>.

Las respuestas no se hicieron esperar: a nivel provincial, las Cortes de Salta y San Luis rechazaron la solicitud *in limine*; otras opusieron reparos formales (como Río Negro y San Juan); otras dieron vista al Procurador, asesores y asociaciones de magistrados y dos respondieron negativamente deteniéndose en el análisis del pedido y otorgando varios argumentos jurídicos en contra. Tales fueron el Dictamen nro. 13 de la Secretaria Legal y Técnica de la Corte Suprema de Mendoza (12 de diciembre de 2013)<sup>6</sup> y la sentencia del Tribunal Superior de La Pam-

---

ponible en: <http://www.adc.org.ar/resultados-de-la-campana-por-la-neutralidad-religiosa-del-poder-judicial/>.

3. Se pueden encontrar aproximadamente 35 artículos en la prensa relacionados con esta campaña en el momento en que se lanzó, notas de prensa a las que se puede acceder a través del link que el mismo informe coloca en el anexo II, cfr. *Ibíd.*, págs. 8-9.

4. El mismo informe enumera 24 entidades y asociaciones que adhieron a la campaña además de una lista de personas individuales consignadas en el Anexo III, cfr. *Ibíd.*, págs. 10-11.

5. *Ibíd.*, pág. 1.

6. S. Barón Knoll, Secretaria Legal y Técnica de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Expte. 77.348, “ADC y APP solicitan retiro de imágenes religiosas”, disponible en <http://ministeriopublico.jus.mendoza.gov.ar/>. Los argumentos esgrimidos en este Dictamen se detienen en cada uno de los fundamentos defendidos en la campaña e indica que conforme al marco normativo constitucional, los tratados internacionales y la más reciente jurisprudencia local, nacional e internacional, sumado a las razones de orden histórico, cultural y de tradición nacional “la presencia de símbolos religiosos no afecta la libertad de religión consagrada en la Constitución Nacional” ya que “nuestro modelo constitucional... resulta compatible con la preeminencia de una religión entre las protecciones otorgadas por el Estado”, agregando que “el retiro solicitado impor-

pa en abril de 2015 a cuyo análisis dedicaremos este comentario. En la Ciudad de Buenos Aires, se seleccionaron treinta y ocho tribunales, realizándose presentaciones dirigidas a cada uno de sus integrantes, de los cuáles sólo uno respondió favorablemente al pedido y retiró los símbolos presentes en su sala de audiencias<sup>7</sup>, ya que diez no ofrecieron respuesta formal, otros cinco rechazaron informalmente el pedido y tres lo rechazaron formalmente ya sea por remisión a tribunal con superintendencia o por considerar que carece de facultades para decidir sobre el pedido o por remisión a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Si tenemos en cuenta estas reacciones y resultados<sup>8</sup>, advertimos que la Campaña no ha logrado el efecto deseado. Podríamos preguntarnos entonces el porqué de tal fracaso. De allí que la resolución de la Presidencia del Tribunal Superior de La Pampa podría constituir un resumen de algunas de las razones que llevaron a los tribunales requeridos a rechazar tal pedido.

Por tal razón consideramos valioso un atento análisis de los argumentos esgrimidos por el Tribunal pampeano, argumentos que atañen al orden constitucional argentino, a las fuentes del Derecho y a un modo de concebir lo jurídico de un modo más realista. Así, podemos advertir dos argumentos desarrollados en la sentencia. En primer lugar, la cuestión sobre la interpretación del art. 2 de la CN en cuanto a la relación entre Estado Nacional y Religión, en este caso, la religión católica dado que, como ya lo han señalado, las imágenes religiosas que se encuentran en las salas de audiencias y en espacios públicos del Poder Judicial son crucifijos<sup>9</sup>; luego, los relacionados con

---

taría un sacrificio colectivo de valores, creencias y principios en los que se inscriben la mayoría de la población”.

7. El Tribunal Oral de Menores Nro. 1.

8. También se han dado algunas cartas a título personal provenientes de jueces del Poder Judicial, tales las del Dr. Javier Anzoátegui (cfr. Carta del 26 de noviembre de 2013, disponible en [http://www.lagazeta.com.ar/cruz\\_02.htm](http://www.lagazeta.com.ar/cruz_02.htm)) y Luis María Rizzi (cfr. <http://www.aica.org/10268-juez-rizzi-no-voy-descolgar-ninguna-cruz.html>).

9. En tal sentido ha señalado el Dr. Javier Anzoátegui que “como es la única de tal carácter que suele presidir las salas y los despachos judiciales, entiendo que el pedido está enderezado a la supresión de la imagen del Crucificado. Ciertamente, la estatua de

los derechos subjetivos, tales como la libertad religiosa, la igualdad y la imparcialidad de los jueces.

### **I. Los crucifijos en tribunales y el derecho constitucional: el preámbulo, el artículo 2 y la libertad de culto**

La primera parte de la sentencia se ocupa de revisar el diseño constitucional argentino para comprobar si la pretensión de las actoras encuentra basamento entre las disposiciones invocadas. Como se verá a continuación, es a partir de un riguroso análisis de nuestras normas que el Tribunal deshace las afirmaciones expresadas en la presentación.

La ADC y la APP fundaron la petición en distintos artículos de fuente local, nacional y convencional. Dentro de estos últimos, trajeron a colación todos aquellos que hacen referencia a los derechos de igualdad y de no discriminación por motivos de religión<sup>10</sup>. En lo que hace a la Constitución de La Pampa, invocaron el artículo 22, que “asegura a todos su habitantes la libertad de cultos, sin más límites que la moral y las buenas costumbres. Nadie podrá ser obligado a declarar la religión que profesa”<sup>11</sup>. En el ámbito de la Constitución nacional, entendieron encontrarse comprometidos el artículo 16 –también relativo al derecho de igualdad– y el artículo 2º, en virtud del cual el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano.

El Tribunal hizo un análisis propio sobre qué acervo normativo entendía atinente a esta presentación: de las fuentes convencionales,

---

la diosa Justicia ubicada en el hall de entrada del Palacio de Tribunales no incomoda a nadie, tal vez porque la religión de la antigua Grecia ha muerto definitivamente”, Carta del Dr. J. Anzoátegui, Buenos Aires, noviembre 26 de 2013, disponible en [http://www.lagazeta.com.ar/cruz\\_02.htm](http://www.lagazeta.com.ar/cruz_02.htm).

10. Art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Art. 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

11. Cfr. Constitución de la Provincia de La Pampa, art. 22.

citó al art. 12 de la CADH<sup>12</sup> y al art. 18 del PIDCyP<sup>13</sup>, ambos concernientes a los derechos de libertad de conciencia y de religión, y de profesar libremente el culto. El primero de aquellos artículos se ocupa de delimitar el alcance de estos derechos, entendiendo que las posibles restricciones serán aquellas “prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”. Coincidió luego el Tribunal con las actoras, al citar el artículo 22 de la Constitución provincial; y respecto a la Constitución nacional, seleccionó al artículo 19 con su mención a las acciones privadas de los hombres y la reserva de aquellas a Dios, y a los artículos 14 –que prescribe el derecho a la libertad de cultos para los ciudadanos argentinos– y 20 –que reafirma tal derecho para los extranjeros–. También alegó la incidencia del artículo 2º, aunque desde una perspectiva radicalmente opuesta a la que adujeron las actoras.

12. Artículo 12: “Libertad de Conciencia y de Religión: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás. 4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

13. Artículo 18: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

Acápíte aparte merecen las expresiones con las que el Tribunal se refiere a los preámbulos de las constituciones nacional y provincial. Aquellos, ambos idénticos en su redacción que invoca la protección de Dios como fuente de toda razón y justicia, “encarnan una adhesión política y jurídica a una particular cosmovisión en la cual lo trascendente tiene su lugar”<sup>14</sup>. Gran parte de la doctrina refrenda estos dichos; por ejemplo, María Angélica Gelli explica que del preámbulo se desprende “la concepción teísta que adoptaron los constituyentes de 1853”<sup>15</sup>, cosmovisión que no fue confesional, pero tampoco atea ni agnóstica, “pues no suspende el juicio acerca de si Dios existe ya que afirma lo contrario”<sup>16</sup>.

La sentencia juega con algunos conceptos cuya utilización es ardua, principalmente por no ser uniforme: tal el caso de voces como “neutralidad” y “laicidad”. La espinosa tarea del Tribunal radicó en intentar definir una y en explicar el porqué de la inconsistencia de la otra con nuestra Constitución. Bajo ese manto de prudencia el tribunal comenzó esquematizando las relaciones arquetípicas que pueden encontrarse entre el Estado y la Iglesia. La clasificación que realizó se aparta de la división tripartita<sup>17</sup> que propugnan con frecuencia muchos autores<sup>18</sup>, para incluir la mención de una cuarta clase de Estado: el ateo o antirreligioso. Distinguieron los jueces dos modelos de Estado antagónicos: uno sacro, donde se subsumen Estado y confesión, y el primero se subordina instrumentalmente a la consecución de fines espirituales; y otro ateo<sup>19</sup>, donde se combate y hasta se persigue cualquier tipo de manifestación religiosa. Entre medio de ellos

14. “Presidencia del STJ s/ Presentación de la Asociación por los Derechos Civiles - ADC y Otro”, considerando III.1.

15. GELLI, M., *Espacio público y religión en la Constitución Argentina. Laicismo y laicidad en una sociedad plural*. La Ley, 2005-F,1397, pág. 2.

16. *Ibidem*.

17. Compuesta, en general, por un Estado sacro o confesional, otro secular y otro laico.

18. GONZÁLEZ CALDERÓN, BIDEGAIN, GELLI, BIDART CAMPOS, entre otros.

19. La inclusión de un Estado ateo dentro de la clasificación es anecdótica, puesto que salvo algunos casos aislados (la Constitución de la URSS de 1977; la Constitución China de 1982) no ha sido una tipología demasiado usual. Cfr. Cardoso, J. (2001). Perspectivas constitucionales sobre libertad religiosa. LA LEY, 2001-A, 787.



se encuentran dos clases de Estados más, que el Tribunal prefirió no enrolar bajo ningún nombre: uno que reconoce al fenómeno religioso y lo regula, dando preferencia o no a alguna confesión pero siempre garantizando la libertad religiosa; y otro que tolera la libertad de cultos pero reduce la religión a una esfera netamente particular y privada, “propugnando una separación radical entre Iglesia y Estado en la cual no hay lugar para contactos o relaciones”<sup>20</sup>.

Una lectura rápida del fallo revela que todos los argumentos que utilizan las actoras suponen la siguiente afirmación como núcleo: “La petición es efectuada con el fin de promover y respetar los principios de laicidad estatal (fs. 5) y neutralidad religiosa (fs. 2 vta.) los que (...) son consecuencia directa del carácter no confesional del Estado”<sup>21</sup>. De lo transcrito se seguiría una suerte de prohibición absoluta para la exhibición de símbolos religiosos en espacios públicos. Si bien aciertan al resaltar este carácter no confesional del Estado argentino (es uniforme la interpretación de la doctrina en este sentido), es problemática la lógica que encuentra en esta aconfesionalidad una fuente natural de la laicidad y de la neutralidad religiosa.

La mención del art. 2 de la Constitución nacional –de donde se sigue este carácter aconfesional– resulta llamativa, particularmente desde una óptica interpretativa, puesto que es el mismo artículo que utiliza el Tribunal para deconstruir las aseveraciones esgrimidas por las actoras. Desde su génesis esta norma ha dividido a la doctrina nacional en lo que respecta a su alcance: una parte entiende que el verbo “sostener” alude únicamente a una manutención económica, mediante la inclusión de una partida presupuestaria destinada al clero secular. Esta postura, en donde la finalidad financiera obraría como principio y fin del artículo en cuestión, vio acrecentadas sus filas luego de la reforma constitucional de 1994, donde se abrogaron algunos artículos que vinculaban de algún modo u otro a la Iglesia Católica con el Estado nacional.

Quienes se oponen a tal percepción abogan por una visión más integral: el artículo se referiría no solo a un auxilio económico, sino

20. “Presidencia del STJ s/ Presentación de la Asociación por los Derechos Civiles - ADC y Otro”, considerando III.1.

21. *Ibídem*.

también a un apoyo moral o, mejor dicho, a una afirmación de la doctrina de la Iglesia Católica por parte del Estado argentino. Más radical es la postura del constitucionalista Germán Bidart Campos: entendía aquel que la llamada “faceta económica” del artículo podía desaparecer, sin por ello afectar su contenido. En efecto, explica en detalle por qué comprende que el artículo no hace alusión alguna a un sustento económico, concibiéndolo plenamente deontológico, y explicando también que de él se derivan la personería jurídica de la Iglesia Católica y la unión moral entre ella y el Estado argentino.<sup>22</sup>

Esta revisión breve pero obligatoria sobre las opiniones vertidas en la doctrina nacional escapa, según el Tribunal, al contenido del fallo. La preponderancia otorgada a la Iglesia Católica resulta patente, más aún cuando se revisitan las ideas expresadas el 21 de abril de 1853, ocasión en la que los constituyentes propusieron a debate diversas fórmulas para el artículo segundo<sup>23</sup>. Por ello el Tribunal entiende como anecdótico optar por una visión amplia o restringida del artículo citado, puesto que sin importar cuál se prefiera, la cláusula “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 iglesias”<sup>24</sup>.

Como ya se ha dicho, la reforma constitucional de 1994 abrogó algunos artículos que vinculaban con mayor o menor intensidad a la Iglesia Católica con el Estado Argentino: el art. 67, inc. 15, el cual promovía la conversión de los indios al catolicismo; y el art. 76, que solicitaba al presidente y vicepresidente de la Nación “la comunión Católica apostólica romana”<sup>25</sup>. Los preceptos contenidos en este debido resaltaban, junto con el subsistente artículo segundo, el estatus preeminente de la Iglesia Católica por sobre los demás cultos, demos-

22. BIDART CAMPOS, G., *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2013, tomo I, pág. 543.

23. SEGOVIA, J., *Las raíces constitucionales del Estado Argentino. Un estudio de las convenciones de 1853 y 1860*. Revista Ius Historia, IJ-LXV-276, 15 julio 2008.

24. “Presidencia del STJ s/ Presentación de la Asociación por los Derechos Civiles - ADC y Otro”, considerando III.1.

25. Art. 76 en su antigua redacción. Hoy solo subsisten los requisitos de edad y nacionalidad, según el actual art. 89.

trando la encendida valoración que la mayoría de los constituyentes había efectuado sobre su presencia en nuestra vida republicana.

Por otra parte, hubo un segundo grupo de artículos que se vio desmembrado del plexo constitucional original: los arts. 67, inc. 19 y 20; y 86, inc. 8 y 9, todo ellos relativos al ejercicio del patronato –en una acepción amplia y restringida del término<sup>26</sup>–. Sin entrar en valoraciones sobre la oportunidad o el mérito de la reforma constitucional, en este caso particular concurrió una razón eminentemente práctica para su eliminación: las disposiciones habían sido reemplazadas por el Concordato suscrito con la Santa Sede en 1966, que vino a desarmar y a rectificar la arrogación de esta potestad que los constituyentes habían efectuado en 1853<sup>27</sup>. Bidart Campos opina que, a contrario sensu, la vigencia de este conjunto de normas constitucionales operaba en detrimento de la Iglesia Católica, pues al someterla a las injerencias del poder civil, más que una situación preferencial, le propiciaban un trato desigualitario<sup>28</sup> respecto de los demás cultos.

El Tribunal resalta, sin embargo, que estas modificaciones no afectaron la preeminencia de la religión Católica, tal como propende a interpretar parte de la doctrina, “toda vez que las normas derogadas (...), lejos de implantar un cambio de paradigma, vinieron a adecuar el texto constitucional a la praxis vigente y, en especial, al Concordato celebrado entre la República Argentina y la Santa Sede en 1966 (aprobado por ley 17.032), por el cual se reafirma y consolida la relación de

26. La acepción amplia de la voz “patronato” comprende cualquier injerencia del poder estatal en el gobierno de la Iglesia. En un sentido restringido, esa injerencia toma concretamente la forma de la intervención de la autoridad civil en la designación de los obispos. Cfr. BIDEGAIN, C., *Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, pág. 83.

27. El patronato consistía en una *concesión* de la Santa Sede a la autoridad civil. A partir de una interpretación regalista que tuvo auge durante los movimientos independentistas hispanoamericanos, se lo concibió no ya como una adjudicación de la Santa Sede, sino como un derecho inherente de la soberanía. Esta percepción se extendió hasta 1853, momento de sanción de nuestra Constitución nacional, donde quedó plasmada en papel hasta la reforma de 1994.

28. BIDART CAMPOS, G., *Manual de la Constitución...*, cit., pág. 545.

cooperación y armonía entre Estado e Iglesia”<sup>29</sup>. Sostiene también que de un examen razonado de las disposiciones constitucionales, se concluye que “no se considera al factor religioso como pernicioso de la sociedad”. De lo contrario, no se invocaría a Dios en el preámbulo, no se obligaría a sostener a una determinada iglesia y no se protegería con especial énfasis la libertad religiosa.

Sobre el principio de laicidad como desprendimiento propio del articulado constitucional, sostiene el Tribunal que “las disposiciones antes transcritas ponen de manifiesto que nuestro sistema constitucional no acogió el modelo de corte laicista (al estilo de Francia o Turquía) que propugna la obligación de mantener al estado totalmente ajeno del fenómeno religioso”<sup>30</sup>. En un sentido distinto se pronunció el Tribunal Constitucional de Perú, en ocasión del caso “Linares Bustamante”<sup>31</sup>, donde un ciudadano solicitó la remoción de los símbolos religiosos de las salas judiciales y de los despachos de los magistrados. Haciendo una revisión de la Carta orgánica del país y del artículo pertinente<sup>32</sup> –el cual es distinto de su par argentino– no titubeó en calificar al Estado peruano bajo el mote de laico ni en declararlo “incompetente ante la fe”<sup>33</sup>. Aclaró, sin embargo, que esa incompetencia “no significa que, con la excusa de la laicidad, pueda adoptar una postura agnóstica o atea o refugiarse en una pasividad o indiferentismo respecto del factor religioso, pues, en tal caso, abandonaría su incompetencia ante la fe y la práctica religiosa que le impone definirse como Estado laico, para convertirse en una suerte de *Estado confesional no religioso*”.<sup>34</sup> Lo interesante de esta sentencia es que a pesar de considerarse laico, el Tribunal

29. “Presidencia del STJ s/ Presentación de la Asociación por los Derechos Civiles - ADC y Otro”, considerando III.1.

30. *Ibidem*.

31. “Linares Bustamante”, 7-3-2011, Tribunal Constitucional del Perú, expte. 06111-2009-PA/TC.

32. Art. 50, Constitución política del Perú: “Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas”.

33. “Linares Bustamante”, considerando 25.

34. “Linares Bustamante”, considerando 28.

peruano rechazó igualmente la pretensión por entender que la presencia de los símbolos fincaba en los estrechos lazos –históricos y actuales– que el país guarda con el catolicismo.

Argentina se encuadraría entonces en un modelo de laicidad positiva, consistente en una independencia y autonomía entre Estado e Iglesia, pero reconociendo el factor religioso y su trascendencia social, dimensión que no debe verse relegada al ámbito interno del ser humano y cuyo desarrollo se debe propiciar. Dentro de ese encuadre, el Tribunal aborda el problema de la neutralidad, otra de las supuestas derivaciones del Estado aconfesional. Dice de ella que no debe asignársele el contenido de “neutralización”, que correspondería a la neutralización del fenómeno religioso, sino interpretársela como un deber de imparcialidad y de respeto en una sociedad donde conviven varios cultos.<sup>35</sup>

Una vez finalizado el examen del plano jurídico, los jueces incurrir en una breve descripción sociológica. La presencia del fenómeno religioso en la vida pública –en términos generales– o de los crucifijos en los tribunales –en términos concretos– no responde a una decisión de una autoridad política, según explican, sino al arraigo que tiene la religión católica en Argentina como formadora histórica de nuestra cultura y de nuestra sociedad. Esta presencia podrá adoptar distintas formas, patentes o soslayadas, pero será de cualquier modo inescindible de nuestro patrimonio cultural.

Es en la amalgama de la normativa constitucional con la fuerte impronta de la costumbre que el Tribunal encuentra los fundamentos para desechar la interpretación que las actoras efectúan de nuestras leyes nacionales. Tal como en *“Lautsi and others c. Italy Judgement”* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde los jueces aclararon que “la Constitución formal de los Estados debe interpretarse conforme a la Constitución tradicional e histórica”<sup>36</sup>. Por otra parte, señala Bidegain que “Por nuestra concepción del derecho y del estado re-

35. “Presidencia del STJ s/ Presentación de la Asociación por los Derechos Civiles - ADC y Otro”, considerando III.1.

36. *“Lautsi and others c.. Italy Judgement”*, citado por la Secretaría Legal y Técnica de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Mendoza en dictamen “Asociación por los Derechos Civiles y Asociación Pensamiento Penal solicitan retiro de imágenes religiosas”, expte. 77.348.

chazamos la forma laica, porque no parece adecuada a la finalidad de justicia y bien común, que debe ser el norte de la actividad del estado, que éste se desentienda de los mayores interrogantes que se plantea el hombre y son, en definitiva, los que dan sentido a su vida”<sup>37</sup>.

## II. LA EXHIBICIÓN DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS Y LOS DERECHOS SUBJETIVOS. ¿ES POSIBLE QUE EN ESTE CASO CONCRETO LA EXHIBICIÓN DE LOS SÍMBOLOS RELIGIOSOS HAYA AFECTADO DERECHOS SUBJETIVOS?

El Tribunal expresa que la presencia de los símbolos religiosos en el espacio público no tiene su origen en actos expresos de determinadas autoridades, sino que se fundamenta en una tradición católica arraigada en el pueblo argentino, y que éstos son fruto de la piedad popular históricamente arraigada en nuestro pueblo.

Hacen especial hincapié en la necesidad de recurrir a datos fácticos concretos, presentes en la realidad argentina, porque analizar un caso fuera de su realidad cultural puede llevar a conclusiones erróneas. En este sentido, argumentan que todo derecho nace dentro de un contexto social determinado, y que también el desarrollo de aquél se ve condicionado por ese marco.<sup>38</sup>

Efectuada esta salvedad, y siempre a la luz de nuestra tradición y cultura argentina, los jueces se abocan al análisis de los derechos subjetivos que podrían haberse visto vulnerados por la exhibición de las

37. BIDEGAIN, C., *Curso de derecho...*, cit., pág. 74. Sobre el *leading case* Lautsi ver: RANIERI DE CECHINI, D., *El viraje producido por la CEDH en el caso del crucifijo en las escuelas públicas de Italia: la puesta en escena de dos modelos jurídico-políticos irreconciliables*, *El Derecho*, ED 242-590 y *Exhibición de crucifijos en escuelas públicas de Italia. Un significativo cambio jurisprudencial*, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, Año 3, Nro. 4, mayo de 2011, págs. 256-266 y *Las cuatro lecciones dadas en Lautsi c. Italia (2011): el respeto de la Corte del Consejo de Europa por las Constituciones nacionales de tradición católica*, en *El Dial*, 27 de septiembre de 2011.

38. Ahondando en esta idea cita el caso Linares Bustamante, del Tribunal Constitucional de Perú (sentencia del siete de marzo de dos mil once) que en su considerando nro. 51 reza: “(...) la interpretación de los derechos fundamentales no puede hacerse al margen del contexto: nuestra historia y nuestras tradiciones. Pretender lo contrario supondría eliminar la esencia social que acompaña a los derechos humanos en su nacimiento y posterior desarrollo”.

cruces en los edificios del Poder Judicial, a saber: a) la libertad religiosa; b) la igualdad; c) la imparcialidad en el ejercicio de la magistratura.

## *II. 1. El derecho a la libertad religiosa*

En primer término, vale recordar que el derecho a la libertad religiosa tiene dos grandes manifestaciones. Por un lado, encontramos la libertad de conciencia, que ha sido definida por la doctrina como la autonomía del individuo de elegir profesar o no una religión en particular, según se lo indique su conciencia. Por otro lado, también la libertad religiosa importa el derecho de expresar en el ámbito público, tales convicciones.

En este sentido, el Tribunal al analizar la posibilidad de que se hubiera conculcado este derecho, hace referencia a ambas facetas, apoyándose en los argumentos esgrimidos los fallos Lautsi<sup>39</sup> y Linares Bustamante<sup>40</sup>.

En concreto, sobre la libertad de conciencia, expresan que no se puede decir que un símbolo religioso, por el mero hecho de encontrarse exhibido en el espacio público, coaccione a una persona adherir a un credo, cambiarlo o no profesar ninguno en particular, y así tampoco a actuar en contra de la propia conciencia.

Respecto de la libertad de expresión, argumentan que una imagen religiosa no obliga en ningún sentido a rendir culto o participar de un determinado rito religioso. Agregan que nunca se ha pedido a nadie que realizara un acto de fe frente a ellos.

Para sintetizar, se afirman: *“Las cruces son símbolos esencialmente pasivos que no tienen capacidad de adoctrinamiento”*. De este modo, dejan en claro que no se ha vulnerado el derecho a la autodeterminación en materia religiosa de los individuos en ninguna de sus dos dimensiones.

Luego, dedican un párrafo a preguntarse si la presencia de estos íconos ha afectado o limitado el derecho a la libertad de las minorías religiosas presentes en nuestra sociedad.

39. Considerandos 66 y 72.

40. Considerando 45.

La respuesta retoma los argumentos fácticos expresados en el aclaración inicial. Puntualmente, manifiestan que es evidente que en nuestro país cada uno profesa su religión libremente o no profesa ninguna, y que de hecho, el reclamo presentado no provenía de ningún individuo o minoría religiosa, sino que había sido hecho por asociaciones de la sociedad civil, cuyo fin de acuerdo parece ser “(...) *imponer el destierro del factor religioso del ámbito público*”.

En este sentido, expresan que pretender erradicar la religión del espacio público es quitarle justamente a la religiosidad su inherente faceta social, y que ello sí configuraría una limitación al derecho a la libertad de expresión, que las actoras pretenden defender.

Al respecto, precisan que de hecho la exhibición de figuras religiosas en el espacio público coadyuva al desarrollo de la dimensión religiosa de los seres humanos, y que coopera sumando espacios donde ésta puede expresarse.

Cierran el análisis respecto a este derecho expresando que nunca en la historia de la provincia se presentó un ciudadano a manifestar su rechazo respecto de los símbolos exhibidos, y resaltan la naturalidad con la cual la ciudadanía siempre ha coexistido con ellos. Finalmente, reafirman la convicción de que las cruces forman parte de la tradición cristiana de nuestra nación.

## ***II. 2. El derecho a la igualdad***

Los magistrados comienzan apoyándose nuevamente en la realidad argentina, haciendo referencia la sociedad plural<sup>41</sup> en la que vivimos actualmente. Argumentan que para poder lograr la paz en este tipo de sociedades deben tenerse en cuenta dos elementos: el principio de tolerancia y las raíces culturales del país.

Sobre el particular, se desprende del voto del Dr. Fernández Mendía que la tolerancia en materia religiosa, tiene tres implicancias. El nombrado sostiene que mayorías y minorías religiosas no sólo de-

41. El Diccionario de la Real Academia Española lo define como: “Sistema por el cual se acepta o reconoce la pluralidad de doctrinas o posiciones”.



ben coaceptarse en su diversidad, sino que es necesario que éstas colaboren y coexistan unas con otras.

Asimismo, el Tribunal agrega una nueva dimensión al concepto de tolerancia, manifestando que *“la tolerancia hacia los demás no tiene por qué llevar a la intolerancia hacia la propia identidad”* y que por ende no se podía sostener que en aras del pluralismo hubiera que renunciar a elementos que formaran parte del acervo cultural de la nación, como ser las cruces.<sup>42</sup>

Al respecto, puntualizan que el hecho de que los únicos símbolos exhibidos actualmente fueran de la religión católica responde a la tradición católica que nuestra República tiene desde sus orígenes, y que por ello no se podía hablar ni de discriminación por motivos religiosos en este caso concreto, ni alegar que desde el Estado se estuviera intentando lograr la uniformidad religiosa de los ciudadanos.

Además, agregan que en el mundo actual las imágenes de este tipo han adquirido una connotación más amplia, que ya no se ciñe a lo religioso, sino que transmiten valores culturales importantes para el desarrollo de la sociedad toda.

Así las cosas, concluyen que si el Poder Judicial procediera al retiro de las cruces en cuestión, estaría adoptando una postura de laicismo negativo respecto del fenómeno religioso, que iría completamente en contra de la neutralidad estatal que los mismos actores reclaman.

### ***II.3. La imparcialidad de los jueces***

Como último punto, el Tribunal analiza si es posible que la garantía del juez imparcial<sup>43</sup> se viera afectada como consecuencia de la presencia de las cruces en los edificios de Tribunales.

42. También aquí recurren al fallo Linares Bustamante, que en su considerando 51 se expresa en el mismo sentido.

43. Se debe recordar que se puede hablar de imparcialidad subjetiva y objetiva del juez. La primera, hace referencia a las cuestiones atinentes al debido proceso, por ejemplo, que el juez no tenga vínculo con las partes y/o interés en el resultado del caso. La segunda es una creación jurisprudencial, en torno de la cual se ha sostenido

Sobre este punto comienzan explicando que los símbolos exhibidos no se encuentran en lugares que coincidan con el ejercicio de la magistratura, porque no se están ubicados en salas de audiencias u otras dependencias donde se llevaran cabo actos jurisdiccionales, y en esta línea, no es posible fundar que ellos pudieran sembrar duda respecto de la imparcialidad de los jueces al tomar decisiones.

También agregan que no se puede afirmar, que cada uno de los magistrados se identifique con tales íconos, es decir, adhieran a tal credo, y que esto condicione su accionar, por la sola cercanía física de la cruz. Puntualmente, informan que no existen en el ámbito local sentencias revocadas por este tipo de cuestiones.

Manifiestan que si estas cruces elevaran sospecha de parcialidad por parte de los jueces, más aún debería hacerlo que un juez llevara tal símbolo sobre su pecho, que asistiera a ceremonias religiosas, o bien que hubiera asumido en su cargo jurando por Dios y por los Santos Evangelios.

El Dr. Fernández Mendía aporta que ni siquiera el hecho de que un juez adhiera a un credo en concreto puede sembrar duda respecto de su imparcialidad, toda vez que ello implicaría desconocer el perfil ético del juez, cuyo objetivo es arribar a la verdad del caso y obrar conforme a derecho, más allá de sus íntimas convicciones personales<sup>44</sup>.

Consideramos que la imparcialidad en el ejercicio de la magistratura en ningún modo se puede ver afectada por el hecho que se

---

que el juez debe excluir cualquier duda razonable respecto de la corrección de su actuación, por ejemplo, si el juez adelantó criterio sobre lo que debía juzgar, se puede ver afectada su imparcialidad. Sobre este punto, se puede ver la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela del año 2008.

44. En este sentido el Dr. Javier Anzoátegui ha señalado que “hace treinta años trabajo en el Poder Judicial de la Nación y jamás he sabido de un juez católico que hiciera acepción de personas por razones religiosas (...) precisamente nuestra Fe –y la moral en ella fundada– prohíbe cualquier clase de tratamiento desigual que contradiga la virtud de la Justicia. De manera que lo que se presenta como una falencia –el ser explícitos seguidores de Cristo– en realidad es una ventaja para los ciudadanos, porque los jueces católicos no sólo nos sabemos sujetos a las leyes humanas, sino también a las leyes divinas”, Carta del Dr. J. Anzoátegui, Buenos Aires, noviembre 26 de 2013, disponible en [http://www.lagazeta.com.ar/cruz\\_02.htm](http://www.lagazeta.com.ar/cruz_02.htm).

exhiba un símbolo religioso en una sala de audiencia. Tal valoración resulta por demás peligrosa al generar una lógica de menoscabo a las creencias religiosas considerando que los jueces o autoridades políticas no pueden ejercer idóneamente su función por el hecho de tener una creencia religiosa. Aquí sí la libertad religiosa estaría en jaque. Por otro lado, implicaría una valoración negativa sobre los valores y creencias de la religión cuando no hay motivo suficiente.

### **III. CONCLUSIONES GENERALES: LA IMPORTANCIA DEL RESPETO A LA HISTORIA, CULTURA Y TRADICIÓN DE UN PAÍS COMO FUENTE DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

Consideramos que la sentencia objeto de análisis realiza un estudio minucioso de cada una de las cuestiones en juego y recepta varias ideas jurídico-políticas que la jurisprudencia nacional e internacional ha ido afirmando en la última década, tales como:

- 1) la constitucionalidad de un orden público que considera valioso el fenómeno religioso y que según su historia, costumbres y tradición otorga cierta preferencia a una religión.
- 2) la libertad religiosa no se encuentra conculcada por la exhibición de los símbolos religiosos en los espacios públicos sino que, por el contrario, se encuentran legitimados en la lógica de esa misma libertad.
- 3) la igualdad no debe confundirse con “igualitarismo” ya que la preeminencia de una religión justificada en la historia de un país, no implica un trato discriminatorio para aquellos que no profesan ninguna religión o que pertenecen a otra.
- 4) la garantía de imparcialidad de los jueces, elemento esencial para la seguridad jurídica, nunca se ha visto jaqueada por la creencia religiosa de los magistrados, partir de esta idea implicaría por el contrario un ataque a la libertad religiosa que se pretende amparar.

Damos fin a este breve comentario con las palabras del conocido jurista italiano Piero Calamandrei quien hace varias décadas había expresado:

Non disdice all'austerità delle aule giudiziarie il Crocifisso: soltanto non vorrei che fosse collocato, come è, dietro le spalle dei giudici. In questo modo può vederlo soltanto il giudicabile, il quale, guardando in faccia i giudici, vorrebbe aver fede nella loro giustizia; ma poi, scorgendo dietro a loro, sulla parete di fondo, il simbolo doloroso dell'errore giudiziario, è portato a credere che esso lo ammonisca a lasciare ogni speranza: simbolo non di fede ma di disperazione. Quasi si direbbe che sia stato lasciato lì, dietro le spalle dei giudici, apposta per impedire che lo vedano: e invece si vorrebbe che fosse collocato proprio in faccia a loro, ben visibile nella parete di fronte, perché lo considerassero con umiltà mentre giudicano, e non dimenticassero mai che incombe su di loro il terribile pericolo di condannare un innocente<sup>45</sup>.

45. "El Crucifijo no impide la austeridad de la sala de audiencias: sólo que no me gustaría que sea colocado como habitualmente, a espaldas de los jueces. De esta manera, sólo pueden verlo las partes proceso, los cuales, mirando los rostros de los jueces, podrían tener fe en su justicia; pero luego, al ver detrás de ellos, en la pared posterior, el símbolo dolorosa del error judicial, es llevado a creer que ello lo impele a abandonar toda esperanza: símbolo no de fe sino de desesperación. Casi se podría decir que fue dejado allí, a espaldas de los jueces, con el propósito de impedir que lo vean; en cambio, quisiesen que fuese colocado propiamente frente a ellos, bien visible sobre la pared de enfrente, para que lo considerasen con humildad mientras juzgan y así nunca olvidasen que pesa sobre ellos el terrible peligro de condenar a un inocente", en DE NARDI, Sandro, *Crocifisso nei tribunali: le parole di Calamandrei*, 12 de noviembre de 2009, disponible en <http://corrieredelveneto.corriere.it/verona/notizie/cronaca/2009/12-novembre-2009/crocifisso-tribunali-parole-calamandrei--1601999086736.shtml>.



# LA POTESTAD CIVIL EN FRANCISCO DE VITORIA

MIGUEL J.R. DE LEZICA

## ABSTRACT

*“...la fuente y origen de las ciudades y de las repúblicas no es invento de los hombres ni artificio, sino cosa nacida de la naturaleza” (Relecciones Teológicas – Relección de la Potestad Civil). “La monarquía o potestad regia, no solo es justa y legítima, sino que los reyes tienen su poder de Derecho Divino y natural, y no de la república, o mejor, de los hombres” Relecciones Teológicas – Relección de la Potestad Civil).*

## PALABRAS CLAVE

Potestad civil - Escuela Española - Origen del poder - Legitimidad de la potestad política.

## I. INTRODUCCIÓN

### *1. Actualidad de la discusión en torno a la potestas*

La noción de *potestas*, en un sentido clara para el pensamiento clásico, es no obstante objeto frecuente de revisión. Fue tema vigente en la disputa entre el Papado y el Imperio y materia hondamente estudiada por la escolástica española.

Platón, principalmente en *La República*, Aristóteles en la *Política*, Santo Tomás, entre otras obras en su *Opúsculo sobre el gobierno de los Príncipes*, hacen referencias al tema. Pero su tratamiento tuvo lugar de privilegio en el pensamiento de la Escuela Española.

Rasgo propio del siglo de oro fue desarrollar sus ideas a partir de los problemas más candentes de la época. Francisco de Vitoria, quien tratara el tema a lo largo de sus Relecciones, distingue la potestad en pública y privada, y define a la primera como la facultad, autoridad o derecho de gobernar la república civil.

Suarez se refiere a la potestas en el *De Legibus*, y dedica buena parte de su *Defensio Fidei*, en respuesta a las pretensiones absolutistas de Jacobo I de Inglaterra. El Cardenal Belarmino lo hace en varias de sus obras y Bartolomé de Las Casas escribe un *De Regia Potestate*.

Las crisis políticas o institucionales motivan en alguna medida un retorno periódico al tema. Pero *la potestas* tiene peso propio, y más allá de su determinación conceptual, el dinamismo de la vida social y la contingencia de la conducta humana hacen necesaria una revisión frecuente de los alcances de la potestad pública, cuya solución remite nuevamente al análisis de la noción misma.

Prueba de ello es que si bien a partir de Hobbes, y con él todo el pensamiento pactista posterior, se dio un viraje definitivo, el tema no ha perdido actualidad. Aún cuando para el pensamiento político contemporáneo, no obstante la presencia de diversas posiciones críticas de corte abolicionista, es tópico incontrovertible que la *potestas* reside en *el pueblo* y que este la transmite a sus representantes, es harto complejo precisar el significado real de ese postulado.

Las dificultades descritas y el hecho de que el problema resurge en la medida en que las respuestas al tema parecen insuficientes en algunos casos, nos inclinan a recurrir a la escuela española, maestra en el desarrollo de la filosofía política y jurídica y respuesta universal a los problemas de su tiempo.

En esta ocasión nos ceñiremos al desarrollo de la noción de *potestas* que hace Francisco de Vitoria en su *Relección de la Potestad Civil*.

## 2. Problemas en torno a la Potestas

Veamos previamente qué problemas suscita la determinación de la noción de *potestas*. En una descripción provisoria decimos que potestad es autoridad o mando. Esto supone un sujeto (individuo o grupo) que ejerce esa autoridad o mando. A partir de aquí podemos comenzar a preguntar, ¿cómo tiene o recibió la *potestas*, aquél que la posee?

Vitoria haría la pregunta en los siguientes términos, el que tiene *potestas*, ¿la tiene por derecho natural, por derecho divino o por derecho humano? Si hubiera intervención del derecho positivo, ¿significa esto que la *potestas* es artificio humano, o está en la naturaleza del hombre o de la vida social?

Si es exclusivo artificio humano, el problema en parte se simplifica. Habrá un momento histórico en que el hombre fue hacedor de la *potestas*, en circunstancias concretas y por motivos y fines determinados. Si bien resulta complejo precisar ese momento temporal, el problema se simplifica porque tratándose de artificio su existencia queda estrechamente ligada al consenso de los hombres que en algún momento la aceptaron y de uno u otro modo lo han seguido haciendo.

Por supuesto, la dificultad reaparece al momento de asumir las consecuencias de ese consensuado artificio. Por ejemplo, podríamos preguntar, no sin algo de ingenuidad, si el artificio fue de alguno o algunos y hubo aceptación de los demás. O si fue un “espontáneo artificio de todos”. Por este camino podríamos continuar elaborando variantes.

En la Relección que aquí analizamos, Vitoria aborda el problema del origen y legitimidad de la *potestas*. En rigor, hablar de origen y legitimidad comporta más de un problema, aunque la respuesta al segundo está estrechamente vinculada a la solución que se de al primero.

El tema presenta diversas manifestaciones no menos problemáticas. Una de ellas la citada por Vitoria cuando dice que “yerran los autores que afirman que la potestad de la república es de Derecho Divino, pero no la regia”.<sup>1</sup>

1. VITORIA, Francisco de, *Relecciones Teológicas, Relección de la Potestad Civil*, Buenos Aires, Editorial Enero, 1946, pág. 339, traducción y notas de Jaime Torrubiano



Ahora, dice San Pablo que: “No hay potestad que no sea de Dios. Quien resiste a la potestad resiste a la ordenación de Dios”.<sup>2</sup> Entonces, la *potestas* viene de Dios, pero ¿reside o es recibida directamente por el gobernante, en su caso cómo? O más bien, reside en la república, quien la transfiere al gobernante. Aquí ya aparece la vieja discusión entre la teoría de la designación y la de la transmisión de la *potestas*.

Si optamos por la teoría de la trasmisión, ¿cuáles son los alcances de esa transferencia?; ¿se trata de un mandato o de una delegación?; si fuera un mandato, ¿es revocable, con o sin causa?; si fuera delegación ¿puede ser revocada en cualquier momento?, ¿puede delegarse parcialmente?; consumada la transferencia, ¿la autoridad está por encima de la república o ésta en su calidad de “detentadora originaria de la *potestas*” por encima de la autoridad, ¿hay una *potestas* originaria y una *potestas* delegada o transferida, en definitiva una segunda *potestas*; ¿podría la comunidad no transferir la *potestas*?

Vitoria, luego de citar a San Pablo, formula el problema en los siguientes términos: “Parece pues, que la potestad real proceda, no de la república sino del mismo Dios, como sienten los doctores católicos. Pues aun cuando es constituido el Rey por la república, no le transfiere sino su propia autoridad, ni hay dos poderes, uno real y otro del pueblo”.<sup>3</sup>

---

Ripoll.

2. Romanos, Capítulo XIII.

3. VITORIA, Francisco de, *Relecciones Teológicas...*, cit., pág. 338. En la edición traducida por Jaime Torrubiano Ripio, hay una nota al pie de página en que el traductor dice: “¿En qué quedamos? Procede de Dios la potestad de los reyes o del pueblo. Procede de Dios y del pueblo. (...) La sociedad, el pueblo, tiene por la naturaleza, es decir, por ordenación divina, la potestad de regirse; lo ha probado suficientemente Vitoria. Más, no es posible que el pueblo ejerza él por sí mismo esa potestad, y esta imposibilidad radica en la limitación natural de las facultades humanas, por lo cual no es posible un acuerdo común ni la concurrencia de todos a un lugar donde ejercer en común la soberanía. Naturalmente, pues, debe transferir el pueblo esta potestad, desde el momento que naturalmente no puede faltar ella y naturalmente no puede el pueblo ejercerla. Por tanto, de la Naturaleza es, de Dios que en otro sujeto distinto del pueblo resida de hecho la soberanía; de suerte que el pueblo no es libre de transmitirla o dejarla de transmitir; y de tal suerte debe transmitirla, que no quede en él nada

En cambio, la concepción moderna del Estado entiende a la soberanía como la supremacía absoluta de la autoridad o *potestas*. Soberanía que reside en el *pueblo* (usando el término en el sentido que lo hace el pensamiento político moderno) pero que es delegada en el Estado y ejercida por éste.

Un último problema que solo queda mencionado pero no abordaremos exhaustivamente. Se trata quizás de lo que se conoce como el derecho de resistencia a la opresión. Cuando la república, o parte principal de ella decide que quien detenta la *potestas* ya no debe hacerlo y se propone privarlo de la misma, ¿tiene título para tomar esa decisión?, en su caso ¿la república recupera la *potestas*? o ¿es esta conducta un ejercicio de la *potestas*? o acaso ¿es “otra” *potestas*? Entendemos que el tema excede las pretensiones del presente y reclama una investigación a parte. Solo queríamos dejarlo planteado como una manifestación más de la problematicidad del tema en estudio.

## II. LA NOCIÓN DE POTESTAS

### 1. El nombre

En la Relección de la Potestad de la Iglesia, dice Vitoria que así como consideró el nombre *Iglesia*, es menester declarar el nombre *potestad*.

Para ello distingue potestad de potencia. Así como a los sentidos, a la voluntad y al entendimiento, los llamamos potencias, usamos *potestad* para referirnos a la magistratura, al sacerdocio y a toda clase de

---

de ella, como corresponde a su nativa imposibilidad de ejercerla; y así, no puede el pueblo, considerándose revestido de soberanía, rechazar una ley justa del supremo poder, que Dios mismo le quitó de sus manos y puso en las de sus altos rectores, sean reyes, sean cuerpos colegisladores y presidentes”. Hasta aquí la nota, con la que nos atrevemos a disentir. Nos limitaremos a sentar una sola objeción. ¿Quién tiene algo que de ningún modo puede usar, lo tiene realmente? El pueblo tiene la *potestas* pero no hay modo que la ejerza. Solo tiene la posibilidad, o potestad de transmitirla. ¿Es eso, tener *potestas*?

mandos. De ahí la expresión de San Pablo, citada en esta Relección, “Toda alma esté sujeta a las potestades superiores”.<sup>4</sup>

No se trata sin embargo de cosas absolutamente distintas, sino que la potestad es algo más que mera potencia. “Así, pues, como expone Santo Tomás, parece que la potestad comprende no solo cierta potencia para obrar, sino también cierta preeminencia y autoridad. Y por lo tanto preguntar si en la Iglesia hay alguna potestad espiritual, es lo mismo que preguntar si en la Iglesia hay alguna fuerza o autoridad para algo espiritual, y si ésta es distinta de la potestad civil”.<sup>5</sup>

Ahora, así como las potencias se distinguen por su objeto, las potestades se distinguen por el fin. Citando a Durando en el tratado del origen del derecho dice: “Constituyese la potestad en la república para conducir a los hombres al bien y apartarles del mal...”.<sup>6</sup>

Potestad entonces se identifica con potencia para obrar, preeminencia, fuerza, autoridad, mando.

## 2. *Las causas de la potestas*

Siguiendo a Aristóteles, en aquello de que se tiene por sabida una cosa cuando se conocen todas sus causas, Vitoria se decide a indagar las mismas en torno a la *potestas*. Así, se verá claro, ya la fuerza ya el efecto de la misma.<sup>7</sup>

La razón y necesidad de las cosas se toma del fin. En el orden práctico, que comprende todo el orden moral, político y jurídico, el fin tiene razón de principio. Y al decir de Vitoria, “...no solo el cielo y la tierra y las restantes partes del mundo y el hombre mismo; sino también todo lo que hay en el cielo, fue hecho por algún uso y fin, y que es menester obrar por un fin, de donde se toma la razón y la necesidad de las cosas”.<sup>8</sup>

4. Romanos, cap. 13.

5. VITORIA, Francisco de, *Relecciones Teológicas...*, cit., pág. 210.

6. *Ibidem*, pág. 211.

7. *Ídem*.

8. *Ibidem*, pág. 330.

Si bien el fin es aquello por lo que el agente se determina a obrar, puede entenderse de dos maneras. Como término o efecto de la acción o como aquello que con la acción se persigue. El fin como causa no es principalmente aquello en que termina la acción, sino más bien aquello por lo que el agente se *pre-determina*. La noción de causa final implica cierta idea de tensión previa del agente, de *pre-tensión*. La atracción que genera el fin en el agente es la que mueve a la causa eficiente a producir su efecto.

Estas brevísimas razones justifican la precedencia del tratamiento de la causa final.

### 2.1. *La causa final*

La naturaleza, que nunca falta en lo necesario, dotó a los animales de todo aquello que conviene a la subsistencia de los individuos y de la especie. Así los proveyó de abrigo mediante abundante y resistente pelaje, de garras poderosas para procurarse el alimento, de velocidad suficiente para alcanzar a sus presas, en definitiva de instinto certero para defender y conservar su vida.

En comparación el hombre aparece harto frágil al lado de los brutos, “destituido de todo auxilio, necesitado por todas partes, desnudo...”<sup>9</sup> En compensación a estas carencias recibió el hombre razón y virtud. Esta aparente contradicción, deficiencias por un lado, eficazmente suplidas por el privilegio de la razón, son las condiciones que determinan la sociabilidad humana.

En efecto, es para atender a sus necesidades más elementales que el hombre requiere el auxilio de los otros. Su existencia ya depende de la comunidad de varón y mujer, a quienes sigue sujeto, viviendo en “común” hasta que es capaz de bastarse así mismo.

Pero independizado de esta primera comunidad, inmediatamente se ve inmerso por estricta necesidad, en otra. Un hombre solo no es suficiente para proveer a si mismo de todo lo útil para su subsistencia, y llevaría así una vida por demás dura y difícil.

9. Ídem.

Advierte Aristóteles, nuevamente traído por Vitoria, que todo conocimiento y saber humanos se dan por doctrina y experiencia y esto supone vida social. Los brutos en cambio pueden conocer por sí las cosas que le son necesarias. La palabra, nuncio del entendimiento, resultaría inútil en soledad, el don del habla implica comunicación.

Por último, la voluntad, “cuyos ornamentos son la justicia y la amistad, es menester que sea deforme y como manca fuera de la sociedad humana: la justicia no puede ejercitarse sino por la muchedumbre, y tampoco la amistad, sin la cual (como dice Aristóteles en muchos lugares) ni usamos del agua ni del fuego ni del sol y sin la cual no hay virtud alguna, según la doctrina de Aristóteles: sin comunicación de la vida todo perece”.<sup>10</sup>

Las sociedades humanas se constituyen con la finalidad de alcanzar en común, todo aquello que en soledad sería muy difícil, cuando no imposible. La sociedad civil es aquella en que los hombres más cómodamente atienden a todas sus necesidades, de donde se concluye que la “comunidad es una naturalísima comunicación conformísima a la naturaleza”.<sup>11</sup>

Vitoria concluye entonces que la fuente y origen de las ciudades no es artificio humano sino cosa nacida de la naturaleza. Concluye también que es el mismo el fin y la necesidad de los poderes públicos, ya que siendo la congregación de hombres necesaria para la vida, dicha congregación deberá ser estable y adecuada a los motivos de su existencia, lo que no se alcanzaría sin alguna fuerza o potestad gobernante y providente.

“...es totalmente lo mismo uso y utilidad de la potestad pública, y de la comunidad y de la sociedad, porque si todos fueran iguales y ninguno sujeto a poder, tendiendo cada uno a la diversidad, por la diversidad de su parecer y por su arbitrio, necesariamente se desharía la república y se disolvería la ciudad sin alguna providencia que obrase en la cosa común y atendiese al bien común: *Todo reino dividido*

10. *Ibíd.*, pág. 331.

11. *Ibíd.*, pág. 332.

*contra si mismo será desolado; y donde no hay gobernador (dice el Sabio) se disolverá el pueblo*".<sup>12</sup>

## 2.2. *La causa eficiente*

Vitoria parte nuevamente de los elementos a través de los cuales encontró la causa final de la *potestas*. Si el poder público está constituido por el derecho natural y el autor de la naturaleza es Dios, la potestad pública proviene de Dios, autor de la naturaleza.

Prueba lo dicho, como siempre siguiendo a Aristóteles. Quien da la especie o forma da lo que es consiguiente a la especie. Si Dios puso en los hombres la inclinación a la vida social y ésta requiere de una potestad ordenadora, es menester que eso mismo se diga recibido de Dios.

## 2.3. *La causa material*

Toca por último considerar en quien o en dónde reside la potestad para gobernar la república. Se busca aquí el sustrato o soporte de la *potestas*, en definitiva, la causa material.

Quedó sentado que por derecho Divino y natural hay alguna potestad para gobernar la república. Pero quitado el derecho positivo es indistinto que la potestad recaiga en uno o en otro, por lo que es menester que la misma comunidad se baste a sí misma y tenga alguna potestad para gobernarse.

Si en un principio ningún hombre es superior a otro no hay razón alguna para que en la misma sociedad alguien se atribuya poder sobre los demás.<sup>13</sup>

12. Ídem.

13. En el texto de la Relección en estudio, Vitoria usa la expresión "...pues, si antes de agruparse los hombres en sociedad...". Me abstuve de citarlo así en el cuerpo del artículo para evitar toda posible semejanza con posiciones pactistas. La expresión debe entenderse en el marco de la doctrina de Vitoria. Se está refiriendo al momento en que aún no se había multiplicado el linaje humano, donde la única potestad ne-

En conclusión, “la causa material en que esta potestad reside por derecho natural y divino es la misma república, a la cual de suyo le compete gobernarse a sí misma y administrarse y dirigir todas sus potestades al bien común”.<sup>14</sup>

#### 2.4. Recapitulación y definición de Potestad Pública

Registremos sucintamente las causas de la potestad pública.

1. **Causa final:** la sociedad civil y la potestad pública tiene por fin que los hombres atiendan eficazmente todas sus necesidades.
2. **Causa eficiente:** la potestad sin la cual no puede subsistir la república procede de Dios, autor de la naturaleza.
3. **Causa material:** la potestad pública reside por derecho natural y divino, en la misma república.
4. **Causa formal:** Vitoria no habla expresamente de una **causa formal**, pero luego de referirse a las tres causas mencionadas, propone la siguiente definición: “*Pública potestad es la facultad, autoridad o derecho de gobernar la república civil*”.<sup>15</sup>

---

cesaria era la paterna de Adán. Inclusive, refuta en reiteradas oportunidades, las teorías que postulaban la ausencia de toda potestas, espiritual o secular, en el estado de inocencia. Vitoria afirma una y otra vez, que de haberse conservado el estado previo al pecado original, multiplicada la humanidad, hubieran sido igualmente necesarias la potestad espiritual y secular, ordenadoras de la multitud. Véase p. ej. la *Relección de la Potestad de la Iglesia*, cuando dice “Pues aún cuando en el estado de inocencia no hubiese habido Magistrados ni Príncipes que forzasen a los hombres por el temor de las penas, habría habido, no obstante potestad directiva y gubernativa, como la paterna, a la que tendrían los hijos obligación de obedecer. Más aún: multiplicado el linaje humano, muy verosímilmente habría habido algunos que presidiesen a las cosas sagradas; y así hubiese habido también alguna razón y manera de potestad espiritual”. Cfr. Edición citada, p. 217.

14. *Relección de la Potestad Civil*, pág. 334.

15. *Ibíd.*, pág. 340.

### III. PRIMERAS RESPUESTAS A LOS PROBLEMAS PLANTEADOS

Con lo dicho hasta aquí podemos anticipar las siguientes conclusiones.

La vida social y la potestad para ordenar la vida en común son exigencia de la naturaleza humana. La *potestas*, entonces procede de la naturaleza y de Dios, su autor.

Pero al ser la *potestas* una necesidad de la naturaleza creada, reside en la misma comunidad, o más específicamente es algo de la comunidad. Vitoria no habla de transmisión, designación o delegación de la potestad, sino más bien de contracción (en alguno o algunos), como único medio posible de ejercicio de la misma.

La *potestas* está en la república como en su sujeto, ésta es su causa material. No obstante no es posible a la comunidad ejercer, en conjunto la potestad que les propia, por lo que el único modo posible de ejercicio es esa contracción o determinación de la *potestas*.

No hay entonces dos *potestas*, una de la comunidad y otra del gobernante, no hay transmisión, mandato o delegación, hay un modo especial en que la república hace uso de la *potestas*, atributo que procede de Dios Autor de la naturaleza, y que es propio de aquél que tiene a su cargo la comunidad, no por transmisión sino por una restricción que posibilita su ejercicio.

Vitoria deja muy en claro esta tesis cuando afirma que la potestad regia, no solo es justa y legítima, sino que los reyes tienen su poder de Derecho Divino y natural, y no de la república o de los hombres.

Veamos como se prueba esta conclusión.

### IV. DE LA POTESTAD REGIA

Vitoria comienza este análisis registrando una serie de objeciones. La principal entre ellas niega que la potestad regia proceda de Dios, calificando como tiranía a esta clase de dominaciones, legitimando en cambio como procedente de Dios, la potestad en forma democrática.

Repasemos los fundamentos de la objeción.



- 1) Todo hombre es libre, pues en el estado de inocencia cada hombre hubiese sido señor y no siervo.
- 2) Dios erigió al hombre señor de la creación y le dio potestad sobre *los peces del mar y las aves del cielo*, pero no sobre los hombres.
- 3) En la ley natural no se advierte que hubiese habido algún príncipe entre los adoradores del verdadero Dios.
- 4) El principado tuvo origen de la tiranía, *“Primeramente Nemrod que fue de la posteridad de Noe, pues era hijo de Cam, asumió la tiranía (Gen., 10)”*.<sup>16</sup>
- 5) Dice San Gregorio que es contra el derecho natural que un hombre domine a otro, ya que por aquel derecho todos los hombres son iguales. Y San Isidoro dice: *“La común posesión de todos y la única libertad del derecho natural es usar de la propia libertad”*.<sup>17</sup>

Por último, si bien antes de la ley evangélica pudo ser lícito el principado, no lo es después de Cristo, ya que por Él fueron los cristianos dotados de libertad. Por eso dijo el Apóstol *“No os hagáis siervos de los hombres porque habéis sido comprados a gran precio”*.

Por todo lo cual se afirma que no es lícito a los cristianos tener príncipes.

Vitoria trata a los responsables de estas afirmaciones de facciosos, corrompidos por la soberbia y ambiciosos, por lo que procede a desenmascarar sus falacias.

El derecho natural es inmutable. Si el poder real fuera antinatural nunca puede ser justo, pero en el Antiguo Testamento se hace alabanza de Melquisedec, Rey de Salem, o de José, Procurador del reino de Faraón. Vitoria se extiende en la cita de muy diversos pasajes de las Escrituras en que se hace mención honrosa de reyes y principados.

Concluye las citas alegando que la libertad evangélica no es contraria a la potestad real, y trae aquello de San Pablo, en la carta a los romanos

16. *Ibidem.* pág. 335.

17. *Ídem.*

*“Toda alma esté sujeta a las potestades superiores”, y también, “No hay potestad que no sea de Dios. Quien resiste a la potestad resiste a la ordenación de Dios”.*

Ahora, la república tiene potestad en orden a sus intereses, pero no es posible que esa potestad la ejerza la misma multitud “(pues no podría cómodamente dar leyes y proponer edictos, dirimir pleitos y castigar a los transgresores)”. Por eso fue necesario que la **administración de la potestad** se confiase a alguno o algunos, pudiendo así contraerse la potestad, que es la misma que la de la república.<sup>18</sup>

“Parece pues que la potestad real proceda, no de la república, sino del mismo Dios, como sienten los doctores católicos. Pues, aún cuando es constituido el Rey por la república, no le transfiere sino su propia autoridad, ni hay dos poderes, uno real y otro del pueblo. Y así como decimos que la potestad de la república del derecho natural y de Dios procede; es menester también decir lo mismo de la potestad real, lo cual es muy conforme a la Escritura y a la costumbre que llama a los reyes ministros de Dios, no de la República. En Salomón se dijo: *Por mí reinan los reyes...*”.<sup>19</sup>

Las ciudades que no tienen rey y se gobiernan por organización popular, pregonan muy alto su libertad. Pero, la potestad es la misma en uno o en muchos, pero habiendo tantos dueños como superiores es mejor estar sujeto a uno solo que a muchos, porque es menor la libertad en donde hay muchos dueños.

En conclusión, los Reyes tienen su poder no de la república, sino por derecho divino y natural. “Si los hombres o la república no tuviesen potestad de Dios, sino que por libre acuerdo se uniesen en sociedad y para bien de todos quisieran constituir sobre sí un poder, entonces sí que procedería de los hombres la potestad pública, como es la que los religiosos dan al Abad. Y no es así, pues ha sido constituida en la república, aunque a ello se opusieran todos los ciudadanos, una potestad para administrarla, al cual oficio han sido destinados los soberanos civiles”.<sup>20</sup>

18. Ídem. pág. 336.

19. Ídem pág. 338.

20. Ídem pág. 339.

## V. CONCLUSIÓN

La potestad viene de Dios, Él es su causa eficiente. La potestad reside en la república como en su sujeto, aquella es causa material de la *potestas*.

La potestad del gobernante y de la república son una sola y misma *potestas*. No hay transmisión o delegación de la potestad, tampoco hay designación natural o divina de la persona del gobernante.

La designación humana de la persona del o los gobernantes es el modo por el que se hace posible el ejercicio de la *potestas*. Así lo enseñan Aristóteles y Santo Tomás cuando dicen que la potestad es doble, una natural, como la del padre sobre los hijos o la marital y otra, civil, que si bien tiene sus raíces en la naturaleza, no está constituida por la naturaleza sino por la ley.

# EL PODER LIBERADO DE LA MODERNIDAD. DE LA MONARQUÍA ABSOLUTA A LA PARTIDISTA, PASANDO POR LA PARLAMENTARIA

THE UNLEASHED POWER OF MODERNITY. FROM THE ABSOLUTE TO THE PARTIES MONARCHY, THROUGH THE PARLIAMENTARY MONARCHY

JUAN FERNANDO SEGOVIA<sup>1</sup>

## RESUMEN

A partir de la doctrina voluntarista medieval de la *potentia Dei absoluta*, el trabajo propone una lectura de las doctrinas (razón de Estado, derecho divino de los reyes, soberanía) y las instituciones políticas (monarquía absoluta, monarquía parlamentaria) modernas, en la que se destaca el carácter central de los conflictos religiosos (Inglaterra, Francia) y el poder absoluto de todos los regímenes.

1. El autor es Doctor en Historia y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales; miembro del Consejo de Estudios del Conicet; Director del Centro de Estudios Históricos del Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II y Profesor en la Universidad de Mendoza.

**PALABRAS CLAVE**

*Potentia Dei absoluta* - Razón de Estado - Derecho divino de los reyes - Soberanía - Monarquía absoluta - Monarquía parlamentaria.

**SUMMARY**

Beginning with the medieval voluntarist doctrine of *potentia Dei absoluta*, the work proposes a reading of the modern doctrines (*raison d'État*, divine right of Kings, sovereignty) and political institutions (absolute monarchy, parliamentary monarchy), which highlights the centrality of religious conflict (England, France) and the absolute power of all regimes.

**KEYWORDS**

*Potentia Dei absoluta* - *Raison d'État* - Divine right of Kings - Sovereignty - Absolute monarchy - Parliamentary monarchy.

En abril de este año fui invitado a participar de la LII Reunión de Amigos de la Ciudad Católica (Madrid) convocadas por el tema general "Monarquía y democracia. Política católica e ideologías". En particular se me sugirió que considerara el problema de la monarquía parlamentaria como desnaturalización de la monarquía. Así lo hice, pero sin quedar del todo satisfecho con la exposición, pues existe un problema de fondo que entonces no alcancé a presentar y formular con claridad.

El presente trabajo resulta de un ahondamiento de esa cuestión central que subyace a la evolución de las formas de la monarquía –y de las formas de gobierno–, cuestión a la que he llamado "liberación de poder", terminología que si, en algún sentido, toma prestado ideas del ensayista francés Paul Virilio<sup>2</sup>, pretende ir más allá de las sen-

2. VIRILIO, Paul, *La vitesse de la libération*, Paris, Galilée, 1995, traducido al castellano como *La velocidad de liberación*, Buenos Aires, Manantial, 1997.

saciones del presente para ensayar una interpretación de la modernidad a partir de la emancipación del poder nacida del ocaso de la Cristiandad. Así, el problema de la monarquía parlamentaria queda enmarcado en otro más vasto: el de las raíces nominalistas y voluntaristas de la modernidad.

## I. LA MONARQUÍA PARLAMENTARIA Y EL PODER

Cuando en derecho constitucional se emplea la expresión monarquía parlamentaria en sentido estricto es para hacer referencia al tipo de régimen monárquico de gobierno en el que el monarca asume las responsabilidades ante el parlamento, reconociendo en este último la titularidad de la potestad legislativa<sup>3</sup>. La monarquía parlamentaria –ahora desde un punto de vista histórico-político– surge como una deformación de la monarquía a resultadas de los cambios revolucionarios operados en el siglo XVII inglés y continuados en el XVIII francés<sup>4</sup>.

La monarquía parlamentaria logró gran difusión a lo largo del siglo XIX, acabando por erigirse en el XX en el modelo monárquico aceptable en reemplazo de las antiguas monarquías. Lo que es un indicio de la continuidad –bien que discutible– de la institución monárquica, pues incluso la discusión en torno a la naturaleza del presidencialismo norteamericano –del que abrevaron las repúblicas hispánicas

3. Véase BOGDANOR, Vernon, *The monarchy and the constitution*, New York, Oxford U. P., 1994, cap. I, págs. 1-41. También es común encontrar la matización de la monarquía con los adjetivos “mixta”, “limitada”, “temperada”, que en todos los casos hace referencia a una monarquía limitada por una institución representativa, un parlamento. En cuanto al adjetivo “constitucional”, debe observarse que es más abarcador que los anteriores, porque aplicado a una monarquía supone una constitución suprema o soberana, que limita los poderes, ya en cuanto el rey tiene limitada –controlada– su potestad por el parlamento (o la asamblea representativa), ya porque el monarca comparte la soberanía con éste.

4. Es común leer en los libros de historia que la monarquía parlamentaria se instala en Inglaterra con la restauración en 1660, y que en Francia recién ocurrirá con la restauración y la Carta otorgada de 1814.

independizadas– se resuelve al develar que se trata una monarquía constitucional encubierta<sup>5</sup>.

La concepción parlamentaria de la monarquía tiene, ya se ve, diversas aristas. Si se atiende a su costado filosófico-político, el fuerte presidencialismo hispanoamericano trataría de remedar la monarquía en un clima democrático (“republicano”) que le es en principio hostil y que, por lo mismo, lo desvirtúa. También, la primacía del jefe de gobierno o del primer ministro en las monarquías contemporáneas brinda otro ejemplo de la vitalidad monárquica, desnaturalizada por el mismo ambiente político-ideológico en el que se desarrolla. La unidad del poder –elemento esencial a todo gobierno y que constituye el fundamento de la monarquía tradicional– renace espuriamente, resucita de los intentos modernos por dividirlo, aunque la vuelta a la vida no sea siempre cabal y completa. Son experiencias degeneradas por la injerencia el ideal democrático que producen unas malformaciones “zombis” en el cuerpo inerte de las monarquías clásicas.

Pero también puede atenderse al flanco ideológico que explica causalmente tal degeneración, ideología que se advierte ya en el proceso histórico mencionado al comienzo: las revoluciones de los siglos XVII y XVIII (1648 y 1688 en Inglaterra, 1776 en los Estados Unidos de Norteamérica, 1789 en Francia, etc.) trajeron consigo la adopción de un nuevo principio de legitimidad, el de la soberanía del pueblo o de la nación, que funda y sostiene el poder político, no ya en Dios y/o la tradición, sino en la voluntad general, en la energía colectiva o popular.

Quien trate de indagar en las causas y consecuencias de estos cambios radicales encontrará que están produciendo también el nacimiento del constitucionalismo moderno<sup>6</sup>. En efecto, el montaje y emplazamiento de la soberanía parlamentaria requiere de un “papel”

5. Cf. CASTELLANO, Danilo, *Monarquía y legitimidad. Apuntes para una introducción a la cuestión* en *Fuego y Raya*, Córdoba, 2010, N° 2, pág. 71, nota 2; KELLEY, Robert, *The cultural pattern in American politics: the first century*, New York, Alfred A. Knopf, 1979, que se cita de la edición española: *El modelo cultural de la política norteamericana. El primer siglo*, México, FCE, 1985, pág. 126.

6. Cf. SARTORI, Giovanni, *Constitutionalism: a preliminary discussion*, en *American Political Science Review*, New York, 1962, vol. 56, N° 4, págs. 853-864.

(una carta, una manifestación expresa de voluntad) que formalmente la defina, de modo que no se olvide el principio que le da legitimidad y las razones que llevaron a la nueva radicación del poder. La constitución realiza una doble memoria: es el acta de bautismo del nuevo ser y reserva vivo el pasado indigno. O, menos líricamente, es el acta de bautismo protestante del Estado moderno, de un orden artificial que sustituye al orden natural<sup>7</sup>.

Era necesario hacer estas advertencias antes de entrar en materia, porque de lo que quiero tratar en este artículo es de la introducción del nuevo principio de legitimidad del poder, de la filosofía en que se inspira, el voluntarismo, y su raíz teológica (la cuestión de la *potentia Dei absoluta*), para volcarme luego al problema del absolutismo como causa política de la monarquía parlamentaria. El nudo de mi planteo está, sin embargo, en la cuestión religiosa que se suscita a raíz de la Reforma Protestante, por lo que, sintetizando en extremo, podría argumentar que mi tesis es que las monarquías parlamentarias son el resultado principal –no único– de la crisis religiosa de cepa reformada.

## II. EL VOLUNTARISMO, DE LA TEOLOGÍA A LA POLÍTICA: LA LIBERACIÓN MODERNA DEL PODER

El proceso histórico de decadencia de la Cristiandad y ascenso de la modernidad<sup>8</sup> está marcado por la liberación –progresiva, gradual e ininterrumpida– del poder político de las normas morales y jurídicas que, al tiempo que lo legitimaban, lo ordenaban al servicio del bien humano, que era su fin. Una vez que se pierde el norte de la ley natural –que, si subsiste, es reducida a la *potentia Dei*, y por lo tanto

7. Véase SEGOVIA, Juan F., *El derecho (y la ley) natural católicos de cara al protestantismo y la constitución moderna* en AYUSO, Miguel (ed.), *Utrumque ius. Derecho, derecho natural y derecho canónico*, Madrid, Marcial Pons, 2014, págs. 151-166.

8. Muy bien historiado en las obras de CALDERÓN BOUCHET, Rubén, *La decadencia de la ciudad cristiana*, Buenos Aires, Dictio, 1979; *La ruptura del sistema religioso en el siglo XVI*, Buenos Aires, Dictio, 1980; y *Las oligarquías financieras contra la monarquía absoluta*, Buenos Aires, Dictio, 1980.



es relativizada—, el poder político se convierte en nuda voluntad y se legitima en su eficacia; la sociedad política ya no es natural al hombre sino que éste la construye y entra voluntariamente en ella (contratualismo), creándola consensualmente como garantía y límite de sus derechos (libertades negativas)<sup>9</sup>.

Cómo pudo llegarse a esta reducción conlleva explicar el problema del nominalismo teológico y del voluntarismo jurídico-político<sup>10</sup>, que haré brevemente, dado que mi interés radica en exponer algunas de sus expresiones modernas.

### *La liberación de poder*

El voluntarismo de Duns Escoto —con todo lo condicionado que pueda afirmarse— es antecedente del de Ockham: el primado de la voluntad libre se traduce en que ella quiere lo que quiere sólo porque lo quiere, no porque la razón la determine a ello como bueno. De modo que Dios no quiere el bien porque sea bueno, sino que lo que Dios

9. Cf. CASTELLANO, Danilo, *Monarquía y legitimidad...*, cit., págs. 74-78.

10. En lo que sigue, me he basado en ciertas obras generales: COLEMAN, Janet, *A history of political thought. From the middle ages to the Renaissance*, Oxford, Blackwell Publishers, 2000; FRAILE, Guillermo - URDANOZ, Teófilo, *Historia de la filosofía*, v. II (2º) [1960], Madrid, BAC, 2003; KENT, Bonnie, *Virtues of the will*, Washington D.C., The Catholic University of America Press, 1995; MAURER, Armand, *Medieval philosophy. An introduction*, 2<sup>nd</sup> ed., Rome, Pontifical Institute of Mediaeval Studies, 1982 y SARANYANA, Josep-Ignasi, *La filosofía medieval*, Pamplona, Eunsa, 2003. También he ocurrido a trabajos más específicos, entre ellos: COURTENAY, William J., *Nominalism and late medieval religion*, en TRINKAUS, Charles - OBERMAN, Heiko (ed.), *The pursuit of holiness in late medieval and renaissance religion*, Leiden, Brill, 1974, págs. 26-59; MURALT, André de, *La toute-puissance divine, le possible et la non-contradiction. Le principe de l'intelligibilité chez Occam*, en *Revue Philosophique de Louvain*, 1986, t. 84, núm. 63, págs. 345-361; FREPPERT, Lucan, *The basis of morality according to William Ockham*, Chicago, Franciscan Herald Press, 1988; LEDSHAM, Cal, *Love, power and consistency: Scotus' doctrines of God's power, contingent Creation, induction and natural law*, en *Sophia*, Berlin-Heidelberg, 2010, núm. 49, 2010, págs. 557-575; y VELDHUIS, Henri, *Ordained and absolute power in Scotus' Ordinatio I 44*, en *Vivarium*, Leiden, 2000, vol. 38, núm. 2, págs. 222-230.

quiere es bueno porque lo quiere. La voluntad divina, por tanto, es norma de rectitud, de recta razón.

Ockham parte de la omnipotencia divina entendida como “*potentia Dei absoluta*” que se autodetermina espontáneamente, esto es: la voluntad creadora de Dios no está sometida a ningún criterio o medida objetiva de bondad; la voluntad de Dios es en cada momento la medida única de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto. Este voluntarismo radical contrasta abiertamente con la doctrina de Santo Tomás y la teología escolástica tradicional según la cual, dado un orden ético objetivo, la *potentia Dei* no puede ser nunca *potentia absoluta* sino *potentia ordinata* (Dios sólo puede hacer el bien, Dios no puede obrar mal porque ello estaría en contradicción con su propia esencia)<sup>11</sup>.

La concepción del derecho natural en la Cristiandad tenía su base en la primacía del intelecto sobre la voluntad y en la capacidad de la inteligencia para descubrir en el orden del ser la norma suprema del obrar (*praecepta quia bona, prohibita quia mala*). Frente a ello el nominalismo vino a afirmar que lo creado por Dios no tiene carácter “necesario” sino “contingente” (Dios podría haber obrado de otra forma), siendo absurdo que la razón trate de indagar las “razones” por las que Dios (que actúa siempre libremente) ha hecho algo. La razón humana sólo puede conocer y constatar lo puramente “fáctico” (que siempre es individual y concreto) sin que pueda inferir de ello ninguna razón o sentido.

Por tanto, desaparece la idea de orden ontológico del ser como fundamento de la norma suprema del obrar, y la ley natural ha quedado vacía de contenido; la razón y criterio último de la conducta humana sólo se encuentran en la voluntad absoluta de Dios, lo que conduce al más radical positivismo moral, el voluntarismo. He aquí la síntesis de Gordon Leff: “Donde anteriormente el poder absoluto de Dios había estado asociado con la facultad de Dios para actuar libremente, ahora vino a ser aplicado a todo lo que Él había creado. La

11. AQUINO, Tomás de, santo, *De pot.*, q. 1, a.7, resp.; *S. Th.*, I, q. 25, a. 3, resp. Cf. LUKAC DE STIER, María L., *Potentia Dei: de Tomás de Aquino a Hobbes*, en *Intus-Legere: Filosofía*, Viña del Mar, 2013, vol. 7, núm. 1, págs. 43-57.

*potentia absoluta* de Dios, fuente de todo su poder, fue utilizada para anular los decretos de su *potentia ordinata*. Para los escépticos, Dios, por su poder absoluto, era tan libre que nada estaba más allá de los límites de la posibilidad: podía hacer negro de lo blanco y verdadero de lo falso, si así lo decidió; la misericordia, la bondad y la justicia podrían significar lo que su voluntad quisiera que significaran. En consecuencia, el poder absoluto de Dios no sólo destruyó todo valor y certidumbre en este mundo, sino que desintegró su propia naturaleza; los atributos [divinos] tradicionales de bondad, misericordia y sabiduría, todo se desechó ante el resplandor de su omnipotencia. Ésta se convirtió en sinónimo de incertidumbre, ya no la medida de todas las cosas".<sup>12</sup>

La concepción de un derecho natural sustentado en el orden del ser es sustituida, consiguientemente, por la idea de un derecho divino positivo, fundado exclusivamente en la voluntad de Dios, cuyas normas obligan, no en razón de su justicia o bondad intrínsecas, sino sólo por el hecho de estar prescritas por Dios. Para el voluntarismo no hay cosas buenas o malas por naturaleza (*per se*) sino sólo "*bona quia praecepta, mala quia prohibita*". Esto es, la inversión del primer principio de la ley natural: es bueno porque se prescribe y malo porque se prohíbe, y no, como en el Aquinate, se ordena porque es bueno y se prohíbe porque es malo.

El voluntarismo de Ockham se afirma también del hombre: la voluntad de éste es completamente libre, entendiendo por libertad "aquel poder por el que yo puedo hacer cosas diversas de manera indiferente y contingentemente, como que yo puedo causar o no el mismo efecto, cuando todas las condiciones distintas de este poder son las mismas"<sup>13</sup>, es decir, el *arbitrium indifferentiae*, la facultad de causar o no el mismo efecto.

12. LEFF, Gordon, *The fourteenth century and the decline of scholasticism*, en *Past & Present*, Oxford, 1956, núm. 9, pág. 34. Cf. OAKLEY, Francis, *Omnipotence and promise: The legacy of the scholastic distinction of powers*, *The Etienne Gilson Series 23*, Toronto, Pontifical Institute of Mediaeval Studies, 2002.

13. *Quodl.*, I, q. 16.

Esta “liberación de poder” por la emancipación de la voluntad no puede dejar de tener consecuencias políticas<sup>14</sup>. Una vez afirmada la inexistencia de amarras en el nivel teológico, en el escalón práctico será lícito que el gobernante se considere libre y haga de su voluntad la norma suprema de su conducta. Entramos en tema. El propósito inmediato consiste en rastrear las consecuencias de esta liberación de poder absoluto en cuatro momentos: primero, en Maquiavelo y la razón de Estado; luego, en Lutero y la autonomía del poder político; después, en la doctrina del derecho divino de los reyes; y, finalmente, en la doctrina de la soberanía<sup>15</sup>.

### *La razón de Estado*

La nueva ciencia política renacentista queda reflejada claramente en los temas que Maquiavelo considera y aquellos que excluye, demostrando el desinterés (sino la falta de vinculación) entre el orden moral y religioso y la organización política. El problema se plantea como ruptura de la relación entre religión y política y, consiguientemente, entre moral y política. Hostil a la metafísica, el método empírico de Maquiavelo se detiene en la política como poder, sea republicano o principesco<sup>16</sup>. La política no tiene fines religiosos, al contrario, se vale de la religión en tanto sirva a sus propósitos<sup>17</sup>; la política no

14. A nivel filosófico, las ha estudiado GILLESPIE, Michael Allen, *The theological origins of modernity*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 2008.

15. Cf. URDANOZ, Teófilo, *Teoría y praxis en el pensamiento filosófico y en las nuevas teologías socio-políticas* en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1977, núm. 211, págs. 171-213.

16. No me detengo en la bibliografía secundaria generalmente conocida y abundante. Solamente remito a la interesante tesis acerca del paganismo maquiavélico, de KORVELA, Paul-Erik, *The Machiavellian reformation. An essay in political theory*, Jyväskylä, University Library of Jyväskylä, 2006.

17. MACHIAVELLI, Niccolò, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio* [1513-1517], III, 41, en *Tutte le opere*, a cura di L. Martelli, Firenze, Sansoni, 1971, pág. 249. La versión española (de Alianza, Madrid, 1987, pág. 411) dice así: “en las deliberaciones en que está en juego la salvación de la patria, no se debe guardar ninguna consideración a lo justo o lo injusto, lo piadoso o lo cruel, lo laudable o lo vergonzoso, sino que,

tiene que ver con la moral, aunque sea conveniente –para no alterar los humores del pueblo (*popolani*)– que los gobernantes, los superiores (*ottimati*) y/o el príncipe se comporten moralmente.

El principio de Maquiavelo, la *necessità*, la *ragione di Stato*, se convirtió en criterio universal del gobierno político, en el sentido de que el príncipe está eximido de observar las leyes civiles, las reglas ordinarias de la moral y la política<sup>18</sup>; pues, como escribirá hacia finales del s. XVI Giovanni Botero, la razón de Estado se refiere a las acciones que “no se pueden reducir a la razón ordinaria y común” porque versan sobre los medios aptos para “fundar, conservar y ampliar” el dominio del Estado, el dominio estable sobre un pueblo<sup>19</sup>.

El concepto parece algunas veces suplir al de prudencia, pero no es así: la razón de Estado no es una virtud y la prudencia puede ser entendida al modo pagano (como disimulo o secreto relativo a los *arcana imperii*); aunque por lo general la razón de Estado se refiere a la necesidad de recurrir a medios no ordinarios para resolver problemas extraordinarios, lo que ciertamente está implicado en el concepto de *potentia absoluta*. Porque lo central es el fin arbitrariamente decidido: conservar el Estado, no perder el gobierno y el control del poder, por lo que la razón de Estado se presenta como el interés del Estado en tanto que realidad autónoma<sup>20</sup>.

El maquiavelismo tendrá enorme peso en todo el pensamiento político moderno, ya en la versión principesca ya en la republicana<sup>21</sup>. Así

---

dejando de lado cualquier otro respecto, se ha de seguir aquel camino que salve la vida de la patria y mantenga su libertad”.

18. MACHIAVELLI, Niccolò, *Il principe* [1513], c. 18, en *Tutte le opere*, cit., pág. 283.

19. BOTERO, Giovanni, *Della ragione di Stato* [1589], a cura de L. Firpo, Torino, UTET, 1948, I. I, c. I, pág. 55.

20. Para la historia de la idea, véase, entre otros, VIROLI, Maurizio, *From politics to reason of State. The acquisition and transformation of the language of politics. 1250-1600*, Cambridge, Cambridge U. P., 1992.

21. Cf. POCOCK, J. G. A., *The machiavellian moment. Florentine political thought and the Atlantic republican tradition*, Princeton, Princeton U. P., 1975, parte III, págs. 331 y sigs.; KAHN, Victoria, *Machiavellian rhetoric. From the counter-reformation to Milton*, Princeton, Princeton U. P., 1994; RAHE, Paul A., *Against throne and altar. Machiavelli and political theory under the English republic*, New York, Cambridge U. P., 2008 y SU-

como la noción nueva de *virtù* como técnica desplaza las clásicas virtudes morales, la idea de interés sienta sus reales en el lugar que ocupaba el concepto de bien<sup>22</sup>. En 1640, durante la guerra civil inglesa, Henry Parker escribió en su panfleto *The case of shipmoney* que la “*salus populi* es la suprema de todas las leyes humanas. Ante esta ley, todas las leyes se detienen”. En caso de necesidad, cuando la *salus populi* sea amenazada y antes que una nación perezca, “todo debe tenerse por necesario, y legal en razón de necesidad”<sup>23</sup>. Nunca se insistirá lo suficiente en que esta liberación de poder tiene una impronta pagana y un dejo gnóstico, que hace retroceder la ciencia del gobierno a tiempos precristianos.

### *Lutero y la libertad del príncipe*

La influencia del nominalismo voluntarista en la prédica reformista no es desconocida<sup>24</sup>. Sin embargo, en Lutero se presenta un intrincado juego entre, por un lado, el pesimismo antropológico que concibe al poder como consecuencia del pecado original y al hombre sumido en una debilidad absoluta, y por el otro, la doctrina de los dos reinos –el secular y el de Dios– que lleva a una negación de la autoridad de la Iglesia (ahora invisible, pueblo no jerárquico de Dios) y

---

LLIVAN, Vickie B., *Machiavelli, Hobbes, and the formation of a liberal republicanism in England*, New York, Cambridge U. P., 2004.

22. Cf. GUNN, J. A. W., “Interest will not lie”: a seventeenth-century political maxim en *Journal of the History of Ideas*, Pennsylvania, 1968, vol. 29, núm. 4, págs. 551-564.

23. MENDLE, Michael, *Henry Parker and the English civic war. The political thought of the public's “privado”*, Cambridge, Cambridge U. P., 2002, pág. 43: “The supreme of all humane laws is *salus populi*... God dispenses with many of his laws, rather than *salus populi* shall be endangered, and that iron law we call necessity, is but subservient to this law: for rather than a Nation shall perish, anything shall be held necessary, and legal by necessity”.

24. Muchas son las obras que tratan esta cuestión. Véase en especial: OBERMAN, Heiko A., *The harvest of medieval thought: Gabriel Biel and late medieval nominalism*, Cambridge, Harvard U. P., 1963; del mismo autor, *Via antiqua and via moderna: late medieval prolegomena to early reformation thought*, en *Journal of the History of Ideas*, 1987, vol. 48, núm. 1, págs. 23-40; y SAARINEN, Risto, *Weakness of will in Renaissance and Reformation thought*, New York, Oxford U. P., 2011.

a una exacerbación del poder político. Es claro que, sobre estas bases, Lutero ofrece una versión religiosa del gobierno político como *potentia absoluta* dirigida al sostenimiento del orden –cualquiera que sea–, brazo secular del poder divino, encargado de castigar los pecados y la desobediencia de los hombres<sup>25</sup>.

Vicario de Dios, su vice regente en la tierra, todo príncipe ejerce un poder en sí legítimo desde que Dios lo ha querido ya para reprimenda del pecador e inducirlo por el recto camino de la justificación, ya para proteger al justo. De modo que, desaparecida la jurisdicción eclesiástica, por imperio del sacerdocio de todos los fieles, los príncipes de este mundo ejercen con legitimidad –que les viene del bautismo, aunque éste no resulta decisivo– el poder que antes competía a la Iglesia. La santificación de este poder soberano importa, para Lutero, su plena libertad en el ejercicio de la función punitiva, que se extiende incluso al clero<sup>26</sup>.

La libertad del dominio político se manifiesta en un poder ilimitado, que el cristiano no debe temer porque está justificado en conciencia. Ilimitado, decimos, porque aunque Lutero comienza estableciendo límites al gobierno temporal en la ley de Dios, en nombre del mismo Dios concede al poder civil el derecho a todo, incluido a matar: “En semejante guerra es cristiano y obra del amor el ahorcar sin temor a los enemigos y quemarlos y hacer todo lo que pueda perjudicarles hasta que se les haya vencido”<sup>27</sup>. El príncipe, aun no siendo cristiano, tiene todo su derecho a actuar absolutamente, de no ofrecer al desobediente justicia ni equidad<sup>28</sup>, de no obrar con misericordia<sup>29</sup>.

25. Excelente síntesis es la de NEGRO PAVÓN, Dalmacio, *Sobre la teología política protestante*, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid, 2011, núm. 88, págs. 469-503.

26. Véase LUTERO, Martín, *A la nobleza cristiana de la nación alemana acerca de la reforma de la condición cristiana* [1520], en *Escritos políticos*, Madrid, Tecnos, 1990, págs. 9-13.

27. LUTERO, Martín, *Sobre la autoridad secular: hasta donde se le debe obediencia* [1523], en ÍDEM, pág. 61.

28. LUTERO, Martín, *Contra las bandas ladronas y asesinas de los campesinos* [1525], en ÍDEM, pág. 98.

29. LUTERO, Martín, *Carta sobre el duro librito contra los campesinos* [1523], en ÍDEM, págs. 108-114.

En la economía de la creación Dios quiso que el poder temporal se ejerciera sin restricciones en la represión de los malvados. “Por esto, la Escritura –sostiene Lutero– tiene finos y limpios ojos y mira rectamente la espada secular y, por su bondad, ha de ejecutar la ira y la severidad; como dicen Pablo y Pedro es servidora de Dios para venganza, ira y castigo de los malos y para protección, alabanza y honor de los piadosos”<sup>30</sup>. Doctrina que el reformador afirma apostólica pero que, en verdad, es maniquea y anticipa las teorías de Hobbes.

### *El derecho divino de los reyes*

A esta altura y con estos antecedentes no es extraño verificar que la doctrina del derecho divino de los reyes tiene su origen en Lutero<sup>31</sup>. Lucien Febvre, secundando el juicio de Georges de Lagarde, afirma de Lutero que es “el primero que ha legitimado verdaderamente, que ha fundado plenamente en Dios el poder absoluto de los príncipes”<sup>32</sup>. Después del reformador alemán fueron los protestantes ingleses quienes desarrollaron la doctrina<sup>33</sup>.

Jacobo I, siendo rey de Escocia, publicó anónimamente en 1598 su *True law of free monarchies*, texto en el que explica que el oficio del rey consiste en “cuidar de su pueblo”, como “la cabeza cuida del

30. Ídem, pág. 113.

31. CALDERÓN BOUCHET, Rubén, *La ruptura del sistema...*, cit., págs. 225 y 250; *Las oligarquías financieras...*, cit., pág. 160. El primero en advertirlo parece haber sido FIGGIS, John N., en el artículo *Luther and Machiavelli*, reproducido en su libro *Political thought from Gerson to Grotius* [1907], Kitchener, Batoche Books, 1999, cap. III, págs. 45-73.

32. FEBVRE, Lucien, *Un destin: Martin Luther* [1927], citado de la edición en español, *Martín Lutero: un destino*, México, FCE, 1956, pág. 248.

33. Cf. ALLEN, J. W., *English political thought* [1938], Hamden, Archon Books, 1967, especialmente parte VII, págs. 413-521; OAKLEY, Francis, *Jacobean political theology: the absolute and ordinary powers of the king* en *Journal of the History of Ideas*, Pennsylvania, 1968, vol. 29, núm. 3, págs. 323-346; ZUCKERT, Michael P., *Natural rights and new republicanism*, Princeton, Princeton U. P., 1994, cap. 1, págs. 29-48; y también el clásico de FIGGIS, John Neville, *The divine rights of kings* [1896], del que hay versión en castellano: *El derecho divino de los reyes. Y tres ensayos adicionales*, México, FCE, 1982.



cuerpo"<sup>34</sup>; esto es, el oficio regio se justifica en el cuidado del pueblo. Los expositores del derecho divino de los reyes no afirman –como sostendrán sus críticos– que el gobierno está al servicio de los gobernantes, sino que es una garantía o protección a favor de todos en sus personas, vidas y bienes, según la fórmula de Roger Manwaring<sup>35</sup>. Y, en un parangón que es el inverso del actual, sostienen que toda monarquía es siempre menos sangrienta que un gobierno popular.

Sin embargo, al asemejar el poder regio al poder divino, haciendo del rey un dios en la tierra –como afirma el propio Jacobo I<sup>36</sup>–, se quita todo valor a la prudencia pues si el poder del gobernante es irresistible, visto desde el ángulo del gobernado, no cabe más que la obediencia pasiva y completa. En la fórmula del derecho divino de los reyes, todo queda resumido en la dignidad del gobernante antes que en la cualidad de su gobierno o la justicia de sus órdenes. Figgis señaló ya como elemento positivo de la doctrina que la atribución de un poder similar al de los papas hace que la dignidad del poder real no sea menor que la de éstos antes Dios, del cual ambos derivan<sup>37</sup>.

Hay que evitar otro equívoco: el derecho divino de los reyes, en lugar de definir la confesionalidad del Estado o de la nación, es decir, de proclamar que un Estado o una nación son religiosos por profesar públicamente cierto credo (el católico o los protestantes); en lugar de ello, sacraliza la monarquía, la convierte en una monarquía religiosa, y al monarca en objeto de obediencia y culto inexcusables. Lejos de ser una doctrina aceptable desde el punto de vista católico<sup>38</sup>, fue un

34. En *The political works of James I*, ed. Charles Howard McIlwain, Cambridge-London, Harvard U. P., 1918, págs. 53-70.

35. ZUCKERT, Michael P., *Natural rights...*, cit., pág. 31.

36. P.e.: JAMES I, *Basilikon Doron* [1599], en *The political works of James I*, cit., pág. 12.

37. FIGGIS, John Neville, *The divine rights...*, cit., págs. 23, *passim*.

38. Me he referido a esta confusión en otras oportunidades, véase: SEGOVIA, Juan F., *Manteneos pues firmes en la fe que habéis debido a la piedad de los Reyes Católicos. Fidelismo y regalismo en Francisco Bruno de Rivarola*, en *Cruz del Sur*, Buenos Aires, Revista de Humanidades, 2012, núm. 3, especialmente págs. 52-57 y *Ley natural, contrato social y poder constituyente en el pensamiento anglosajón y francés. La ideología del constitucionalismo en los siglos XVII y XVIII*, en AYUSO, Miguel (ed.), *El problema del poder constituyente. Constitución, soberanía y representación en la época de las transiciones*, Madrid, Marcial Pons, 2012, págs. 45 y ss.

arma que el poder secular empleó frente al eclesiástico pues tanto en Inglaterra como en Francia se acudió al derecho divino de los reyes para sustentar el poder de estos contra toda interferencia pontificia, legitimando su autonomía.

Al asimilar el rey a Dios, a aquél se le atribuirán las mismas potestades divinas; luego, puede obrar de modo ordinario (*potentia ordinata*) siguiendo las leyes y costumbres del reino y, cuando lo requiera la circunstancia, podrá ejercer una potestad extraordinaria (*potestas absoluta*). Así ocurrió en los conflictos religiosos, como más adelante se expone.

### *La soberanía*

No me detendré en este tema que es sobradamente conocido<sup>39</sup>. Me interesa, sin embargo, recordar que tanto en la elaboración de Bodin, más histórica, como en la de Hobbes y Rousseau, acabadamente racionalistas, la soberanía es un poder absoluto que se discierne por la potestad de sancionar leyes y de abrogarlas<sup>40</sup>, facultad que no se comparte y que confiere al soberano una potestad –hipotéticamente– omnímoda. La soberanía no dice sólo de la supremacía del soberano, dice además de la completa independencia de su voluntad, lo que los teólogos nominalistas llamaban *potentia absoluta*.

En su evolución conceptual, al mismo tiempo que el concepto procura remarcar las limitaciones del soberano en ejercicio (poder constituido), resalta la ausencia de límites del soberano original (po-

39. Cf. ALTINI, Carlo, *La fabbrica della sovranità: Machiavelli, Hobbes, Spinoza e altri moderni*, que se cita de la edición castellana: *La fábrica de la soberanía: Maquiavelo, Hobbes, Spinoza y otros modernos*, Buenos Aires, El Cuenco de Plata, 2005; JACKSON, Robert. *Sovereignty. The evolution of an idea*, Cambridge-Malden, Polity, 2007; etc.

40. BODIN, Jean, *Les six livres de la république* [1576], Paris, Jacques de Puys, 1577, I, VIII; HOBBS, Thomas, *Leviathan* [1651], part II, chap. XVIII, XIX, XX, en *The English works of Thomas Hobbes*, London, John Bond, 1839, v. III; y ROUSSEAU, Jean Jacques, *Du contrat social* [1762], II.4, en *The political writings of Jean Jacques Rousseau*, Cambridge, Cambridge U. P., 1915, v. II, págs. 43-46.

der constituyente)<sup>41</sup>. Y esto último se dice con prescindencia de quien sea su titular (el rey, el pueblo, una clase, la nación toda)<sup>42</sup>. Se cumple así la “profecía” nominalista: el fundamento de la ley es la voluntad humana que, liberada de las cadenas de la moral y de Dios, puede querer y mandar lo que quiera, y exigir obediencia plena a su disposición.

Las formas políticas que se formaron al calor de las nuevas ideas irán describiendo, desde el comienzo, una tendencia hacia el gobierno personal –esto es, exclusivo– en un marco territorial definido –es decir, acotado–, gobierno estatal supremo en el sentido de soberano. El resultado inicial fueron las monarquías absolutas.

### III. EN TORNO AL ABSOLUTISMO

La palabra absolutismo comenzó a emplearse, en sentido peyorativo, en Francia en el siglo XVIII con el fin de desacreditar la monarquía del *ancien régime*. Absolutismo quiere decir muchas cosas, pero en general implica una atribución –poder ilimitado– y una negación –carencia de control institucional–; designa, históricamente, un proceso de centralización y concentración del poder en la persona del monarca; y connota, teóricamente, una forma aberrante de gobierno<sup>43</sup>. En esta dirección Henri Morel afirma que el absolutismo se refiere a “un tipo régimen político en el que, el detentador de un poder [*puissance*] atribuido a su persona, concentra en sus manos todos los poderes [*pouvoirs*], gobierna sin ningún control”<sup>44</sup>. Esto es, según la

41. SEGOVIA, Juan F., *Ley natural, contrato...*, cit., *passim*.

42. Cf. MERRIAM, C. E. Jr., *History of the theory of sovereignty since Rousseau* [1900], Kitchener, Batoche Books, 2001.

43. Por caso, en una enciclopedia que se dice especializada, se afirma que absolutistas son los gobiernos de Luis XIV en Francia, de Hitler en la Alemania nazi y de Stalin en la Rusia comunista. En todos los casos, el líder no tenía límites ni estaba controlado por otro poder. SHELDON, Garrett Ward, *Encyclopedia of political thought*, New York, Facts On File Inc., 2001, pág. 2.

44. MOREL, Henri, *Absolutisme*, en RAYNAUD, Philippe - RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 1996, págs. 1-8.

fórmula de un conocido diccionario jesuítico: gobierno absoluto, ilimitado, sin excepción ni restricción<sup>45</sup>.

No obstante la carrera del término, la situación que describe es más ideológica que real; viene propulsada –retrospectivamente–, sin duda, por el mito de la excepcionalidad inglesa (la monarquía parlamentaria nacida de la gloriosa revolución de 1688)<sup>46</sup>, e infectada por el liberalismo que asimiló absoluto a despótico<sup>47</sup>. Señalar el defecto de origen tiene sentido en la actualidad, en razón de que, en términos generales, el poder del monarca llamado absoluto fue considerablemente menor en cantidad o magnitud, alcance y recursos –medios– al de cualquier gobernante moderno, democrático o no, como puso de manifiesto Bertrand de Jouvenel en un recordado libro que muchos tienen olvidado<sup>48</sup>. Por tanto, la característica de absoluto que se atribuye al monarca es “teórica” (en sentido moderno, es decir, invención racionalista), porque responde a la idea de soberanía como poder ilimitado de Bodin o de Hobbes; idea “libresca” por inexistente, es decir irreal o ficticia, pues todo poder tiene límites –aunque más no sea

45. *Dictionnaire universel français et latin, vulgairement appelé Dictionnaire de Trévoux*, nouvelle édition, Paris, Compagnie des Libraires Associés, 1751, t. 1, pág. 41: la palabra “absolu” indica un “souverain, indépendant [...] Prince absolu [...] Il signifie sans réserve, sans restriction”.

46. HENSHALL, Nicholas, *El absolutismo de la Edad Moderna 1550-1700. ¿Realidad política o propaganda?* en ASCH, Ronald G. - DUCHHARDT, Heinz (ed.), *Der absolutismus - ein myθος? Strukturwandel monarchischer herrschaft in West- und Mitteleuropa (ca.1550-1700)*, Köln/Weimar/Wien, Bohlau, 1996, que se cita de la edición en castellano: *El absolutismo (1550-1700), ¿un mito? Revisión de un concepto historiográfico clave*, Barcelona, Idea Books, 2000, págs. 43-83. El autor, Henshall, cobró notoriedad con la publicación en 1992 de su libro *The myth of absolutism. Change and continuity in early modern European monarchy*, publicado en Londres por Longman (una síntesis en su artículo “The myth of absolutism”, en *History Today*, London, vol. 42, núm. 6 [1992], págs. 40-47), en el que desmonta el paradigma historiográfico del absolutismo.

47. Así, LOCKE, John, *Two treatises of government* [1690], London, 1768, II, XV, § 172; CARITAT, Nicolas de, Marqués de CONDORCET, *Idées sur le despotisme à l'usage de ceux qui prononcent ce mot sans l'entendre* [1789], Paris, Firmin Didot Frères, 1847 (en línea en <http://classiques.uqac.ca/>).

48. JOUVENEL, Bertrand de, *Du pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance* [1945], que se cita de la 2ª edición en español: *El poder. Historia natural de su crecimiento*, Madrid, Ed. Nacional, 1974.

que el del puñal, como dijera De Maistre<sup>49</sup>–; y también “ideológica”, porque la absolutidad del poder regio fue argumento artificioso de sus enemigos (republicanos y liberales) para limitarlo o exterminarlo, sino expropiarlo.

Yendo de lo general a lo particular, las modernas monarquías absolutas estaban contrapesadas por poderes de hecho establecidos por una tradición, pactada o no, arraigada en la naturaleza, y que obraban como un balance político (cámaras, cortes, parlamentos, estamentos, dietas, estados generales, etc.) o un freno social (familias, gremios, elites locales, corporaciones, ciudades, Iglesia). Estos eran instituciones históricas, con finalidades representativas y de control, más contrapoderes que poderes<sup>50</sup>. Además, las atribuciones del monarca se encontraban circunscriptas y restringidas por el derecho en sus diversas expresiones (fueros, estatutos, *ius commune*, privilegios, consuetudo, *lex naturale*, recopilaciones, etc.), como hubo de admitir el mismo Bodin<sup>51</sup>. Este último aspecto resulta fundamental: las prerrogativas reales se ejercían dentro del derecho reconocido, de modo que si al rey se lo trataba como legislador, difícilmente pueda decirse que era absoluto (*iure soluti*)<sup>52</sup>.

A la vista de estas consideraciones, si bien no puede decirse que la monarquía es absoluta por naturaleza –como afirma Henshall<sup>53</sup>–, podría entenderse la condición de absoluta, atribuida a la monarquía “moder-

49. Cf. MAISTRE, Joseph de, *Du pape* [1821], II, II, en *Ceuvres complètes*, Lyon, Librairie Générale Catholique et Classique, 1892, t. II, págs. 169-175.

50. JOUVENEL, Bertrand de, *Du pouvoir...*, cit., cap. 15.

51. BODIN, *Les six livres de la république*, cit., I, VIII. Estas leyes desaparecen en las construcciones racionalistas de Hobbes y Rousseau.

52. En referencia a la fórmula: *princeps legibus solutus*, que define al absolutismo. Cf. DUCHHARDT, Heinz - ASCH, Ronald G., *El nacimiento del “absolutismo” en el siglo XVII: ¿cambio de época de la historia europea o ilusión óptica?*, en DUCHHARDT, Heinz - ASCH, Ronald G., *Der absolutismus...*, cit., págs. 22-23.

53. HENSHALL, Nicholas, *El absolutismo de...*, cit., pág. 49, quien agrega: “la mayoría de los gobernantes se consideraron “absolutos” en el sentido de que monopolizaron las prerrogativas principescas de guerra y paz, patronazgo y distribución de cargos, y no reconocieron ninguna limitación legítima de sus decisiones. El término es anterior a la “era del absolutismo”. Se encuentra en el siglo XIV, cuando los gobernantes de Francia, Inglaterra y España empezaron a reivindicar el *impe-*

na”, en un sentido diverso del asignado por sus enemigos<sup>54</sup>: absoluta quiere decir que el poder del monarca es suyo único, es decir, personal en tanto que indivisible<sup>55</sup>; la absolutidad de su poder, además, consiste en la imposibilidad de ser coaccionado más que en su carácter coactivo<sup>56</sup>. Luego, constituye un error no sólo historiográfico sino también político, confundir la monarquía absoluta con un poder absoluto en el sentido de ilimitado, despótico, sin ley, contrapesos ni restricciones<sup>57</sup>.

Como ha escrito Hershman, por entonces había un solo tipo de gobierno legítimo (la monarquía) y dos perversiones, el despotismo –por exceso– y el republicanismo –por defecto. “El discurso político de la Edad Moderna empleaba una retórica de la armonía que combinaba lo que aparentemente era opuesto. Era el deber del gobernante mantener una constitución equilibrada. Los gobiernos francés e inglés actuaban, pues, tanto mediante la manera de prerrogativa como mediante la manera consultiva. Esta es la razón por la que los contemporáneos se referían enigmáticamente a los mismos gobernantes como absolutos y como limitados. Entonces, los dos (términos) no se consideraban mutuamente excluyentes porque se referían a distintas áreas de la actividad gubernamental que tenían reglas distintas”<sup>58</sup>.

---

*rium* y a llevar las coronas arqueadas que los equiparaban con el Emperador Sacro Romano-Germánico”.

54. Asiste la razón a CASTELLANO, Danilo, *Monarquía y legitimidad...*, cit., págs. 80-82, cuando afirma que una monarquía absoluta, en el sentido de no tener límite, no es una forma de gobierno (legítima) sino de dominio (ilegítima).

55. BONNEY, Richard, *Absolutism: what's in a name?*, en *French History*, Oxford, vol. 1, núm. 1 (1987), págs. 99-105; CALDERÓN BOUCHET, Rubén, *La ruptura del sistema...*, cit., pág. 357.

56. Como sostiene HENSHALL, Nicholas, *El absolutismo de...*, cit., pág. 50, siguiendo a Bossuet: absoluto respecto de la coerción porque ningún poder humano puede forzarlo, lo que no significa que sea arbitrario pues todo lo que haga en contra de las leyes es nulo. Cf. BOSSUET, Jacques-Bénigne, *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture Sainte* [1679], en *Ceuvres complètes*, Bar-le-Duc/Paris, Typ. des Célestins/Bloud et Barral, 1879, t. XI, l. IV, a. I, prop. III y IV, págs. 238-240.

57. BONNEY, Richard, *Absolutism: what's...*, cit., págs. 93-94; CASTELLANO, Danilo, *Monarquía y legitimidad...*, cit., pág. 70; CALDERÓN BOUCHET, Rubén, *La ruptura del sistema...*, cit., pág. 351, quien avanza la idea de la monarquía absoluta como opuesta al despotismo.

58. HENSHALL, Nicholas, *El absolutismo de...*, cit., pág. 53.

La distinción de este autor no es banal, y está vinculada al corazón de nuestra tesis: la “manera de prerrogativa” recuerda la idea de *potentia absoluta*; la “manera consultiva” trae a la mente la idea de *potentia ordinata*.

#### IV. DE LAS MONARQUÍAS ABSOLUTAS A LAS MONARQUÍAS PARLAMENTARIAS

##### *Guerras de religión y liberación de poder*

La historiografía debe revisar –ya lo está haciendo<sup>59</sup>– la generalización del concepto de monarquías absolutas, para evitar su abuso, al mismo tiempo que debe indagar más profundamente en sus causas. En referencia a este aspecto (las causas de la transformación de la monarquía), hay que tener presente que el delicado equilibrio del que habla Hernshall entre lo absoluto (personal) y lo limitado (institucional, social, jurídico) en la monarquía moderna, corresponde a un universo, a un mundo que está en trance de descristianización, más correctamente: de pérdida de la fe católica y de conversión al protestantismo en cualquiera de sus denominaciones.

Pues no se debe ocultar que el factor religioso fue sido decisivo en la metamorfosis de la monarquía moderna: primero, como origen de su conversión en absoluta y, más tarde, como justificación de su transformación en parlamentaria. No quiero significar que no hayan

59. La bibliografía sobre estudios nacionales es amplísima, remito a los aquí citados, y también a CUTTICA, Cesare, *A thing or two about absolutism and its historiography* en *History of European Ideas*, London, 2013, vol. 39, núm. 2, págs. 287-300; SANFILIPPO, Matteo, *Alcune note sul concetto di assolutismo nella storiografia europea* en PLATANIA, Gaetano (a cura di), *L'Europa di Giovanni Sobieski. Cultura, politica, mercatura e società*, Viterbo, Sette Città, 2005, págs. 475-503; SOMMERVILLE, Johann P., *English and European political ideas in the early seventeenth century: Revisionism and the case of absolutism* en *Journal of British Studies*, New York, 1996, vol. 35, núm. 2, págs. 168-194; WEBER, Wolfgang, “What a good ruler should not do”: *Theoretical limits of royal power in European theories of absolutism, 1500-1700* en *The Sixteenth Century Journal*, Kirksville, 1995, vol. 26, núm. 4, págs. 897-915; etc.

existido otros factores<sup>60</sup>; únicamente quiero llamar la atención a esta doble manifestación política de las creencias reformadas que, cuando lo aconsejaban las circunstancias, llamaron a fortalecer el poder del rey (con el derecho divino de los reyes y la doctrina de la soberanía) haciéndolo instrumento de la consolidación de su disidencia religiosa; y, al modificarse el contexto, se alzaron contra el rey absoluto y reclamaron –más evidentemente en unos casos que otros– su limitación por la soberanía parlamentaria.

Como era un mundo que estaba descristianizándose, convirtiéndose del catolicismo al protestantismo, las guerras de religión se volvieron inevitables y se emplearon para vehiculizar las novedosas nociones políticas. Los conflictos religiosos fueron –en los siglos XVI y XVII– la causa de que se impusiera la doctrina de los intereses del Estado o de la nación como expresión de la *ragione di Stato*.

### *Francia: religión y absolutismo*

En Francia, la invocación de la necesidad o lo anormal, la argumentación de transitar tiempos extraordinarios, sirvió de justificación a un poder también extraordinario del monarca. Explica Arlette Jouanna que la guerra de religión produjo la destrucción de la concepción de la monarquía como poder ordinario, guiado por la razón: “es el traumatismo de la ruptura religiosa entre católicos y protestantes que provoca el hundimiento de esa concepción política”<sup>61</sup>.

60. Así, por caso, CALDERÓN BOUCHET ha insistido con razón en la gravitación de la mentalidad burguesa y en la importancia creciente de los intereses económicos, en *La ruptura del sistema religioso en el siglo XVI*, y *Las oligarquías financieras contra la monarquía absoluta*, cit., *passim*. KOSELLECK, Reinhardt, *Kritik und Krise*, 1959, que se cita de la versión española: *Crítica y crisis del mundo burgués*, Madrid, Rialp, 1965, cap. 1, pone en relación guerras de religión, Estado absolutista, burguesía e Ilustración.

61. Es clave el libro –que sólo conocemos por reseñas– de JOUANNA, Arlette, *Le pouvoir absolu. Naissance de l'imaginaire politique de la royauté*, Paris, Gallimard, 2013. Véase la entrevista a la historiadora francesa en <http://mauran.space-blogs.net/blog-note/201516/mme-arlette-jouanna-a-accepte-de-repondre-a-nos-questions.html>. No obstante, en una obra anterior ya está planteada de manera similar la problemática; cf. JOUANNA, Arlette, *La France du XVII siècle 1485-1598*, Paris, Quadrige / PUF, 1996.



Es el conflicto religioso, una vez traducido en guerra civil, el que pone en juego la noción de un poder extraordinario, absoluto, que desplaza el poder ordinario. En otras palabras: la distinción entre poder extraordinario y poder ordinario replica, en cierta forma actualizada, la vieja distinción nominalista entre *potentia absoluta* y *potentia ordinata*, y recuerda –a su vez– la insistencia de Carl Schmitt en la soberanía como poder de decisión en los estados de excepción<sup>62</sup>.

Arlette Jouanna reitera que, dotado el rey de poder legislativo (potestad ordinaria, *gouvernement ordinaire*), las situaciones extremas de la guerra de religión llevaron a considerar su potestad absoluta (*gouvernement extraordinaire*), no sin que fuese discutida por hugonotes y católicos, si bien tras la Fronda (1653) se tornará común o cotidiano el ejercicio de la potestad extraordinaria en vista ya de la grandeza del Estado, ya de la protección o felicidad de los súbditos<sup>63</sup>. Luis XIV es el claro modelo del rey absoluto en respuesta a las circunstancias anormales de la guerra<sup>64</sup>.

### *Inglaterra: religión y política*

En Inglaterra ocurrió algo similar a Francia: las divisiones religiosas causaron la prolongada guerra civil que costó la vida a Carlos I, la caída de la monarquía y el establecimiento de la república de Cromwell. El proceso es conocido, aunque su resultado ulterior fue diverso del francés, al menos por dos razones: en primer lu-

62. Cf. SCHMITT, Carl, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 1922 y *Politische Theologie, II: Die Legende von der Erledigung jeder Politischen Theologie*, 1969, que se citan de la edición conjunta española, *Teología política*, Madrid, Trotta, 2009. La relación entre *plenitudo potestatis* y soberanía está claramente establecida en SCHMITT, Carl, *Die Diktatur*, 1921, versión castellana, *La dictadura*, Revista de Occidente, Madrid, 1968, págs. 248-249.

63. JOUANNA, Arlette, *La France du...*, cit., págs. 652-654.

64. Cf. RIVERA GARCÍA, Antonio, *El origen del absolutismo francés: golpes de Estado y neutralidad religiosa en Res publica*, Murcia, 2000, núm. 5, págs. 133-153. Aunque, como dice Denis Crouzet (cit. en ASCH, Ronald G. - DUCHHARDT, Heinz, *El nacimiento del...*, cit., pág. 27), en no pocos casos la idea del poder absoluto no fue más que una máscara para encubrir la debilidad del poder.

gar, la poca injerencia del catolicismo en estas cuestiones –que se dirimían entre bandos protestantes, episcopalianos (anglicanos) y presbiterianos (calvinistas o puritanos), y entre éstos y los arminianos<sup>65</sup>–; y, en segundo término, porque las sectas protestantes ya tenían representación parlamentaria, lo que les confería poder político.

Isabel y Jacobo I intentaron mediar entre las corrientes religiosas para evitar un mayor conflicto, pero la situación se agravó con Carlos I, pues, al igual que en las Provincias Unidas, el ataque se renovó dirigiéndose contra la iglesia anglicana y también contra el rey. Fue decisivo en el conflicto que los presbiterianos estuvieran dispuestos a prescindir del rey, como se vio claramente durante la crisis de la coalición parlamentaria<sup>66</sup>; los no-presbiterianos (también llamados independientes) destruyeron la estructura de gobierno de la Iglesia nacional y la monarquía en un solo golpe de hacha el 30 de enero de 1649, cuando fue decapitado el rey<sup>67</sup>.

65. Provenientes de los Países Bajos, los arminianos eran protestantes anti calvinistas, a los que en Inglaterra se acusaba de ser papistas (cripto-católicos). Cf. Th. VAN LEEUWEN, Marius - STANGLIN, Keith D. - TOLSMA, Marijke (ed.), *Arminius, arminianism, and Europe. Jacobus Arminius (1559/60–1609)*, Leiden & Boston, Brill, 2009.

66. Encontró, por un lado a arminianos, episcopalianos y partidarios del derecho divino de los reyes, enfrentados a presbiterianos, independientes, erastianos y republicanos (todos bajo el nombre de puritanos). Para moverse en la maraña de las sectas, véase COLLINSON, Patrick, *From Cranmer to Sancroft*, London, Hambledon Continuum, 2006; HARRISON, Peter, *'Religion' and the religions in the English enlightenment*, Cambridge, Cambridge U. P., 2002 y MILTON, Anthony, *Catholic and reformed: the Roman and protestant churches in English protestant thought, 1600-1640*, Cambridge, Cambridge U. P., 2002.

67. La literatura es inabarcable por lo que solamente indicaré algunos textos: HILL, Christopher, *The world turned upside down. Radical ideas during the English revolution* [1972], del que existe versión en castellano: *El mundo trastornado. El ideario extremista en la revolución inglesa del siglo XVII*, Madrid, Siglo XXI, 1983; TODD, Margo (ed.), *Reformation to revolution: politics and religion in early modern England*, London & New York, Routledge, 1995; y TYACKE, Nicholas (ed.), *England's long reformation 1500–1800*, London, UCL Press, 1998.

*El experimento inglés de la monarquía parlamentaria: pródromos*

En Inglaterra se observa un proceso favorable a los intereses y las ideas reformistas más acelerado que en el resto del continente, especialmente Francia; la razón puede hallarse en que muy prontamente, apenas empezado el s. XVI, los ingleses rompieron con Roma, fundaron la iglesia nacional y se entregaron –con suerte diversa en las primeras décadas– a la liquidación del catolicismo, que todavía impregnaba el orden político europeo continental. Proceso que también coincide con el reconocimiento de los intereses de la burguesía en el plano político institucional<sup>68</sup>.

En una síntesis un tanto esquemática se podría decir que en la revolución de 1648 se enfrentaron, de un lado: anglicanos, monárquicos (absolutos o parlamentarios) y aristócratas; y, del otro: sectas radicales (puritanos y otros), republicanos y monárquicos parlamentarios, y burguesía. El desenlace es bien conocido: el despotismo de fachada republicana –y de contenido monárquico absolutista– de Cromwell, el triunfo de los puritanos y las sectas radicales; es decir, una nueva mutación de la *potentia absoluta* encarnada en la razón de Estado, a caballo entre Maquiavelo y Hobbes<sup>69</sup>.

En la superficie, y también en el fondo, está el problema religioso. Como afirma David Wootton, en la Inglaterra del s. XVII la religión era más importante que las cuestiones constitucionales, de modo que la decadencia de la antigua constitución viene de las pependencias religiosas más que de las ideologías políticas (como el republicanismo o diversas formas de igualitarismo político). Escribe este autor: “La religión era un asunto mucho más importante que la cuestión de si

68. Como bien explica CALDERÓN BOUCHET, Rubén, *La ruptura del...*, cit., págs. 260-261, fue Enrique VIII en 1529 quien admitió a la burguesía en la instalación del Parlamento. De modo que, bajo Jacobo I –ante la necesidad de afrontar las penurias económicas de las monarquía– “las finanzas comienzan a imponer sus exigencias a la política y muy pronto ésta quedó subordinada a los intereses de la clase parlamentaria” (CALDERÓN BOUCHET, Rubén, *Las oligarquías financieras...*, cit., pág. 180).

69. Véase COBY, J. Patrick, *Thomas Cromwell. Machiavellian statecraft and the English reformation*, Lexington Books, New York, 2009.

Inglaterra debía tener un rey, quizás más importante incluso que la idea de que ningún gobernante debería ser absoluto, y fue la religión la que desempeñó el papel decisivo para socavar la fe de los hombres en la constitución ancestral<sup>70</sup>.

Esta misma tesis, de modo general, había sido sostenida por R. Koselleck en relación al absolutismo como respuesta a las guerras de religión. A la crisis del Imperio –en su enfrentamiento con la Iglesia– a fines de la Edad Media sigue el florecimiento de los reinos que, entrado el siglo XVI y con la Reforma Protestante, verán crecer y fortalecer su poder ya por el franco apoyo de los reformados (Alemania) ya por devenir jueces de las disidencias religiosas (Francia), sea que la salida fuese la tolerancia o la confesionalización. Al mismo tiempo, la disidencia religiosa se convirtió también en política en la misma medida que la libertad de conciencia justificaba la resistencia.

En la prolongación de los conflictos religiosos y el predominio que procuraban los protestantes se encuentran las razones del derumbe del sistema monárquico y de la instalación de la monarquía parlamentaria tras la restauración en 1660, que se consolidará con la caída de Jacobo II en 1688<sup>71</sup>. La idea de que el parlamento debía compartir la soberanía con el monarca había sido ya expresada en tiempos de Carlos I, sin duda por la influencia de, entre otros, el ideario monárquico aristocrático que comenzó a difundirse desde los Países Bajos.

70. WOOTTON, David. *Leveller democracy and the Puritan revolution*, en BURNS, J. H. - GOLDIE, Mark (ed.), *The Cambridge history of political thought 1450-1700* [1991], Cambridge, Cambridge U. P., 2006, pág. 421.

71. “Por un libre parlamento, por la religión protestante”, fue un lema de la burguesía revolucionaria en 1688 (CALDERÓN BOUCHET, Rubén, *Las oligarquías...*, cit., pág. 290). En efecto, un panfleto que circuló en Londres cuando el príncipe holandés, futuro Jorge III, embarcó rumbo a Inglaterra declaraba “*for a free Parliament and the Protestant religion*”. PINCUS, Steve, *1688: the first modern revolution*, New Haven & London, Yale U. P., 2009, pág. 244.

## V. LA MONARQUÍA PARLAMENTARIA INGLESA: LA IDEOLOGÍA DEL PODER LIBERADO

Las ideas republicanas y/o parlamentarias en Inglaterra reconocen varios precedentes, en especial en la polémica contra el derecho divino de los reyes que pretendía justificar el absolutismo monárquico; hubo corrientes radicales o populistas y otras moderadas, en un extenso arco de opciones políticas que iban desde la monarquía mixta a la república lisa y llana. No vamos a pasar revista de estas tendencias<sup>72</sup>, pues lo que nos interesa es dirigir la atención a la justificación de una monarquía parlamentaria que, so capa de acabar con el absolutismo regio, instaura una nueva modalidad del poder absoluto liberado en la modernidad.

*El maestro: Hugo Grotius*

Hay razones para suponer que los proyectos de reforma de la monarquía que inquietaban a los ingleses desde el siglo XVI giraron en sentido ideológico por la difusión de enseñanzas ajenas a la constitución ancestral, *the ancient constitution*<sup>73</sup>.

Las doctrinas republicanas tienen en la Europa moderna una larga historia con diversas raíces y manifestaciones, que admiten un tronco común en el maquiavelismo. En tal sentido, el nuevo iusnaturalismo que amanece en el siglo XVII, que tiene en Grotius su mejor exponente y en los Países Bajos su modelo político, será cuna de

72. Véase en particular TUCK, Richard, *Philosophy and government 1572-1651*, Cambridge U. P., New York, 1993; y WORDEN, Blair, *English republicanism*, en BURNS, J. H. - GOLDIE, Mark, *The Cambridge history of political thought 1450-1700*, Cambridge, Cambridge U.P., págs. 443-475. Recúrrase también a la bibliografía ya citada y a la que citaremos a continuación.

73. Para entender cómo se interpretaba ésta, es fundamental la obra de PO-COCK, J. G. A., *The ancient constitution and the feudal law* [1957], Cambridge U. P., Cambridge, 1987, con las observaciones de WESTON, Corinne C., *England: ancient constitution and common law*, en BURNS, J. H. - GOLDIE, Mark, *The Cambridge history...*, cit., págs. 375-395.

tendencias republicanas –moderadas o radicales, contractualistas o históricas– que darán color a los acontecimientos generales y a las corrientes ideológicas del siglo<sup>74</sup>. Inglaterra fue la primera en sufrir esa influencia<sup>75</sup>.

En *De antiquitate reipublicae Batavae*, aparecida en 1610, Grotius decía no tener claro si el rey entre los germanos, e incluso en Batavi, era verdadero rey o era como los de Esparta, esto es, “reyes solamente en nombre, y en substancia únicamente el primero entre los *optimates*”<sup>76</sup>. La observación no por anecdótica carece de trascendencia, pues para los republicanos aristócratas –esto es, antimonárquicos– Grotius estaba equiparando la república holandesa con aquella antigua que elogiara Tácito<sup>77</sup>. Pero la anécdota se convierte en doctrina cuando Grotius escribe años más tarde su clásica obra *De iure belli ac pacis*.

Valiéndose de una interpretación de los clásicos romanos (Tito Livio, Cicerón, Tácito), considera Grotius que los principados son incompatibles con la libertad política de una sociedad: “Así como la libertad personal excluye al amo, así también la libertad civil excluye la sujeción a un rey y cualquiera otra dominación propiamente

74. Como introducción vale el trabajo de MULIER, Eco Haitisma, *The language of seventeenth-century republicanism in the United Provinces: Dutch or European?*, en PAGDEN, Anthony (ed.), *The languages of political theory in early-modern Europe* [1987], Cambridge U. P., Cambridge, 1990, págs. 179-195.

75. Sobre el republicanismo inglés, véase PELTONEN, Markku, *Classical humanism and republicanism in English political thought*, Cambridge U. P., Cambridge, 2004; PHILLIPSON, Nicholas - SKINNER, Quentin (ed.), *Political discourse in early modern Britain*, Cambridge U. P., Cambridge, 1993; y SCOTT, Jonathan, *Commonwealth principles. Republican writing of the English revolution*, Cambridge U. P., Cambridge and New York, 2004. Acerca de la influencia holandesa, cf. PROKHOVNIK, Raia, *Spinoza and republicanism*, Palgrave MacMillan, New York, 2004. Una visión comparada en VAN GELDEREN, Martin - SKINNER, Quentin (ed.), *Republicanism. A shared heritage*, 2 vol., Cambridge, Cambridge U. P., 2002.

76. Cit. en TUCK, Richard, *Philosophy and government...*, cit., pág. 165.

77. Cf. ISRAEL, Jonathan I., *The Dutch Republic: its rise, greatness and fall, 1477-1806*, Clarendon U. P., Oxford and New York, Oxford, 1995, que muestra el gran prestigio del mito de Batavia.

dicha”<sup>78</sup>. Como observa Tuck, la libertad se contraponen a la monarquía y a la soberanía en el sentido de gobierno arbitrario<sup>79</sup>; de donde se colige que el pueblo puede elegir la forma de gobierno a la que someterse o por la cual regirse, pues aunque él no sea soberano absoluto tiene el derecho de darse a quien quiera<sup>80</sup>.

### *El discípulo: Locke y la monarquía consensual*

Con Grotius se asentó la doctrina según la cual la libertad republicana se pierde bajo el gobierno de una voluntad individual, lo que inflamó en los ingleses (más concretamente a los puritanos) la idea de cuán hostil podía ser la monarquía (y la Iglesia presbiteriana) a las simpatías republicanas. Con la restauración monárquica inglesa, Grotius se convertirá en el maestro de los *whigs*, que desarrollarán, siguiendo sus enseñanzas, una doctrina contractualista del poder en torno a la protección de los derechos del hombre<sup>81</sup>. John Locke fue su mejor representante, tal como lo testimonia el *Segundo tratado sobre el gobierno civil*.

Por lo pronto, Locke trata de alcanzar en su exposición un alto nivel de generalidad, pues no se trata sólo de Inglaterra sino de la humanidad, no son los derechos de los ingleses sino los de todo hombre, no persigue el fundamento del gobierno británico sino de toda constitución justa; en consecuencia, recurrirá a un lenguaje más abstracto, ahistórico, hipotético. Siete décadas después de Grotius, Locke perfeccionará su sistema: expondrá de qué modo, partiendo del derecho natural, mejor dicho, de los derechos del hombre en el estado de naturaleza, se puede establecer el principio legitimatorio de la soberanía popular vía contrato o pacto político<sup>82</sup>.

78. GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis libri tres* [1625], James Brown Scott ed., Oxford-London, Clarendon Press, 1913 y 1925, I, III, XII, 1 (vol. I, pág. 115).

79. TUCK, Richard, *Philosophy and government...*, cit., pág. 193.

80. GROTIUS, Hugo, *De iure belli...*, cit., I, III, VIII, 2 (vol I, pág. 104).

81. ZUCKERT, Michael P., *Natural rights...*, cit., cap. 4.

82. Sobre el carácter revolucionario de la obra de Locke, véase, entre otros, ASHCRAFT, Richard, *Revolutionary politics and Locke's Two treatises on government: radi-*

El resultado es la constitución de un régimen político afirmado en la propiedad –el derecho natural fundamental<sup>83</sup>– que instituye la soberanía parlamentaria sin mengua de la capacidad de maniobra del ejecutivo, es decir, una suerte de régimen mixto en el que la supremacía del parlamento, que hace la ley (*potentia ordinata*), es compatible con la prerrogativa regia (la versión constitucionalista de la *potentia absoluta* prevista y regulada)<sup>84</sup>. La tesis de la fundamentación de la monarquía parlamentaria en el consenso de los propietarios, se impone finalmente con la obra de Locke. Calderón Bouchet, siguiendo a Prélot, la ha llamado “monarquía consensual”, esto es, sostenida en el consentimiento de los ciudadanos de los que deriva su legitimidad<sup>85</sup>, pues en Locke cristaliza la doctrina contractualista como legitimación del dominio político con base en la incipiente soberanía popular; en otras palabras, una modalidad del voluntarismo político que consagra una monarquía menguada, con soberanía dividida o dual, bajo la fórmula del rey en parlamento.

No obstante las apariencias, el radicalismo de Locke salta a la vista, pues la idea moderna de un poder absoluto liberado está presente en diversos momentos de su composición política: en primer lugar, escondido en la doctrina de los derechos naturales ilimitados, especialmente el de propiedad, que consagra la moderna libertad negativa; en segundo lugar, en la teoría constitucional fundada en el poder constituyente popular (de los propietarios) que por consenso crea el artificio del Estado; y, también, por último, en el derecho a la revo-

---

*calism and Lockean political theory*, en *Political Theory*, Princeton, vol. 8, núm. 4 (1980), págs. 429-486; del mismo autor *Revolutionary politics & Locke's Two treatises on government*, Princeton, Princeton U. P., 1986; FAULKNER, Robert, *The first liberal democrat: Locke's popular government*, en *The Review of Politics*, Notre Dame, 2001, vol. 63, núm. 1, págs. 5-39; y SCHWOERER, Lois G., *Locke, Lockean ideas, and the Glorious Revolution*, en *Journal of the History of Ideas*, Pennsylvania, 1990, vol. 51, núm. 4, págs. 531-548.

83. Véase SEGOVIA, Juan F., *La ley natural en la telaraña de la razón. Ética y política en John Locke*, Madrid, Marcial Pons, 2014, cap. II, para su teoría de los derechos naturales y la justificación convencional del gobierno.

84. LOCKE, Jhon, *Two treatises of...*, cit., II, XIV.

85. CALDERÓN BOUCHET, Rubén, *La ruptura del...*, cit., págs. 269-270 y 294. Remite a PRÉLOT, Marcel, *Histoire des idées politiques*, Paris, Dalloz, 1958 (citado de la traducción al español: *Historia de las ideas políticas*, Buenos Aires, La Ley, 1971), pág. 449.



lución o de resistencia a la opresión que no reconoce más límite que el del interés personal a juicio de la razón individual<sup>86</sup>.

Locke contribuye así no sólo a justificar el régimen nacido de la revolución gloriosa de 1688 sino también a establecer un nuevo patrón de legitimidad para los gobiernos (el consenso) y una forma de gobierno que cancela en abstracto el absolutismo (la división de poderes), garantizando la protección de los derechos del hombre, pues todo gobierno no tiene más finalidad que la salvaguarda de la propiedad<sup>87</sup>. Y tal cancelación es sólo abstracta o metafórica pues en concreto resucita con la soberanía parlamentaria que autorizada por el consenso de los propietarios puede incluso lesionar los derechos individuales<sup>88</sup>.

Tal supremacía de lo político no se entiende sin la reforma en el terreno religioso: aunque necesariamente no se opuso a la Iglesia nacional (anglicana), Locke proclamó la tolerancia de cultos –con exclusión de los papistas y los ateos–, en cuanto al fuero interior de las creencias; y el control del Estado sobre las expresiones exteriores de la religión<sup>89</sup>. Esto es: privatizó la religión y la sometió al poder estatal, consecuente en todo con las ideas de la Reforma.

Las tesis de Locke, en verdad revolucionarias, están en el centro de las doctrinas proclamadas por el nuevo rey Guillermo III<sup>90</sup>, quien dio sanción real a dos documentos parlamentarios que fundan el nuevo constitucionalismo inglés: el acta de tolerancia de 24 de mayo, y la carta de derechos 16 de diciembre, ambos de 1689<sup>91</sup>.

86. Cf. FRANKLIN, J. H., *John Locke and the theory of sovereignty* [2009], Cambridge-New York, Cambridge U. P., 1978.

87. LOCKE, Jhon, *Two treatises of...*, cit., pág. 306: “El máximo y principal fin, pues, de los hombres al unirse en una república, y sometiéndose a un gobierno, es la preservación de sus propiedades”.

88. *Ibidem*, II, XI.

89. LOCKE, John, *A letter concerning toleration* [1690], en *The Works of John Locke*, Thomas Tegg; W. Sharpe and Son; G. Offor; G. and J. Robinson; J. Evans and Co., London, 1823, vol. VI, págs. 1-58.

90. Véase la original tesis de PINCUS, Steve, *1688: the first...*, cit., que afirma –por estas y otras razones– que la “Revolución Gloriosa” es la primera gran revolución burguesa, anterior a la francesa y más gravitante que ésta.

91. Cf. ADAMS, George Burton - STEPHENS, E. Morse (ed.), *Select documents of English constitutional history*, London, The MacMillan Co., 1920, págs. 459-469.

## VI. LAS TRANSFORMACIONES DEL PODER LIBERADO

Una breve recapitulación de lo que dicho nos permitirá recomponer el cuadro de la liberación de poder en la modernidad, de los siglos XIV a XVII.

En primer lugar, el problema histórico-político del absolutismo esconde, en realidad, el fondo religioso de las soluciones políticas. De una parte, la tendencia en los países reformados a que el poder político devenga supremo también respecto de la autoridad religiosa, se explica por cuanto no existe en ellos nada semejante a la Iglesia Católica y al Papa<sup>92</sup>; de otra, el pulular de sectas y sectarios y la ambición de libertad, tolerancia y protección estatal lleva a los protestantes a saltar de la intimidad de la fe luterana a la exterioridad de la coacción política en vista del bien del Estado. Las querellas religiosas, en verdad, son claves en la explicación del absolutismo.

No es descabellado, en segundo lugar, encontrar en la doctrina de la razón de Estado –lo mismo que en la versión jurídica de la soberanía– el nexo entre el nominalismo metafísico-teológico y el absolutismo político moderno, pues éste pone el interés del gobernante –identificado con el Estado mismo– por sobre el bien de la comunidad política, dando así cabida a la autonomía de ésta respecto de la moral y la religión. Si en moral la lectura de Tácito se hace en términos de autoconservación o preservación del propio interés, en política el tacitismo y el maquiavelismo abonan la supremacía del interés del Estado. La ilimitación del poder soberano –que Bodino y Hobbes encuentran como respuesta a las reyertas religiosas– pronto deviene en lectura “realista” de la vida política, si bien las doctrinas de la so-

92. Como afirma un autor, que respalda la mitología del poder absoluto del Papa en la Cristiandad, es la Reforma protestante la autora de la soberanía y del Estado moderno: “Sin la Reforma no habría habido ninguna cosa tal como la soberanía moderna; pues la soberanía del monarca medieval en la Cristiandad occidental estaba limitada por la prerrogativa reconocida al Papa de responsabilizar a los reyes por sus actos y de imponer penas y sanciones por la infracción de determinadas normas”. POLLARD, A. F., *The evolution of parliament*, 2<sup>nd</sup> ed., London, Longman, Green and Co., 1926, pág. 216.

beranía y de la razón Estado son un claro torcimiento de conceptos clásicos como la *auctoritas* suprema y la prudencia.

Las disidencias religiosas, finalmente, confieren a las discusiones políticas una impronta teológica que va más allá de planteos especulativos, debido a que tales enfrentamientos exigían de una salida práctica, de una manifestación histórico-política: la resolución institucional de los conflictos religiosos en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII, peculiar en su estilo, la convertirá en modelo político por varios siglos. La monarquía parlamentaria inglesa que, en 1688, resulta de singulares experiencias históricas, devendrá en el modelo de la monarquía republicana. Pero, claro, escondiendo artificiosamente el poder absoluto liberado de la modernidad con la fraseología de los derechos naturales, del poder constituyente y/o de la resistencia a la opresión.

La evolución de la monarquía parlamentaria permite tomar cuenta de cómo ese poder liberado vuelve a liberarse de los maquillajes constitucionales. En un primer momento, el parlamento trató de reducir al rey a un *primus inter pares*, esto es, negarle la supremacía que naturalmente ostentaba el poder regio. Cuando los ingleses –siguiendo el modelo holandés del republicanismo aristocrático– afirman que el rey no ejerce su prerrogativa sino en parlamento, están poniendo en un mismo nivel el poder regio con el de los lores y los comunes<sup>93</sup>.

Sin embargo, en un segundo momento, se afirma la soberanía parlamentaria, pasándose de una doble jefatura (o soberanía dual) a la supremacía del parlamento como cuerpo que hace la ley, cuyo imperio es tal que la legislación parlamentaria no puede ser abrogada por ningún otro poder ni por los ciudadanos. Tal es la clásica definición de Dicey, en su *The law of the constitution*, columna vertebral de la monarquía parlamentaria inglesa<sup>94</sup>. En efecto, afirma Dicey: “El principio de soberanía parlamentaria significa, ni más ni menos, que esto, es decir, que el Parlamento así definido [es decir, “rey en Parla-

93. COTTRET, Bernard, *Le roi, les lords et les Communes: monarchie mixte et états du royaume en Angleterre (XVIe-XVIIIe siècles)*, en *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, Paris, 1996, año 41, núm. 1, págs. 127-150.

94. TURPIN, Colin, and TOMKINS, Adam, *British government and the constitution*, 6<sup>th</sup> ed., New York, Cambridge U. P., 2007, págs. 40-76.

mento”] tiene, en la constitución inglesa, el derecho de hacer o deshacer cualquier ley y, además, que ninguna persona o entidad es reconocida, por la ley de Inglaterra, como titular de un derecho a anular o dejar de lado la legislación del Parlamento”<sup>95</sup>.

A resultas de esta soberanía del parlamento, el rey deja de ser responsable y se convierte en una figura decorativa, un jefe de Estado sin gobierno. Juan Vázquez de Mella describió esta situación con la figura del “rey poste”<sup>96</sup>, esto es, un monarca sin iniciativa e irresponsable porque su poder ha pasado o bien al parlamento todo o bien al gabinete ministerial. En la monarquía constitucional, según Castellano, la legitimidad se funda en el falso compromiso de conciliar el poder como capacidad de imposición (voluntad) con la libertad (negativa), derivando hacia la monarquía parlamentaria en la que el otrora rey soberano ha devenido en “notario de la voluntad popular”, que refrenda la decisión del pueblo soberano asentado en el Parlamento. El rey tiene ahora “una función exclusivamente notarial”<sup>97</sup>.

Pero el desarrollo no se detiene aquí, pues la monarquía parlamentaria exige la división de poderes, doctrina falsa y perniciosa que no puede ya sostenerse, entre otras causas por el gobierno de partidos y la disciplina partidaria, esto es, la partidocracia. Es un hecho que la monarquía parlamentaria deriva hacia la monarquía partidista, en la que ya no manda siquiera nominalmente el parlamento sino el partido dominante o gobernante, que hace la ley, la modifica y la abroga<sup>98</sup>.

95. DICEY, A. V., *Introduction to the study of the law of the constitution* [1885], 5<sup>th</sup> ed., London, Macmillan, 1897, pág. 38. Y agrega: “La soberanía parlamentaria es, por tanto, un hecho jurídico indudable. Es completa tanto en su lado positivo como en el negativo. El Parlamento puede legalmente legislar sobre cualquier tema que, a juicio del Parlamento, sea apto para la legislación. No hay ningún poder que, bajo la constitución inglesa, pueda entrar en rivalidad con la soberanía legislativa del Parlamento. Ninguna de las limitaciones aducidas para ser impuestas por la ley sobre la autoridad absoluta del Parlamento, tiene existencia real o es tolerada por los códigos o la práctica de los tribunales”, Ídem, págs. 65-67.

96. VÁZQUEZ DE MELLA, Juan, *Regionalismo y monarquía*, selección de Santiago Galindo Herrero, Madrid, Rialp, 1957, págs. 339-341.

97. CASTELLANO, Danilo, *Monarquía y legitimidad*, cit., págs. 72-73.

98. Factor que ha pasado desapercibido a algunos estudiosos, tal vez por ver la mutación como si tratara de un desarrollo natural; así, por ejemplo, BOGDANOR,

El Estado de partidos desnaturaliza la monarquía parlamentaria del mismo modo que desfigura el presidencialismo. Con lo cual, finalmente, tanto el rey como el parlamento (al igual que el presidente y el congreso) se han vuelto un “símbolo” que nada simboliza, una alegoría vaciada de sustancia, mera enseña de un pasado que no posee ya correlato con la realidad. La monarquía partidista, en la que el partido gobernante hace la ley, es la culminación lógica de la monarquía parlamentaria. El sueño del gobierno del pueblo a través del parlamento que lo representa tiene la propensión de convertir la ilusión en pesadilla. La representación se desdobra con la inserción institucionalizada de los partidos políticos: éstos representan al pueblo y el parlamento representa a aquéllos<sup>99</sup>. El poder en manos del partido dominante se vuelve ilimitado, absoluto, pues controlando las mayorías impone las decisiones, esto es, se convierte en una concreción más de la *potentia absoluta* moderna.

Caemos así en la cuenta de que la centralidad del concepto de soberanía, como *potentia absoluta*, no responde únicamente a una pretensión del Estado moderno; descansa –según las premisas de la modernidad– en la misma naturaleza humana, en la libertad negativa que es remedo de la potencia absoluta de Dios. La indivisibilidad de la soberanía y su ilimitación sí es un requisito del Estado: sin ella no puede sobrevivir, pues la división de la soberanía (como ocurriría en una constitución mixta) atenta contra su subsistencia (razón de Estado), por lo que acaba unificando en los hechos lo que las constituciones dividen en los papeles. Doquiera ella se asiente, deberá ser una, sin división.

El poder liberado del Estado –cualquiera sea la forma de gobierno que adopte– es consecuencia de la misma modernidad que, al tiempo que se afirma en la emergencia de “un sistema de Estados,

---

Vernon, *The monarchy and...*, cit.; y GOLDSWORTHY, Jeffrey, *Parliamentary sovereignty: contemporary debates*, Cambridge, Cambridge U. P., 2010. Véase, en cambio, KAM, Christopher J., *Party discipline and parliamentary politics*, New York, Cambridge U. P., 2009.

99. Que ha aplacado todo conflicto religioso, pues la fe –en la terrible lógica luterana– se esconde en las conciencias individuales y las iglesias son asociaciones privadas sin representación institucional.

basado en la sociedad y la cultura civil y comercial, [que] permitiría a Europa escapar de las guerras de religión sin caer bajo la hegemonía de una monarquía personal [*single monarchy*]", según la síntesis de Pocock, desactiva el rol de la religión y de la Iglesia en el gobierno de la sociedad por la implementación de una serie de programas que buscan "reducir el poder de las iglesias o congregaciones que perturbaban la paz de la sociedad civil al desafiar su autoridad"<sup>100</sup>.

Con lo que, finalmente, la idea de la modernidad como proyecto de limitación de poder resulta una ficción para encubrir la más grande "liberación de poder" de la historia, el poder del Estado, convertido –tras la Reforma protestante– en el vértice de la concentración de la soberanía como garantía de la paz civil contra las pretensiones de las religiones, que en razón de la subsistencia del Estado han de ser privatizadas<sup>101</sup>.

100. POCOCK, J. G. A., *Barbarism and religion. The enlightenments of Edward Gibbon, 1737-1764* [1999], Cambridge, Cambridge U. P., 2004, v. I, pág. 7.

101. SKINNER, Quentin *The foundations of modern political thought*, vol. 2: *The age of Reformation*, Cambridge, Cambridge U. P., 1978, pág. 352 (hay versión en español: *Los fundamentos del pensamiento político moderno*. v. II: *La Reforma*, FCE, México, 1986, pág. 362).



# DERECHO PENAL LÍQUIDO: DERRAME DE LA EXPRESIÓN CONSTITUCIONAL

CARLOS MANUEL ROMERO BERDULLAS<sup>1</sup>

## RESUMEN

Actualmente, pueden escrutarse los signos del pródromo de una anárquica liquidez de la ley, que aja los principios acuñados en nuestra Constitución Nacional, junto a derechos inscriptos en la sacra gramática de todo hombre. Por cierto, epítome del “*derecho penal líquido*” es la negación de una legalidad, que debería concretarse de modo irrevocable, a partir del sano sincretismo entre las garantías individuales de un debido proceso y el imperativo de impulsar una justa retribución imperada por el bien común político. El sustrato de esta relativización del principio de legalidad, ya sea como garantía individual o materialización de la manda de “*dar a quien delinque su pena*”, se afinca en un normativismo exacerbado, la aconitina abo-

1. Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA), Especialista en Derecho Penal por 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.

Bachelor of Law Universidad de Buenos Aires (UBA), Criminal Law Specialist Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) and Appellate Clerk of the Secretaría General de Política Criminal y Planificación Estratégica del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.



licionista y la adiaforización preconizada por un activismo judicial regido por los cánones de comités foráneos. Así pues, la reinterpretación del bloque de constitucionalidad propulsada por una oligarquía togada, no sólo disuelve la soberanía nacional, los valores republicanos y el derecho penal, sino también profana la naturaleza constitutiva de toda persona, mediante la cosificación de los niños por nacer e inculturación transnacional de la ideología de género. De esta manera, la antojadiza deconstrucción de los DD.HH. y la oportunidad caótica abren el grifo hacia la incertidumbre normativa, al punto de impedir la consolidación de la ley penal y el derecho a la vida en bienes perdurables. Derivado de este fenómeno es el derrame de la expresión constitucional, ya que el “derecho penal líquido” niega arbitrariamente al derecho penal; y en consecuencia, exuda una latente inconstitucionalidad.

#### **PALABRAS CLAVE**

Constitucional - Legalidad - líquida - Activismo - Aborto.

#### **ABSTRACT**

Currently, it is possible to see the symptoms of an anarchic liquidity of the law, which tears at the principles set our National Constitution, as well as rights inscribed in the very nature of every man. Certainly, the epitome of the “liquid criminal law” is the denial of a legality that should take place irrevocably, as a result of a healthy syncretism between the individual guarantees of due process, and the imperative of procuring a just retribution dictated by the political common good. The substratum of this relativization of the legality principle, whereas as an individual guarantee or a materialization of the “give their sentence to who commits a crime “mandate”, is rooted in an exacerbated normativism, the abolitionist aconitine and the amorality promoted by a judicial activism ruled by the canons of foreign committees. Therefore, the reinterpretation of the constitutional block by an oligarchy of the robe, not only dissolves national sovereignty, the republican values

and criminal law, but it also desecrates the constitutional nature of every person, through the objectification of unborn children and the transnational indoctrination of gender ideology. In this way, the whimsical deconstruction of human rights and the chaotic opportunity open the faucet towards normative uncertainty, to a level of impeding the consolidation of the criminal law and the right to life into durable legal assets. From this phenomenon derives the spill of the constitutional expression, since the “liquid criminal law” arbitrarily denies criminal law and, in consequence, exudes a latent unconstitutionality.

#### KEYWORDS

Constitutional - Legality - Liquid - Activism - Abortion.

### 1. INTRODUCCIÓN

Si oteamos el horizonte actual del derecho penal, a su vera columbraremos una liquidez caótica de la ley, que inexorablemente propende a desangrar y disolver la manifestación constitucional en dos direcciones antagónicas.

Pues por un lado, el alcázar de la política criminal es penetrado por un normativismo exacerbado, que presta su guiño para relativizar en determinados casos el principio de legalidad (puntualmente en su formulación como garantía positiva e individual del imputado); y de esta manera, propiciar un derecho penal binario sustentado sobre la dicotomía ciudadano/enemigo.

Por otra parte, esta sangría del canon de legalidad se refuerza con una evaporación del derecho constitucional de toda la comunidad a afianzar la justicia, al segar el principio de “*dar a quien delinque su pena*”, y truncar así, la materialización de una justa retribución imperada por el bien común político.

Simplificando, epítome del “derecho penal líquido” es la negación del anverso/reverso de una legalidad, que contrariamente debería concretarse de modo irrevocable, a partir del sano sincretismo

entre las garantías individuales de un debido proceso y el imperativo de la persecución penal.

En este *iter* investigativo, primero se intentarán justipreciar algunas características definitorias de un derecho penal efímero, signado por la vacuidad filosófica, el relativismo, y una adiaforización tendente a doblegar cualquier resistencia ética frente a actos inmorales regidos por el primado del mero deseo, la conveniencia circunstancial o un utilitarismo deshumanizador.

En un segundo peldaño, colocaremos la lupa sobre un activismo judicial que hace las veces de disolvente de la soberanía nacional, la representatividad del poder legislativo y el derecho penal, a través de una reinterpretación de la normativa (interna e internacional con jerarquía constitucional), no sólo profanadora de nuestra constitución política, sino también de la naturaleza constitutiva de todo hombre. Especialmente, focalizaremos la atención en la influencia de comités integrados por una teocracia de magistrados, que cual sibilas, aspiran rediseñar los DD.HH. y la naturaleza humana a su antojo, a través de la cosificación de los niños por nacer, e inculturación transnacional de la ideología de género.

Luego pasaremos la criba sobre la doble vara de una legalidad normativizada, que al tornarse puramente funcional y divorciarse de la realidad natural u ontológica, licúa las garantías individuales por intermedio de un esquema de legalidades diferenciables imbricado a un derecho penal de autor.

Ya como corolario, analizaremos los bemoles y peligros de una oportunidad, que reglada anárquicamente abriría el grifo hacia la incertidumbre e inestabilidad normativa, además de impedir la consolidación de la ley penal en un bien perdurable. En particular, reconoceremos la aconitina garanto-abolicionista de algunos discursos, que de prevalecer en la normativa procesal, junto a una arbitrariedad huera de contrapesos o mecanismos de coagulación eficaz, indefectiblemente propenderá a banalizar la manda de justicia y a cercenar el principio fundamental de "*dar a cada uno lo suyo*", derecho-deber contenido en los vasos capilares de la Constitución Nacional.

## 2. VACUIDAD FILOSÓFICA

Indudablemente, uno de los factores que insuflan este “derecho penal líquido” es la orfandad de un acontecer teórico previo a la estructuración de la *kriminalpolitik*. En pocas palabras, al no tratarse a la política criminal de modo filosófico y apartarse la mirada de toda significación académica, necesariamente se la priva de frutos.

En esta instancia, vale preguntarnos entonces qué significa filosófico. La respuesta debe buscarse en lo teórico, que justamente se tangibiliza en una mirada librada de prejuicios e intereses utilitarios, es decir orientada sencillamente a la solitaria conquista de la verdad. Internalizar este presupuesto en el orden de la *theoria* es esencial, ya que su fin no es práctico y se especifica en aferrar la realidad. Mientras que el conocimiento práctico tiene por objeto una acción. Simplificando, el fin último de una es el saber, en tanto que la otra ordena la actividad cognoscitiva a un acto. Con lo que podemos resumir lo dicho con dos fórmulas: conocer por conocer; y conocer para hacer.

Desde esta perspectiva, es que la política criminal no puede perder su libertad académica y omitir su tratamiento filosófico. Claro está, que aludimos a una libertad entendida como una actitud de no puesta al servicio de otros objetivos, ya que la filosofía es un fin en sí misma y por su carácter teórico no realiza concesiones utilitarias para que seamos señores de ella o de la naturaleza. Por ello, desde el momento en que decidimos elaborar justificaciones filosóficas en defensa de una ideología de poder, nos encontramos condicionados a saber de determinada forma, y es ahí precisamente cuando la filosofía es desplazada por las variadas manifestaciones de la sofística<sup>2</sup>.

2. Cfr. PIEPER, Josef, *Antología*, Barcelona, Herder, 1984, págs. 136/137. Por su parte, ya ORTEGA Y GASSET alertaba una característica del hombre-masa fácil de avizorar al platicar, dictar conferencias o escribir, que es puntualmente su desinterés por ajustarse a la verdad. Esa carencia de voluntad de veracidad es la que condena a la intelectualidad a la barbarie de la no cultura. ORTEGA Y GASSET, José, *La rebelión de las masas*, Barcelona, Biblioteca de los Grandes Pensadores, 2004, pág. 113.

El rasgo distintivo de lo filosófico es esta libertad, que al académico le permite penetrar desinteresadamente en la verdad del ser<sup>3</sup>, mientras que ya en una etapa ulterior, posibilita al práctico poder ordenarla a la acción. Con esto no se quiere significar, que se debe rechazar de manera absoluta alguna clase de valía al conocimiento técnico. Lo que se pretende dar a entender, es que el efecto práctico de lo útil presupone necesariamente la realización de un acto puramente teórico, el cual se concreta ante aquella mirada desinteresada y filosófica de la realidad objetiva<sup>4</sup>. Pues bien como lo sostiene JOSEF PIEPER, es muy probable que si una investigación no es encarada con genuina libertad académica<sup>5</sup> sean estériles sus resultados<sup>6</sup>.

Un ejemplo puede ayudarnos a desentrañar lo descripto. Uno podría solicitar que un grupo de profesionales estudiara cuál es el programa político-criminal ideal en base a una realidad determinada. Ahora bien, muy distinto sería que se requiriera a un equipo de tecnócratas un trabajo para fundamentar y sostener un plan político-criminal que girara en derredor de un “derecho penal líquido”, pues esa petición sesgada ideológicamente asfixiaría desde sus orígenes a la filosofía misma.

Esto nos permite comprender en todos los ámbitos del conocimiento, incluso el jurídico, que la riqueza del hombre no reside en ejercer su señorío sobre todas las cosas o desarrollar una habilidad específica. Pues su valor consiste en poder descubrir lo que es y lo hace humano, una dignidad con proyecciones en una política criminal, cuya medida es el hombre, la verdad y la realidad en la cual le toca

3. Ortega y Gasset destaca la patente inutilidad de la filosofía y apreciaba esta característica como un síntoma favorable para ver en ese amor a la sabiduría el verdadero conocimiento. ORTEGA Y GASSET, José, “Bronca en la física”.

4. Justamente, sólo su tratamiento filosófico y el desinteresado “*hundimiento en el ser*” nos pueden conducir a la verdad. Si no ponderamos el derecho penal de acuerdo a la realidad, no podemos pretender arribar a conclusiones de utilidad práctica. *Vid.* PIEPER, Josef, *El ocio y la vida intelectual*, 8ª ed., Madrid, Rialp S.A., 2003, págs. 173-238.

5. Sólo podremos hablar de libertad académica, en la medida de que las ciencias especiales sean tratadas de manera filosófica.

6. *Vid.* PIEPER, Josef, *El ocio y la vida intelectual*, págs. 184-185; y BLANCO, Guillermo P., *Curso de Antropología Filosófica*, 1ª ed., Educa, 2004, pág. 114.

vivir. De lo contrario, se corre el riesgo de caer en una práctica muy común en la realidad política del ejercicio de un poder totalitario.

Puntualmente, aludo a la negación de la realidad/verdad, germen que conduce a la viabilidad de sujetar ilimitadamente la política criminal y el derecho penal a propósitos exteriores y arbitrarios. En efecto, al tomar cuerpo esta postura se puede echar mano a la política criminal en la instrumentación de una factible “*dictadura de la mayoría*” o del “*relativismo*” advertida por algunos pensadores, o dentro de un “*totalitarismo científico*” profetizado por HUXLEY, construido sin violencia alguna por un grupo de ingenieros sociales idóneos para manipular a la sociedad mediante un uso aparente de los conceptos de democracia y libertad<sup>7</sup>. Pues éstos se vacían de contenidos, al sustentarse en una visión totalitaria e inhumana, que justamente rechaza lo que realmente es, aunque ofreciendo su elocuente verbosidad como fundamento de lo irreal.

### 3. ADIAFORIZACIÓN

Otro aspecto ligado umbilicalmente al “derecho penal líquido” es la vacuidad del pensamiento práctico moral, que a diferencia del técnico no se restringe a la sola medición de lo producido, sino se extiende al bien o valor conseguidos. Esta adiaforización del derecho es un aspecto medular, ya que recalca en una tecnocracia penal signada únicamente por criterios de eficiencia instrumental y elusiva de cualquier valla ética interpuesta contra la comisión de actos inmorales.

Si bien la eficacia es un valor positivo, ciertamente se pervierte cuando se procura construirla de espaldas a la moral, ciencia práctica tendiente al bien del hombre. No puede obviarse que la ética es una ciencia catalogada como antropológica, puesto que aguza su mirada en el actuar libre, responsable e imputable del hombre, con el aditivo de ponderar la moralidad o no de los propósitos y medios utilizados para alcanzarlos<sup>8</sup>.

7. Vid. PIEPER, Josef, *Antología*, cit., págs. 233-234.

8. Existe una relación circular en las concepciones antropológicas y las éticas. Toda concepción antropológica conlleva a una ética; y al mismo tiempo toda concep-

La política criminal y la ética se encuentran al servicio del hombre. Sin embargo, ambas tienen jerarquías diversas que se definen en base al valor de su objeto de estudio. En este sentido, la ética es un saber subalternante respecto a la política criminal, dado que su objeto directo es el hombre, valor supremo y pretérito de cualquier símil producido por la ciencia, el arte o la técnica<sup>9</sup>. De modo que ninguna actividad humana puede sortear los límites morales si se encuentra subordinada al hombre<sup>10</sup>, destinatario final de cualquier proceso investigativo o tecnificación orientados a su desarrollo integral<sup>11</sup>.

---

ción ética supone la primera. Cfr. BLANCO, Guillermo P., *Curso de Antropología...*, cit., pág. 111. De modo que aquí cobra especial significancia lo denominado por ZYGMUNT BAUMAN como adiaforización, es decir aquellas estrategias diseñadas con el propósito de eximir (por defecto o intencionadamente) a determinados actos u omisiones relacionados a ciertas categorías de seres humanos de toda evaluación moral. Como bien lo explicita el sociólogo polaco, de esta manera se libra a estos actos o inacciones de todo juicio ético, al subsumirlos dentro de la categoría de moralmente neutros o indiferentes. Por consiguiente, se abre paso al adagio “*el fin justifica los medios*”, que postra todo resorte moral frente a la comisión de actos inmorales en pos de una eficiencia o racionalidad instrumental, caracterizada negativamente por HANNAH ARENDT como diluyente de la responsabilidad. Vid. BAUMAN, Zygmunt - LYON, David, *Vigilancia líquida*, 1ª ed., Buenos Aires, Paidós, 2013, págs. 16, 96 y 102 y BAUMAN, Zygmunt - DONSKIS, Leonidas, *Ceguera Moral –La pérdida de sensibilidad en la modernidad líquida–*, 1ª ed., Buenos Aires, Paidós, 2015, págs. 57-58.

Particularmente apta es la interpretación brindada por LEONIDAS DONSKIS sobre el sello impreso por BAUMAN a la adiaforización (del gr. *adiaphoron*), al retratar este fenómeno como “*una retirada temporal de la propia zona de sensibilidad; la capacidad de no reaccionar o de reaccionar como si algo le ocurriera no a personas, sino a objetos físicos, a cosas, o a no humanos...*” (cfr. BAUMAN, Zygmunt - DONSKIS, Leonidas, *Ceguera Moral...*, cit., págs. 53-55). Ejemplifica esta ausencia de empatía con las cuitas de otros seres humanos y la rutinaria violencia ejecutada en un contexto signado por la adiaphora, el anonadamiento de millones de niños por nacer, que inermes son ejecutados a través de un aborto horadado por la maldad, idiotéz y locura moral. Aludo a una adiaforización que también aja el derecho penal, al punto de desconectarse de una liquidez, incluso profanadora de un derecho a la vida evanescente y distante de cualquier consideración moral, tal como podremos comprobar en el decurso de este trabajo (más precisamente en el acápite 4.b).

9. Cfr. BASSO, Domingo M. O. P., *Los fundamentos de la moral*, 2ª ed., Buenos Aires, Educa, 1997, págs. 15-16.

10. Ídem.

11. Vid. San JUAN PÁBLO II, *Redemptor hominis*.

Las reflexiones maduras son aplicables al derecho penal. *Per se*, toda actividad humana reviste la nota de moral, porque los actos humanos se hallan direccionados o no al auténtico fin del hombre. De ahí que, necesariamente se especifican dentro de un orden moral y no pueden divorciarse de los imperativos éticos fundamentales/ primarios<sup>12</sup>. Por tanto, la política criminal debería asimilar los principios primeros que la ética le trasmite al hombre en cuanto persona.

En consecuencia, al negarse la dimensión ética de la política criminal se conduce a la deshumanización de la vida comunitaria, las instituciones jurídicas/ sociales/ políticas<sup>13</sup> y penales, además de potenciarse un orden social injusto e incongruente con la dignidad humana<sup>14</sup>.

#### 4. EL INFLUJO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Factótum de este “derecho penal líquido” es el Neoconstitucionalismo, que al mostrarse remiso a respetar los límites de la realidad, sentencia a la política criminal al trágico destino del Creonte representado en ANTÍGONA<sup>15</sup>. Es que al renegarse de la naturaleza humana y concebirse a los DD. HH. como un producto histórico, la verdad cesa de ser la norma. Por consiguiente, se tiene piedra libre para ejercer el poder violenta y arbitrariamente, ya sea mediante la práctica jurídica, política o en el caso, por intermedio del activismo judicial.

La verdad en sí, es una barrera contra la potestad estatal, dado que confirma al hombre en su justicia esencial, libertad y dignidad, por cuanto el individuo cobra conciencia racional de lo que es obrar el bien<sup>16</sup>. Por eso cobra importancia la atrofia globalizada en el orden

12. Cfr. BASSO, Domingo M., O. P., *Los fundamentos de la...*, cit., págs. 16-17.

13. Se sigue de cerca a San JUAN PABLO II, *Sollicitudo rei socialis*, n° 36.

14. Vid. San JUAN PABLO II, *Centesimus Annus*, n° 46.

15. La tragedia evidencia la significancia de que el orden humano se instaure con arreglo a las perennes *ágrafas* o leyes de las deidades. Así, se destaca la sujeción del acto humano a las leyes de los dioses, de superior jerarquía a las normas humanas, que no pueden ser su último marco de referencia. Cfr. SÓFOCLES, *Antígona*.

16. Vid. GUARDINI, Romano, *Una ética para nuestro tiempo*, Buenos Aires, Lumen, 1994, págs. 35-36.



de determinarse según el bien común político padecida por gobiernos democráticos contemporáneos, que guiados por las interpretaciones líquidas de constituciones y tratados internacionales relegan las directrices de la ética/justicia, al punto de exponer a una crisis la libertad, el mismo ideal democrático y los derechos humanos, ya que pierden el sólido sustento de la verdad.

Esto desgrana inevitablemente en arbitrariedad judicial, pues al rechazarse los límites enhiestos en los derechos naturales y la dignidad de todo hombre, el intérprete de la ley deconstruye derechos, en vez de reconocer los rubricados en la realidad humana, de acuerdo a la naturaleza dada.

Se suma a esto, una liquidez de la ley, que a entender de MAINO se vuelve expresión de grupos y estratos sociales con participación en un *mercado de leyes*, originador de un aluvión de normas sectoriales dentro de un marco agonal<sup>17</sup>. Paradójicamente, la ley se transforma así en una palestra para discutir valores en conflicto por fracciones antagónicas y opiniones foráneas, que no tienen como culmen el bien común político. Por este motivo, la precariedad, incertidumbre y el oscurantismo son propiedades ingénitas a las leyes, que dan pie a un Estado Constitucional de Derecho en constante formación, desarrollado más allá de la Constitución Política de cada Estado y quebrantador de la mismísima constitución óptica del ser humano.

Se añade a esto un provectoro positivismo, cuya estricta sujeción a la ley es ajada por una hermenéutica imbuida de un desvirtuado amor a la libertad, pues hoy el exégeta puede refundirla jurisprudencialmente y moverse a su antojo en un contexto de generalidad, que le posibilita echar mano al criterio hermenéutico más sistemático a sus intereses.

Concomitantemente, subyace la escopofilia a concentrar la mirada en una ley internacional, que coloca en jaque la validez del derecho patrio mediante cánones interpretativos del bloque federal de constitucionalidad y el llamado control de convencionalidad.

17. MAINO, Carlos A. G., D., *¿Gobierno de los jueces o gobierno de las instituciones?*, Forum, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, 1ª ed., Buenos Aires, Educa, 2014, n° 2, págs. 122-123.

Como bien lo explica LEZICA, la ley local es regulada y relaborada, tanto a través de la interpretación de la costumbre internacional, como de una exégesis de tratados con jerarquía constitucional, que *stricto sensu* no realizan la noción de ley<sup>18</sup>. Esto sería así, por cuanto el bien común político de nuestra comunidad autárquica diverge del propio de la internacional, además de carecer ésta de una potestad ordenativa a ese propósito<sup>19</sup>.

Complementa esta internacionalización, un principio de legalidad que no logra guarecerse en la ley positiva –esencial para la concreción del iusnaturalismo– o sus interpretaciones, pues al no arraigarse en la justicia, el bien común político y la naturaleza del hombre, ninguna de estas instancias tienden a efectivizar en la práctica la ley natural.

#### *4.a. La incorrectamente denominada violencia de género*

Ejemplifica la heteróclita situación ya descrita, la reinterpretación progresiva del derecho ensayada por círculos intelectualoides, que mediante indefinidas acepciones consignadas subliminalmente en documentos internacionales ejercen presión sobre las soberanías nacionales, en pos de reinventar los DD. HH. y la naturaleza humana.

Este es el caso por ejemplo de la inculturación en el mundo jurídico de la locución perspectiva de género, al aludirse a determinada clase de violencia, pues al poseer dos acepciones diferentes, su equívoca utilización conduce a yerros no menores.

Un válido uso de esta terminología necesariamente debería partir de la identidad sexual biológica (femenina/masculina), la igual dignidad y derechos entre sexos, de consuno a la diversidad antropológica. Tal es así, que el diseño e instrumentación de políticas públicas orientadas a superar la inicua discriminación de la mujer y promocionarla, sin dejar de contemplar su incidencia en las familias, se advertiría por demás acertado.

18. LEZICA, Miguel de, *Crisis del Principio de Legalidad*, Ponencia en el Centro de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Argentina, 3-11-2015.

19. Ídem.

Es que solo la igualdad consecuente de la dignidad poseída por todas las personas, sean varones o mujeres, puede generar una “*communio personarum*” entre ambos sexos. La lesión de esta igualdad comporta una desventaja para la mujer, que se traduce en un embate contra la dignidad tanto de la ofendida, como del ofensor –o sea el varón–.

Digamos que la primera no puede volverse en objeto de dominio y posesión masculina. De ahí que, cuando el varón discrimina a la mujer por el hecho de ser tal, no solamente conculca la dignidad y vocación personal de ella, sino también la propia. Así pues, los recursos personales de la femineidad no son menores que los de la masculinidad, sino disímiles y por consiguiente complementarios. Por tanto, es sumamente trascendental pugnar por la defensa de los ricos y originales recursos de la femineidad, elementos esenciales para que las mujeres puedan alcanzar su realización personal<sup>20</sup>.

Sin embargo, echar mano al vocablo género no parece adecuado por dos razones. La primera de éstas radica en que la condición biológica y orgánica en base a la cual los seres vivos son masculinos o femeninos se designa mediante el término sexo. Pues mientras las palabras detentan género, los seres vivos poseen sexo. En otras palabras, las personas no tienen género, sino sexo. En consecuencia, la expresión violencia de género adolecería de incorrección, por cuanto la violencia es perpetrada por las personas, mas no por las palabras<sup>21</sup>.

Otro motivo de entidad que denota la inconveniencia de aplicar la palabra género es la ambigüedad despertada cuando se la utiliza en su versión ideologizada, con el objeto de trastocar la realidad y la verdad de las cosas, incluso de manera obscena. Aludo a manifestaciones de una injusticia con el ser que asimila lo igualitario a intercambiable, ade-

20. San JUAN PABLO II, *Mulieris Dignitatem*, n° 10.

21. Cfr. SCALA, Jorge, *La Ideología de Género o el Género como herramienta de poder*, Madrid, Sekotia S.L., 2010, págs. 18-19. Allí se cita el informe de la Real Academia Española sobre la expresión violencia de género del 19 de mayo de 2004 y la Nueva Gramática de la lengua española de Carlos G. de Castro Expósito, en donde se afirma que las personas no tenemos género, sino sexo. Incluso, se plantea que integrantes de la RAE han advertido la inconveniencia de aplicar circunloquios tales como “La mayor parte de los ciudadanos y de las ciudadanas”, pues son del todo incongruentes con el principio rector de economía y simplificación de la lengua.

más de reconocer pseudo-derechos –sexuales/reproductivos– erigidos sobre ficciones o deseos; y vaciar de protección efectiva derechos con contenido real (*vgr.* el derecho a la vida del *nasciturus*. Esta postura inmanentista y negatoria de la realidad objetiva de la naturaleza humana aherroja grandes peligros, ya que cualquier sistema democrático sustentado en el relativismo fácilmente es trocado en totalitarismo. Pues si el hombre resulta cincelado cual si fuera una especie de masa informe vacua de significación propia, las posibilidades de manipulación violenta por parte de quienes poseen el poder carecen de confines para dotar al ser humano de sentido –tal como lo enseñaron en el cercano pasado las ideologías fascistas, nazistas y marxistas–<sup>22</sup>.

La ideología de género, no sólo no se encuentra limitada por la realidad concreta, sino que busca impregnar la vida social con un pensamiento único global basado en una cuasi antropología –dual–, a través de una redefinición de la *res* y de la persona. De esta manera, amén de las irrefutables diferencias biológicas entre el varón y la mujer (que vienen dadas por la naturaleza), se procura afirmar una suerte de construcción social, cultural e histórica de la propia sexualidad, totalmente autónoma al no tener condicionamientos por parte del sexo.

Simplificando, el género no se relacionaría con el sexo y crearía la naturaleza de toda persona. Pues el género constituiría el sexo elaborado socioculturalmente, por lo que se escindiría el hombre en dos dimensiones: una corporal (aspecto biológico), y otra psíquica construida respecto a la sexualidad, con independencia de la primera<sup>23</sup>. Así, las disimilitudes entre varón y mujer no se sustentarían en la realidad, sino en la construcción cultural. De modo que, los disímiles papeles desempeñados serían producto de una estructuración social sujeta a mutaciones.

Por tanto, los postulados ideológicos radicalizados de esta doctrina esbozarían una igualdad entre varones y mujeres equiparada

22. SCALA, Jorge, *La Ideología de Género...*, cit.

23. Cualquiera sea la lectura propuesta, lo cierto es que la naturaleza misma pone en crisis esta afirmación arbitraria. Las diferencias anatómicas y fisiológicas de hombres y mujeres influyen en los planos psicológico/espiritual. Véase *in extenso* la obra citada SCALA, Jorge, *La Ideología de Género...*, cit.

a homogeneidad e identidad absoluta, que los volvería intercambiables. Es decir, no se trataría de una igualdad enhiesta en la naturaleza, dignidad y derechos, por lo que la diversidad biológica sexual sería ponderada como una incitación a la confrontación por la toma de poder entre varón y mujer, en donde no habría cabida alguna para la complementariedad de ambos sexos<sup>24</sup>.

Al rechazarse toda posibilidad de efectuar distinciones entre varones y mujeres en razón de su realidad natural, esta ideología echa por tierra las diversas formas de hacer pie en la humanidad con las que cuentan el genio femenino y el masculino<sup>25</sup>. Puede advertirse entonces, que estas erradas premisas son manifestaciones del hundimiento de la razón filosofante en la más perpleja oscuridad.

Se coloca hincapié en esto, por cuanto los deberes éticos se fundan justamente en la realidad, es decir en el ser de las cosas. Por ello es indispensable conocer la verdad, en donde se manifiesta lo que es. Esto es así, dado que para hacer el bien, una premisa fundamental es conocer verdaderamente la realidad<sup>26</sup>. Contrariamente, una política que rechaza lo real y actúa en consonancia con una mirada no adecuada a lo que las cosas son, simplemente por una contradicción óptico-lógica hará el mal<sup>27</sup>. Y aquí vale hacer una observación esencial, la realidad es independiente de nuestra voluntad, intención, valores, ideologías o pensamientos<sup>28</sup>.

Por consiguiente, para ser justo es necesario relacionarnos con lo real en forma objetiva, de lo contrario no podremos adecuar nuestro obrar a lo que las cosas son. PIEPER explica esto con brillantez y lo define como una justicia con el ser, que se concreta en la me-

24. Ídem.

25. Si bien no existen actividades humanas impropias de alguno de los sexos, ciertamente puede haber una más adecuada predisposición femenina o masculina para desarrollar de diferente forma la misma acción. Vale aclarar que predisposición no implica exclusividad. Así lo explica Scala en obra arriba citada, págs. 100-101.

26. ROMERO BERDULLAS, Carlos M., *Educar desde los santos*, 1ª ed., Buenos Aires, edición de autor, 2013, pág. 55.

27. Cfr. PIEPER, Josef, *La Realidad y el Bien; La Verdad de las Cosas*, 1ª ed., Buenos Aires, Librería Córdoba, 2009, págs. 11-13.

28. Ídem.

dida de que el hombre al conocer se deja determinar objetivamente sólo por la realidad.

Por eso, cuando el hombre, el Derecho Penal o la Política Criminal pierden esa objetividad y se busca influir el conocimiento a través de la voluntad, que se puede expresar –con este juego de palabras redundantes– queriendo que algo sea, no sea o sea otra cosa diferente de lo que es, se echa a perder este noble cometido junto a cualquier pretensión de obrar prudente, justo y bueno<sup>29</sup>. Es que la medida de lo moral lo determina la prudencia, que primero necesariamente debe conocer la realidad objetiva de las cosas para poder concluir lo que es bueno<sup>30</sup> para la sociedad.

Tal vez un punto de partida sea comprender, que si bien con excepción de las actividades dependientes de caracteres físicos excluyentes<sup>31</sup> la gramática de la naturaleza indica la inexistencia de acciones exclusivas masculinas o femeninas, sí debe afirmarse el existir de modos innatos de cada sexo en ese realizar las mismas obras<sup>32</sup>. Y esto es esencial valorarlo, dado que en la ideología de género no existe resquicio alguno para la construcción de un proyecto superador en el cual se potencien e integren armónicamente las cualidades de ambos sexos.

Esto es indispensable subrayarlo, ya que el mundo requiere de esa sinergia y el aporte original brindado por cada uno con sus cualidades propias. Es evidente, que en esa apreciación de las diferencias no en sentido excluyente o competitivo, sino en el de complementariedad se encuentra una vital riqueza para un proyecto de vida común. Por todo esto, es que sería más adecuado hablar de violencia contra la mujer y evitar referencias a la erróneamente denominada violencia de género, debido a sus incorrectas interpretaciones.

29. *Ibíd*em, primer capítulo, pág. 39.

30. *Ibíd*em, segundo capítulo.

31. Ej. amamantar es una actividad de cumplimiento imposible en el varón.

32. Ver SCALA, Jorge, *La Ideología de Género...*, cit.

#### 4.b. *Liquidez cosificadora de víctimas indeseadas*

Con certeza, la expresión más cabal de un “derecho penal líquido”, que se traduce en un “No Derecho” y se sustancia en una de las vertientes de relativismo democrático permeable al totalitarismo profusamente extendidas en nuestra aldea global es la negación arbitraria de los DD. HH. de ciertas víctimas, llamativamente las más débiles e indefensas.

En concreto, aludo a un relativismo jurisdiccional, que adopta como criterio de determinación de la verdad los designios de una aristocracia condescendiente ante la presión de comités internacionales<sup>33</sup>, al tornar a todo en materia pactable, incluso al derecho inalienable, original y fundamental de la vida consagrado en nuestra Constitución Nacional.

De este modo, el derecho se vacía de contenidos, ya que cesa de construirse sobre la inviolable dignidad humana y libra a discreción de la voluntad del más fuerte la posibilidad de disponer de la suerte vital de las personas, como es el caso de los *nasciturus* o podrían serlo otras franjas vulnerables de la población (léase ancianos, niños con deficiencias, etc), al punto no sólo de rechazar la realidad óptica del otro por cuestiones pragmáticas pasibles de ser modificadas, sino también de considerarlo un enemigo de quien debe defenderse<sup>34</sup>.

33. Estos comités de seguimiento y control emiten recomendaciones que no tienen el carácter de vinculante de los tratados. En efecto, los países signatarios no tienen obligación de cumplirlas, y menos aún si colisionan con la normativa nacional.

34. *Cfr.* FUENTES, Miguel Á., *Las Verdades Robadas*, 3ª ed., Mendoza, IVE, 2008, págs. 17-25. Allí incluso el autor describe las diversas manifestaciones de un relativismo que niega la posibilidad de conocer una verdad objetiva, válida y universal para todos. Así pues, en su vertiente individualista nos topamos con un relativismo que estipula como criterio determinante de la verdad a cada individuo. Es decir, habría tantas verdades como individuos existen. Por su parte, el relativismo cultural y el sociológico ligan la configuración de la verdad a la cultura histórica y el juicio de los grupos sociales respectivamente. En otro orden, puntualmente en su variable racista, el relativismo hace depender la verdad de la raza (ej. el nazismo). Y por último, la versión política vincula la verdad a la votación de la mayoría. Básicamente, FUENTES explica que el relativismo incurre en una contradicción intrínseca, por cuanto si toda verdad es relativa carece de validez su afirmación, paradójicamente

Paradójicamente, los Derechos Humanos que nacieron y se desarrollaron con el objeto de limitar la voluntad de la mayoría son desvirtuados mediante la desprotección de sujetos pasivos que incomodan a quienes detentan el poder jurídico de definirlos<sup>35</sup>. Se observa así una radical coincidencia con el derecho penal de enemigo, por cuanto se considera como no persona a aquel ser humano cuya antropología es deconstruida jurídica y filosóficamente. Simplificando, al resultar la persona una construcción social, se selecciona qué ser humano mantiene el *status personae* y cuál se reconfigura como un ente comprendido en el derecho de cosas<sup>36</sup>.

SILVA SÁNCHEZ expone su aguda crítica y explica que este es el caso del ser humano concebido aún no nacido e indeseado por sus progenitores. Pues el concebido no deseado sería percibido como una carga o fuente de displacer que pone en peligro el bienestar de sus padres; y por ello es deshumanizado. En pocas palabras, si el concebido es deseado por los procreadores<sup>37</sup> gozaría de protección jurídica, pero si no lo es, pasa a integrar el concepto de enemigo, y por ende resulta excluido del amparo político criminal, a través de un previo proceso de despersonalización que procura poner en crisis su condición de sujeto de derechos para luego descartar su tutela<sup>38</sup>.

A propósito de esto, recordemos que los tratados internacionales de DD. HH. con rango constitucional tutelan toda vida humana des-

---

erigida como una afirmación objetiva y universalmente válida. En otras palabras, el Aquinate nos enseña que al negarse la existencia de la verdad, se está afirmando implícitamente que existe, pues si no existiese sería verdad su no existencia. De modo que, si algo es verdadero, necesariamente debe existir la verdad (Suma Teológica I, 2, 1 ad. 3).

35. Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., "Los Indeseados como Enemigos: La Exclusión de Seres Humanos del *Status Personae*", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 9-1-07, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>.

36. Ídem.

37. Véase por ejemplo que RENÉ FRIEDMAN afirma la existencia potencial de atributos de la persona humana en los embriones, sólo adquiridos a partir del deseo del hijo por parte del adulto y de la superación de las instancias del desarrollo. Cfr. FUENTES, Miguel Á., *Las Verdades Robadas*, cit., pág. 183.

38. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *Los Indeseados como Enemigos...*, cit.



de el instante de su concepción<sup>39</sup>, y ninguna condición puede restringir este derecho humano, por cuanto es persona todo ser humano<sup>40</sup>. Al mismo tiempo, sabido es que *“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”*; y de consuno detenta *“todos los derechos y libertades proclamados... sin distinción alguna”*<sup>41</sup>.

Todavía más, puntualmente la Convención sobre los Derechos del Niño prescribe que

Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

En lo que importa al derecho a la vida, ha de destacarse que el bloque federal de constitucionalidad reconoce a todo ser humano este derecho protegido por la ley, pues es inherente a la persona y debe ser garantizado incluso bajo situaciones excepcionales<sup>42</sup>. De hecho, en

39. Nuestro país hizo la reserva al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, de que *“se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción”*. Por su parte, la CADH prescribe que *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”* (art. 4.1).

40. Cfr. CADH, arts. 1-3.

41. Arts. 2 y 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

42. El PIDCP establece que *“El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”* (art. 6.1). Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos fija que *“todo individuo tiene derecho a la vida”*; y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que *“todo ser humano tiene derecho a la vida”* (art. 1). A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niños estipula que *“Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”* y *“garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”* (art. 6, incs. 1 y 2). Basta señalar, que este derecho

ninguno de los tratados internacionales firmados y ratificados por la República Argentina se alude al derecho al aborto, ni puede inferirse su existencia. Contrariamente, el derecho a la vida atraviesa el lenguaje vinculante de todos estos documentos<sup>43</sup>.

De esto se infiere, que ninguna condición del niño (ej. su vida intrauterina) o de los padres valida la expoliación de su vida<sup>44</sup>. Pues este derecho analíticamente tan evidente es la piedra miliar del resto de los derechos, ya que sin su tutela no se puede gozar ni disponer de derecho alguno. De ahí que, al centrarse las construcciones jurídicas en los derechos de la madre, padre, la familia o la sociedad en lo concerniente al aborto, se sume en el olvido el derecho a la vida del inocente *nasciturus*<sup>45</sup>.

Desde luego, prácticamente nadie pone hoy en tela de juicio que el comienzo de la vida se da en la concepción o fecundación, momento en el cual inicia el ser humano su ciclo vital<sup>46</sup>. Sin embargo, algu-

---

a la vida no puede suspenderse ni disminuirse bajo la excepcionalidad de la guerra (art. 27, incs. 1 y 2 CADH).

43. Cfr. TOZZI, Piero A. - CASILLAS PADRÓN, Neydy - MARCILESE, Sebastián, *El aborto en el derecho internacional y en la jurisprudencia panamericana*, Buenos Aires, ED 244-607, 2011, págs. 1-7.

44. Vid. SCALA, Jorge, *Aborto no punible. A propósito del caso "R.L.M." Un fallido fallo*. Buenos Aires, *Lexis Nexis*, 20-12-06.

45. Sobre este enunciado tan analíticamente evidente del derecho a la vida y la exclusión de los derechos del niño del debate puede leerse a PORTELA, Jorge Guillermo - GONZÁLEZ, Nemesio, *Sobre si son válidos los procedimientos judiciales seguidos contra la mujer abortante en los casos previstos en el art. 88 del Código Penal*, Buenos Aires, *El Derecho*, t. 129, págs. 388-417. Ha de añadirse, que al abortar lo que se escoge es matar al propio hijo, quien carece de libre elección y no elige fenecer. Sencillamente, el por nacer no sólo se encuentra restringido de ejercer su libertad, sino también privado de su vida a partir de una pseudo reivindicación para eliminarlo. Por tanto, al no poseer nadie libertad ni derecho a ultimar a otro ser humano, se advierte claramente que la libertad de elección invocada no es real e implica una manipulación obscena del lenguaje. Cfr. SCALA, Jorge, *La Ideología de Género o el Género como herramienta de poder*, págs. 30-31.

46. Existe una coincidencia entre el inicio de la vida y este acto originador de una entidad biológica plenamente individualizada. Es que el cigoto contiene la identidad biológica de un nuevo ser humano y el programa integral del crecimiento, junto a la información necesaria para atravesar todas las fases de desarrollo características de

nas corrientes escogen diferentes estadios para determinar antojadizamente el límite entre la vida y no vida (ej. implantación en el útero, término de dos semanas o meses, formación del cerebro, autoconciencia) con el afán de negar el status jurídico de persona.

La arbitrariedad de estas posiciones es patente, por cuanto cualquier otra instancia seleccionada no posee cambios fundamentales respecto a la fase inmediatamente anterior. Ciertamente, todas las etapas escogidas arbitrariamente resaltan la línea divisoria entre disímiles fases del desarrollo vital, pero únicamente encuentran solución de continuidad en la fecundación, que contiene a todos estos actos ulteriores<sup>47</sup>.

Cabe añadir por otra parte, que la natividad tampoco produce cesura alguna en este sentido, pues el nacido prosigue dependiendo de su madre<sup>48</sup>. En suma, tanto el concebido como el nacido constituyen seres humanos que se desarrollan a sí mismos.<sup>49</sup>

Relacionadas a estas ideologías pragmáticas y negatorias de la universalidad de derechos también han surgido algunas doctrinas que ligan el derecho a la vida al “*tener*” ciertas propiedades más que al “*ser*”. De manera tal, que se desguaza al ser humano en accidentes o propiedades<sup>50</sup>. Con esa perspectiva, se vincularía el estatuto de persona del embrión a la sensibilidad, la conciencia del yo y/o el interés de sobrevivir. Este absurdo demuestra, que por ejemplo se podría llegar a rotular como no vivientes a los afectados por graves patologías,

---

una persona. Cfr. FUENTES, Miguel Ángel, *Las Verdades Robadas*, cit., págs. 179, 188 y 193. Se aconseja leer el cap. VI *in extenso*. Por tanto, la denominada política de los tres trimestres instaurada en “*Roe vs. Wade*” (Estado de Texas) es desacertada, pues el derecho a la vida debe ampararse durante todo el proceso de gestación.

47. FUENTES, Miguel Á., *Las Verdades Robadas*, cit., págs. 180, y 193-194.

48. Por lo que visualizar una cesura en la alimentación oral y la percepción sensorial directa se advierte normativamente irrelevante. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *Los Indeseados como...*, cit.

49. Ídem. Incluso, Silva Sánchez pone de manifiesto la arbitrariedad de este proceso de exclusión, al especificar paradojas tales como a modo de ejemplo, que los nacidos prematuros sean considerados personas con derecho a la vida; en tanto que el feto de ocho meses aún no nacido sea ponderado como carente de ese derecho.

50. Ídem.

que tornarían a cualquier persona incapaz para elaborar información u obrar de modo autoconsciente (ej. quienes padecen Alzheimer)<sup>51</sup>.

Con buen tino enseña SILVA SÁNCHEZ, que es un error vincular los presupuestos requeridos para la atribución de responsabilidad por los hechos con los exigidos en orden a conferir derechos. La conciencia de uno mismo es premisa de atribución de deberes, mas no de derechos, pues éstos parten de la personalidad de cada miembro de la especie humana.

De lo contrario, de considerarse a la conciencia como puntapié para el reconocimiento de derechos y su protección, se podría concluir que por ejemplo los niños enajenados y los adultos seniles no son personas<sup>52</sup>. Más aún, este criterio también podría extenderse a niños nacidos prematuros o a término con enfermedades o deficiencias, en donde su tutela dependiera del interés de los padres en el amparo de su vida. Por lo que la titularidad de derechos se relacionaría más con quienes gozan de una plena o incipiente autonomía y el deseo de inclusión<sup>53</sup>.

Como consecuencia de ello, el concebido y todo sujeto débil o dependiente de otros, en vez de ser reconocidos por lo que son, resultarían categorizados en el status de enemigo por la cultura del descarte. Vemos así, como de imperar esta lógica cosificadora, ciertos principios eugenésicos se actualizarían. Pues la eugenesia no sólo lleva ínsita una consideración desigual de las personas, sino también les extirpa su *status personae*, al negar su realidad y no concebirlas como seres humanos.

Tal como lo explica MAURO RONCO, este pródromo de la destrucción de la persona se afina también en una ideología posmoderna

51. FUENTES, Miguel Á., *Las Verdades Robadas*, cit., pág. 180. El citado añade que otro absurdo se configura cuando se afirma al embrión como no constitutivo de un ser vivo, por cuanto resulta incapaz de comunicarse/relacionarse, algo notoriamente errado por cuanto sí se comunica/relaciona químicamente con su madre desde el primer estadio de su desarrollo. Por lo que, el desacertado criterio para determinar la vida se basaría más bien en el modo de comunicación utilizado y no tanto en la capacidad de comunicación/relacionamiento.

52. Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *Los Indeseados como...*, cit.

53. Ídem.

sostenida por escuelas relativistas, que transforman en derecho humano a todos los dictados de la autodeterminación absoluta, definida ésta como una espontaneidad incoercible originada en los impulsos de un yo obliterado sobre sí mismo, y destinada a la satisfacción de los propios deseos<sup>54</sup>.

Simplificando, RONCO señala críticamente que el basamento de los derechos giraría erradamente en derredor de la espontaneidad de elección y una autodeterminación irracional orientada a satisfacer el apetito sensible de cada uno. Por eso, sencillamente la protección normativa de los seres humanos ya no se fundaría en la irreductible dignidad y el valor intrínseco e inalienable de las personas.

De esta forma, el interés en tener o no un hijo generaría el pseudo-derecho a la contracepción; como también el interés individual de engendrar un hijo sano y el interés social de no afrontar erogaciones para cuidar a personas inadecuadas sustanciaría el pseudo-derecho a la selección prenatal o eliminación de embriones con cualidades inferiores.

Profundiza aún más su objeción RONCO, cuando especifica que este hilo conductor acarrearía a clasificar en dos categorías a las personas. Pues por un lado se hallarían los sujetos *pleno iure*, es decir capaces de manifestar y ejecutar sus determinaciones; en tanto por otra parte se encontrarían quienes gozan de derechos limitados, por cuanto precisamente, no pueden llevar a término sus decisiones o expresar actos de conciencia. Por tanto, a los integrantes de este último grupo se les reconocerían ciertos intereses, pero que no se hallarían amparados por la ley de manera absoluta. Es que estos intereses serían inferiores y se subordinarían a los derechos atribuidos a los sujetos humanos de *pleno iure*.

En otras palabras, la tutela legal no se fundamentaría en ese principio de dignidad relacionado a la naturaleza humana, sino que en una protección relativa y condicionada. Es decir, sería una tutela similar a la

54. RONCO, Mauro, *La Tutela de la persona y las consecuencias jurídicas de la ideología de género*. Intervención revisada y anotada del 10-12-10 durante el congreso Nacional de Estudio sobre Identidad Sexual e Identidad de la Persona, organizado por la UGCI, la Unión de Juristas Católicos Italianos, en Palermo, en el Palazzo dei Normanni y en la sede de la LUMSA, la Libera Università Maria SS. Assunta, del 9 al 11 de diciembre de 2010.

dispensada a las “*cosas socialmente apreciables en la medida que no afecten derechos de los sujetos en sentido fuerte*”<sup>55</sup>. Así, merced a este relativismo prohibitivo de toda fundamentación (metafísica, ontológica, moral y jurídica) de los derechos del hombre, se vuelve evanescente la exigencia ética de proteger jurídicamente al ser humano, por cuanto exclusivamente se ampara una autodeterminación sin trabas, y bajo ese pretexto, en definitiva se rechaza la custodia legal de la persona<sup>56</sup>.

Vemos así, que al admitir como único sustento de los DD. HH. el mero consenso, no sólo se los disocia de la naturaleza humana, sino también se abre juego a un violento e ineluctable autoritarismo, por cuanto la concepción endeble de la persona conduce en la *praxis* a su debilitamiento y consecuente indefensión<sup>57</sup>.

Por estos motivos, un Estado de Derecho auténticamente justo debe pugnar por preservar la dignidad del ser humano y adecuar la normativa a esta realidad natural preexistente a cualquier pacto social, ley o instancia de política criminal, ya que es el núcleo de la juridicidad constitucional, además de su sentido, fundamento y valor supremo. Tanto es así, que el ser humano se posee a sí mismo ontológicamente y contiene una esfera de dominio sobre su persona no comunicable al todo social<sup>58</sup>. En este dominio radical sobre sí, en cuanto lo constituye y su proyección en los derechos naturales –*ius o iustum naturale*– estriba el fundamento de su dignidad y el carácter distintivo de la persona humana<sup>59</sup>.

¿Qué aspiro expresar con esto? Sencillamente, que existen derechos integrados al estatuto ontológico del hombre y se encuentran atribuidos por la misma naturaleza humana. El señorío de la persona que

55. Ídem.

56. Ídem.

57. Sobre el consensualismo en materia de DD. HH. se sugiere leer a ARNOSSI, Carlos G., “Consensualismo y derechos humanos en el magisterio de Benedicto XVI: un aporte para la interpretación realista de los derechos humanos”, *Forum, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina*, 1ª ed., Buenos Aires, Educa, n° 1, 2013.

58. HERVADA, Javier, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 8ª ed., Pamplona, EUNSA, 1994, págs. 56 y 64-65.

59. *Ibidem*, pág. 65.

ejerce sobre su ser y la imposibilidad ontológica de pertenecer a otro son una pauta definitoria en este sentido. No es arduo deducir entonces, que los bienes intrínsecos a ese ser conforman su objeto de dominio y son suyos por el sólo hecho de resultar persona<sup>60</sup>. Por tanto, se puede entrever que estos derechos generan un deber de respeto en los demás y quienes ejercen el poder estatal. Es que al ser estrictamente derechos naturales de la persona, deben encontrarse librados de cualquier clase de interferencia o negación –ya sea de terceros o del Estado–. De lo contrario, se rechazaría el mismísimo carácter de persona.

Por el sólo hecho de ser, los hombres poseen ciertos derechos humanos denominados de esta manera, por entramarse íntimamente con necesidades sustanciales en el orden de su desenvolvimiento. Esto significa, que los derechos naturales deben concebirse como el primer presupuesto de toda decisión político-criminal fundada en el ser humano, sin importar las contingencias socioeconómicas, políticas y personales de su mundo circundante. De modo que, la tutela de estos derechos son exigencias esenciales que se fundan en esa dignidad personal expresada en la naturaleza humana, que ninguna norma positiva, mayoría o poder estatal pueden alterar<sup>61</sup>.

Se puede comprender entonces, que por definición toda ley positiva contradictoria de un derecho natural o no determinada por las exigencias de la dignidad de la persona humana no constituye un verdadero derecho. Este es el caso por ejemplo de las causas de justificación previstas en el art. 86 del C.P. para los abortos denominados eugenésicos y los incorrectamente llamados terapéuticos<sup>62</sup>, ya que no se ajusta a la ley natural derecho alguno a aniquilar directamente a un hombre

60. GAMBOA, Agustín - ROMERO BERDULLAS, Carlos M., *Planteos actuales de la política criminal*, 1ª ed., Buenos Aires, AD HOC, 2015.

61. Es importante entender que los derechos naturales preexisten a la ley positiva e inhiere a la naturaleza del hombre. No alcanzar una comprensión cabal de esta premisa, podría conducir, a guisa de ejemplo, a creer que el homicidio es injusto porque la ley lo estipula así, mas no por sí mismo. Esta interpretación absurda acarrearía a creer que la persona no tiene derechos por sí misma, pues sólo gozaría de aquéllos concedidos por la ley positiva (puesta por el hombre).

62. El embarazo no es una enfermedad; y el aborto no conduce a la sanación, sino a la muerte del ser en gestación.

inocente. De modo que, ninguna prescripción eugenésica, indicación médica, proclama social o de otra índole puede dotar de validez al abominable delito del aborto, incluso aunque no resultará un fin en sí; y constituyera un medio para alcanzar otro propósito lícito<sup>63</sup>.

Se destaca así nuevamente, el indisoluble ligamen entre la política criminal, el orden moral y los valores objetivos de la naturaleza de las cosas. Es que una sociedad verdaderamente humana no puede darse con un positivismo excluyente de las manifestaciones más elementales de la dignidad del hombre y los derechos dimanantes de su *status personae*, pues la aceptación de aporías positivistas fue el principio que condujo a escribir las páginas más infames de la historia universal, mediante la irremisible ejecución de aberraciones y genocidios inenarrables.

Vale también aplicar lo explicitado, a un positivismo judicial que no sólo deconstruye sibilamente derechos, sino también no garantiza los ya enhiestos en la naturaleza humana, a partir de una hermenéutica arbitraria de las constituciones y tratados internacionales de derechos humanos<sup>64</sup>. Es que si el legislador y el intérprete de la ley se divorcian de los límites impuestos por los principios ético-jurídicos que derivan del derecho natural, inexorablemente se abre paso a un constructivismo de la misma existencia humana y la sociedad. De modo que, esta vacuidad de un orden consonante con la naturaleza de las cosas decanta en deseos convertidos en derechos exigibles, la posibilidad de escoger el sexo, ordenar la sociedad a nuestro antojo, negar al embrión en el seno materno el carácter de persona y eliminarlo, entre otras prácticas guiadas por la conveniencia o meros berretines<sup>65</sup>.

63. Si la finalidad es buena, pero los medios para arribar a ella son intrínsecamente malos, toda la acción se vuelve inmoral. Cfr. GAMBOA, Agustín - ROMERO BERDULLAS, Carlos M., *Proceso Constitucional Acusatorio*, 1ª ed., Buenos Aires, editorial AD HOC, 2014, pág. 34.

64. Se sugiere leer a HERRERA, Daniel A., *Del Estado de Derecho Liberal Moderno al Estado Constitucional de Derecho Actual en Forum*, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, 1ª ed., Buenos Aires, Educa, n° 2, 2014, pág. 36.

65. Vid. GALLO, Orlando J., *¿Activismo o metamorfosis de la función judicial?*, en PALAZZO, Eugenio Luis (Dir.), *Estudios de derecho constitucional con motivo del Bicentenario*, Buenos Aires, El Derecho, 2012, págs. 413-437.



Este maremágnum de pseudo-derechos adquiere aún más enervación ante un neoconstitucionalismo que licúa los contenidos pétreos de las constituciones y disuelve todos los marcos legales, por intermedio de un Estado Constitucional de Derecho, cuyo norte es la constitución, pero se desarrolla por fuera de las periferias de ésta, mediante la interpretación de lábiles tratados internacionales.

Entonces, frente a la textura abierta de estos principios impera la exégesis de operadores que conforman los tribunales internacionales y reproducen esa liquidez. En otras palabras, la creación del derecho positivo ya no es una cuestión reservada a la soberanía de las naciones, sino más bien se encuentra sujeta a la interpretación de los equipos de tecnócratas togados, llamados a escrutar taumatúrgicamente los anhelos de toda la humanidad.

Un ejemplo patente de una manifestación de un “derecho penal líquido” apuntalada por las opiniones de comités internacionales<sup>66</sup> fue la receptada por la CS en “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”<sup>67</sup>, que en clave con los dictados de aquella aristocracia de expertos sumió en la precariedad y revocabilidad el derecho a la vida del por nacer, junto al principio *in dubio pro vida* frente a embarazos provenientes de violaciones.

Más aún, procurando sustentar su tesitura en consideraciones vertidas por órganos de aplicación de tratados de derechos humanos, la CS dio un paso más y abrió el grifo a un derrame de la ley penal, puesto que tan sólo basta con una simple declaración jurada de una mujer o su representante legal, en donde se afirme la calidad de vícti-

66. En el caso, las interpretaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe N° 23/81) respecto a las provisiones establecidas en el art. 1 de la DADDH y el art. 4 de la CADH; las consideraciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CCPR/C/ARG/CO/4 del 22-10-10) sobre la interpretación del art. 86 de nuestro CP; la interpretación del Consejo Económico y Social (Informe del Grupo de Trabajo acerca de un proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño, E/CN\$S/1989/48, 2-3-89) acerca del alcance de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre el art. citado de nuestro código sustantivo; y el Comité de los Derechos del Niño acerca de la misma temática en Observaciones Finales, ARG. 21-6-10, CRC/C/ARG/CO/3-4.

67. F. 259, XLVI, 13-03-2012.

ma de una violación para acceder sin más a un aborto. Pues la ausencia de intervención judicial o policial e imposibilidad de profundizar las circunstancias del hecho o recabar prueba alguna revestirían el carácter de imperativos ineludibles.

De esta manera, la CS observó que si bien *“advierte la posibilidad de configuración de ‘casos fabricados’, considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos, –que a estas alturas sólo aparece como hipotético y podría resultar, eventualmente, un ilícito penal–, no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud”* (cons. 28)<sup>68</sup>; y en razón de ello, exhortó a las autoridades nacionales/provinciales a implementar protocolos hospitalarios que remuevan las barreras administrativas o fácticas para acceder a estas prácticas en los casos de abortos no punibles (cons. 29<sup>69</sup>).

Con facilidad se puede entrever, que de esta forma se abre la puerta para llevar a término abortos contemplados como punibles en la ley penal, por cuanto con sólo declarar que el embarazo es producto de una violación, quien pretenda consumir el delito tipificado en el art. 88 del CP soterradamente, encontrará allanado el camino hacia la impunidad. De esta forma, ahora a los dictérios del aborto ya expresados, debe añadirse una interpretación posibilitadora de un salvoconducto que potencia la inseguridad objetiva de los más débiles e indefensos, y elimina las chances de investigar/sancionar a los perpetradores del silente genocidio de los seres humanos por nacer.

Sencillamente, con liviandad la CS estatuyó un accionar incongruente con la obligación del Estado de contener, refrenar y sancionar el delito con la mayor eficacia factible, a fin de garantizar la seguridad, derecho humano de raigambre constitucional, cuyo *magis* descansa en el derecho a la vida. No puede obviarse, que la consolidación de este derecho es un imperativo del Estado. Pues éste debe garantizar el pleno goce de este derecho humano a través del orden

68. Ídem.

69. Ídem.

normativo y una conducta estatal contemplativa de una eficaz organización/actuación, tendente a garantizar esa manda de justicia<sup>70</sup>.

Al mismo tiempo, la apertura de esta ventana hacia la disolución del derecho de la comunidad a la concreción de ese *dar a cada uno lo suyo* –que se especifica en darle a quien delinque su pena–, es el presagio de una inestabilidad aún mayor sobre este principio natural de justicia imperado por el bien común político, por cuanto el “*Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo*” (elaborado por el Ministerio de Salud de la Nación)<sup>71</sup> jalona todavía más los marcos de referencia de la ley penal y ensaya una interpretación sumamente amplia del supuesto de no punibilidad comprensivo del aborto ejecutado con la finalidad de evitar un peligro para vida o salud de la madre, en tanto ese riesgo no pudiera sortearse por otro medio (art. 86, inc. 1, CP).

Definitivamente, el protocolo en cuestión, se hace eco de esa revocabilidad del derecho a la vida e impredecible estatus de los derechos del por nacer, ya que en base a la definición dada por la OMS concibe a la salud como el “*completo estado de bienestar físico, psíquico y social, y no solamente la ausencia de enfermedades o afecciones*”<sup>72</sup>. Tal es así, que la causal salud configuraría un concepto integral (físico-mental-emocional y social), es decir abarcador del dolor psicológico y el padecimiento mental relacionado a la pérdida de la autoestima e integridad personal<sup>73</sup>. Se evidencia así, la laxitud de una noción

70. “*La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos*” (cfr. par. 166 CIDH, Caso Velázquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988).

71. [www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000000690cnt-Protocolo%20ILE%20Web.pdf](http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000000690cnt-Protocolo%20ILE%20Web.pdf). Fecha de consulta: 10-11-2015.

72. Según cita del protocolo citado, pág. 15.

73. Ídem.

que es guiada por un principio de autonomía mal logrado, al inferirse un derecho a la persona a decidir sobre cuestiones vinculadas a su ¿cuerpo?, ¿salud? y ¿vida?, a través de conductas ¿personales? e ¿íntimas?<sup>74</sup>

Los signos de interrogación procuran plantear ciertas preguntas sobre esta visión cortical, que dispara un indefinido arco de interpretaciones en torno a la viabilidad de abortar. Es que claramente, el poder legiferante de la nación no previó como causa de justificación la posibilidad de abortar bajo cualquier pretexto. El espíritu de la norma claramente refiere a una situación de gravedad excepcional, que no condice con un concepto de salud doliente de un grado de generalidad abisal. Verdaderamente, una definición de salud como la apuntada, que adolece de una imprecisión extrema, constituye una caja de pandora para aplicar la sin razón del vale todo, y anonadar la vida de seres humanos por cualquier motivo, deseo o capricho.

El fraude es notorio, dado que la desproporción de bienes jurídicos en juego es grotesca ante un conflicto de interés entre quien a guisa de ejemplo tiene peligro de caer en una mengua anímica por el embarazo, o padecer la incompreensión de su entorno social; y la vida del por nacer. Por lo demás, frente al estadio evolutivo de las ciencias médicas y la alternativa siempre latente de la adopción, las chances de no encontrar medios idóneos para evitar ese peligro a un deterioro en la salud se ven reducidas significativamente<sup>75</sup>.

Por otra parte, el protocolo analizado incurre en otra falacia, ya que alude a aspectos ligados al propio cuerpo, la salud o vida de la mujer. Cuando en rigor de verdad, el aborto comprende a otro cuerpo, salud y vida, que son precisamente los de la criatura viviente en el seno materno.

Desde ya, bajo la denominación de derecho a la interrupción legal del embarazo, el protocolo enmascara lo que en criollo es concretamente matar a un niño. Acomunándose a los sofismas creados por el selecto sector de intelectuales que reinterpretan el derecho progre-

74. *Ibidem*, pág. 13.

75. *Vid. in extenso*, TRADICIÓN Y ACCIÓN POR UN PERÚ MAYOR, *Aborto la Verdad sin disfraces*, 1ª ed., Lima, 2008.

sivamente y mediante indefinidas acepciones (vgr. género) plasmadas en documentos internacionales, se echa mano a expresiones tales como salud sexual, procreación responsable, protección integral de las mujeres, derechos del paciente, entre otros términos relacionados a conceptos en donde el aborto se encuentra implícito.

Se puede corroborar así, como a través de una manipulación terminológica hermanada a la reinención de los derechos humanos, los comités de demiurgos ejercen presión sobre las soberanías nacionales, a partir de una resignificación de los tratados, que pugna por erigir al aborto en un derecho de la mujer, incrementar los supuestos de su despenalización y compeler a los Estados a adoptar medidas tendentes a su fácil instrumentación, so pena de incurrir en responsabilidad internacional.

En definitiva, en traza con la estrategia abortista a nivel global, no sólo se introduce así esta clase de actos a una adiaforización liberadora de consideración moral alguna, sino que además se ejerce el arte de volver líquido el derecho penal, mediante la desvirtuada utilización del mismísimo derecho iusnatural a la vida<sup>76</sup> y la despenalización del homicidio de los niños por nacer. Así, por intermedio de instancias disímiles a los parlamentos<sup>77</sup>, como por ejemplo lo son la CS y el protocolo citado, se cumplirían algunas de las consignas destinadas a profanar la sacra gramática inscripta en la naturaleza de los hombres.

En suma, este es el ejemplo más claro de un derecho penal exánime en una sociedad moderna líquida<sup>78</sup>, ya que si ni el bien jurídico elemental de la vida es preservado y resulta expuesto a una

76. A modo de ej. cuando se pregona la defensa al derecho a la vida de las mujeres, en razón de las defunciones originadas por abortos clandestinos. De esta manera, se procura la despenalización del homicidio del niño por nacer, con el objeto de garantizar la impunidad de quienes perpetran esos crímenes.

77. Esta estrategia fue revelada en el auditorio de la Cámara de Diputados del Congreso Argentino en agosto de 2006, al explicar la ROA las tácticas aplicadas en Colombia. Vid. TRADICIÓN Y ACCIÓN, *Aborto la Verdad...*, cit., págs. 125-127.

78. Se toma como referencia el marco de estudio desarrollado por BAUMAN, Zygmunt, *Vida Líquida*, 1ª ed., Buenos Aires, Paidós, 2013, y por el mismo autor junto a LYON, David, *Vigilancia líquida*, Buenos Aires, 1ª ed., Paidós, 2013.

incertidumbre permanente, qué otro imperativo regirá a la hora de consolidar otros derechos, sino es el de una inestabilidad acechante.

Al fin de cuentas, el “derecho penal líquido” es la contracara del derecho fundamental a la vida. Sí, el “derecho penal líquido” es uno de los artífices de los alarmantes signos retratados por la Beata Madre Teresa de Calcuta, quien en la Conferencia del Cairo de 1994, expresaba desde lo más íntimo de su corazón que:

Cada uno de nosotros hoy se encuentra aquí gracias al amor de Dios que nos ha creado, y gracias a nuestros padres que nos acogieron y quisieron darnos la vida. La vida es el mayor don de Dios. Por eso es triste ver lo que acontece hoy en tantas partes del mundo: la vida es deliberadamente destruida por la guerra, por la violencia, por el aborto. Y nosotros hemos sido creados por Dios para cosas más grandes: amar, ser amados. A menudo he afirmado, y estoy segura de ello, que el mayor destructor de la paz en el mundo de hoy es el aborto. Si una madre puede matar a su propio hijo, ¿qué podrá impedirnos a ti y a mí matarnos recíprocamente? El único que tiene derecho a quitar la vida es Aquel que la creó. Nadie más tiene ese derecho: ni la madre, ni el padre, ni el doctor, ni la agencia, ni una conferencia, ni el gobierno. Me aterra el pensamiento de todos los que matan su propia conciencia, para poder cometer el aborto. Después de la muerte nos encontraremos cara a cara con Dios, Dador de la vida. ¿Quién asumirá la responsabilidad ante Dios por los millones y millones de niños a los que no se les dio la posibilidad de vivir, amar, y de ser amados? Un niño es el don más grande para la familia y para la nación. No rechazemos jamás ese don de Dios”<sup>79</sup>.

## 5. DOBLE VARA DE UNA LEGALIDAD NORMATIVIZADA

Hemos visto que la realidad debe ser la piedra angular para la construcción de cualquier política criminal, pues la justicia con el ser es

79. Palabras recordadas por San JUAN PABLO II, Homilía en Polonia, del 4 de julio de 1997, *L'Osservatore romano* 20-6-97, 8.

la medida a seguir si se pretende aplicar un programa eficaz y consustanciado con el bien común político. Este es el momento adecuado para analizar otra proyección del “derecho penal líquido”, que se configura cuando la dogmática jurídico penal rechaza las estructuras del ser, desoye las pragmáticas de la realidad y no refleja en los sistemas de imputación ámbitos indisponibles de la naturaleza de las cosas receptados normativamente (ej. dignidad de la persona y DD. HH.).

Esto nos pone en guardia sobre los peligros inherentes a una excesiva normativización de la teoría del delito, que conduce a una gradual pérdida de ligamen entre sus conceptos y los contenidos de la realidad natural u ontológica. El desplazamiento de las teorías causales del resultado en un cierto grado<sup>80</sup>, la preponderancia de la inobservancia de los deberes de cuidado como ejes del sistema punitivo<sup>81</sup>, y una conceptualización compleja de la libertad del hombre<sup>82</sup> son algunos indicios de esta intensa normativización.

La polémica se enciende cuando nos preguntamos hasta donde puede llegar una funcionalidad de los conceptos que relegue los presupuestos empíricos a la hora de formular la teoría del delito y las instituciones penales. Si bien una normativización conceptual moderada puede resultar positiva, lo cierto es que llevada al paroxismo puede abarcar incluso a la noción de ser humano<sup>83</sup>. Pues si todo el pensamiento penal se vuelve puramente funcional, concebir a alguien como persona será una mera contingencia atada a los propósitos o funciones que ese concepto interprete en el sistema penal<sup>84</sup>.

80. Yacobucci explica, que si bien aún se reserva un espacio para una causalidad estadística y valorativa, ciertamente se encuentra normativizada. Además, en un estado posterior se deben aplicar reglas normativas al momento de efectivizar la imputación objetiva. Vid. YACOBUCCI, Guillermo J., *Los desafíos de un nuevo Derecho Penal*, en *Revista Jurídica Logos* (Facultad de Derecho prof. Damásio de Jesús), San Pablo, n° 1, año 2005.

81. En donde el objeto de la legislación comprende modificaciones de ardua comprobación empírica, pues ya no se centra en vulneraciones originadas por cursos causales naturales.

82. Ya no alusiva a la libertad individual como hecho psicológico, sino más bien la adoptada para sustentar normativamente un juicio de reproche.

83. YACOBUCCI, Guillermo J., *Los desafíos de...*, cit.

84. Ídem.

Cabe sopesar asimismo, una mengua y relativización en el principio de legalidad, más precisamente en su formulación como garantía positiva del imputado ante el surgimiento de un derecho penal dual, es decir un esquema de legalidades diferenciables, que procuran darle una cierta integración a un derecho penal clásico, con elementos de uno propiamente posmoderno.

Un ejemplo de ello es justamente el derecho penal de *emergenza* acuñado por la escuela italiana. SERGIO MOCCIA, uno de sus más insignes representantes, intenta dar la pauta de una cierta ausencia de sistematicidad en el derecho penal, a partir de una dialéctica histórica entre la legislación de la ilustración y la imperante en la actualidad<sup>85</sup>. La primera se encontraba signada por las directrices de legalidad, levisidad, subsidiariedad y última ratio.

Además, ese derecho penal buscaba sistematizar los tipos penales bajo criterios de claridad, sencillez y coherencia, a fin de tutelar la libertad individual de modo prevalente<sup>86</sup>. Por el contrario, la legislación del presente es atravesada por una emergencia conglomeradora de criterios antagónicos y fluctuantes, que opera como presupuesto de una crisis de garantías<sup>87</sup>.

Otro paradigma explicativo de la cuestión puede hallarse en la descripción de un derecho penal de diferentes velocidades esbozada por SILVA SÁNCHEZ. El catedrático español analiza una paulatina relajación de las garantías ante determinados fenómenos delictivos. El nacimiento de ciertos peligros o riesgos, impondría su neutralización a través de una respuesta penal anticipada<sup>88</sup>. Por eso, hablamos de un derecho penal preventivo que se administrativiza, al modificarse la estructura de los tipos penales y no configurar una condición *sine qua nom* la vulneración de un bien jurídico. Es que la actividad legislativa adopta tipos penales de peligro abstracto.

85. Cfr. YACOBUCCI, Guillermo J., *¿Cómo interpretar la política criminal de nuestros días?*, El Derecho, ED 209-895, Buenos Aires, 2004.

86. Ídem.

87. Ídem.

88. Ídem.



SILVA SÁNCHEZ deja patente la existencia de un derecho penal de primera velocidad denominado “*de la cárcel*”, destinado al amparo de bienes jurídicos clásicos, en donde se tornarían efectivas todas las garantías individuales ante la hipotética aplicación de penas de prisión<sup>89</sup>.

Paralelamente, este derecho penal convive con un símil de segunda velocidad, caracterizado por sanciones no privativas de la libertad; y una relativización de las garantías fundamentales, que tiene por objeto alcanzar una más eficaz dinámica sancionadora, frente a la puesta en peligro de ciertos propósitos político-criminales<sup>90</sup>. En sí, sería un derecho penal más distanciado de la matriz conformadora de lo criminal, por cuanto se impondrían sanciones de naturaleza más administrativa (ej. pecuniarias, restricción de ciertos derechos, sanciones sobre personas jurídicas), además de flexibilizarse ciertos principios de imputación junto a otras garantías<sup>91</sup>.

Ahora bien, a la par habría un derecho penal de tercera velocidad, en el que frente a imputables peligrosos, convergerían las sanciones privativas de la libertad con esa merma de las garantías ya aludida. Con lo que se constituiría una suerte de DERECHO DE EMERGENCIA O BELIGERANCIA, que dispara en el doctrinario la pregunta de si de hecho, no nos topamos frente a un no-derecho<sup>92</sup>. Este “DERECHO DE GUERRA” comprendería a modo de ejemplo la criminalidad organizada, el terrorismo y la delincuencia sexual reiterada, hechos que no sólo originan dificultades en la faz investigativa, sino también socavan los postulados políticos/sociales/económicos de convivencia y ponen en jaque al Derecho en cuanto tal<sup>93</sup>.

Esta expresión sería una arista de un derecho penal de medidas de seguridad ante situaciones excepcionales de conflicto, limitadas temporalmente e inevitables. En sentido estricto, el aumento de la escala penal y la atenuación de garantías (sustantivas/procesales) tenderían asimismo a asegurar ese plano fáctico de peligrosidad, al que

89. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *La expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2001, pág. 163.

90. Ídem.

91. Ídem, págs. 159-162.

92. Ídem, págs. 162-167.

93. Ídem.

se le debe sumar la carencia de certeza cognitiva sobre cómo actuara quien decidió transitar ese sendero de infidelidad al derecho por un tiempo duradero<sup>94</sup>.

Profundizando más sobre esta idea, el juriconsulto plantea que corroborado en su dimensión real este DERECHO PENAL BELICOSO, el debate esencial debe ceñirse a su legitimidad<sup>95</sup>. Así, dada esa discusión, SILVA SÁNCHEZ pareciera concluir que decididamente es un mal<sup>96</sup>. Tal vez un mal menor, dentro de un marco de emergencia en donde se deben afrontar con eficacia situaciones de extraordinaria gravedad. Claro que, añade, la vital relevancia de hacer interactuar esa justificación con los principios de proporcionalidad, necesidad y subsidiariedad, de consuno a una reflexión actualizable sobre el concurso de los presupuestos regulatorios de esa naturaleza de cosas<sup>97</sup>. Un espíritu crítico, que al parecer del doctrinario no emerge, pues los Estados dejan pastar cómodamente las proposiciones de la “*perenne emergencia*”<sup>98</sup>. Por tanto, el DERECHO PENAL MARCIAL propenderá a consolidarse y avanzar por un laberinto inerme de legitimidad<sup>99</sup>.

Otro signo de la normativización extrema del derecho penal puede encontrarse en el DERECHO PENAL DEL ENEMIGO<sup>100</sup>. GÜNTHER JAKOBS, al describir la situación del derecho penal alemán retoma la teoría de los sistemas de NIKLAS LUHMANN (1927-1998) y recibe el influjo hegeliano para determinar el concepto de pena. El funcionalismo jurídico-penal es engendrado así, como una teoría que entiende la dirección del derecho penal hacia el aseguramiento de la identidad normativa, la constitución y la sociedad<sup>101</sup>. Bajo esta perspectiva, la pena no tendría un

94. Ídem.

95. Ídem.

96. Ídem.

97. Ídem.

98. Ídem. Cfr. también *La perenne emergenza. Tendenze autotitarie nel sistema penale de* SERGIO MOCCIA.

99. Ídem.

100. Conforme a PRITTWITZ, Cornelius, *Derecho Penal del Enemigo: ¿análisis crítico o programa de derecho penal?*, en *La Política Criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004. Según cita de YACOBUCCI, Guillermo J., *¿Cómo interpretar la...*, cit.

101. Cfr. *in extenso* JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, en consideración preliminar. Traducción de Manuel Can-

efecto reparador de bienes jurídicos, pues su función sería confirmar la identidad normativa de la sociedad<sup>102</sup>. De hecho, la infracción de la norma no configuraría un evento natural entre personas, sino más bien un proceso comunicativo<sup>103</sup>. Por consiguiente, el derecho penal se encontraría imposibilitado de reaccionar ante un suceso en tanto lesión de un bien jurídico, y únicamente podría actuar frente a un hecho, pero en el sentido del quebrantamiento normativo<sup>104</sup>.

En esta teoría cincelada por JAKOBS, la pena entendida aisladamente sería un mal que replicaría el binomio cronológico al cual echó mano HEGEL al representar la secuencia cronológica del hecho penal/pena como un mal más otro mal. Esto equivaldría aritméticamente a la irracional sucesión de dos males (delito + pena = 2 males)<sup>105</sup>.

Por esta razón, emprende su teoría sobre la aseveración de que las prestaciones sustentadoras de un sistema serían sus funciones. Puntualmente, en lo que concierne al conjunto del derecho penal, no sólo el interés se circunscribiría a la pena, pues se ampliaría a todas sus prestaciones. Y en este cuadro, la prestación suministrada por el derecho penal poseería un sentido comunicativo. Esto se deduce fácilmente, dado que por una parte, el delito sería una afirmación contradictoria de la norma; y por otro lado, la pena constituiría una respuesta confirmadora de su vigencia.

De esta forma, se establecería una relación racional entre ambas categorías (delito/pena), que justamente sintetizaría cual es la prestación del derecho penal, y se puede retratar con un juego de palabras, a partir de una licencia tomada con el afán de alcanzar mayor claridad expositiva. En concreto, la prestación se expresaría en la acción y efecto de contradecir la puesta en crisis de las normas que determinarían la identidad social<sup>106</sup>. De este modo, la pena manifestaría al todo social, que a pesar de la expresión delictiva la norma seguiría en vigor.

---

cio Melia y Bernardo Feijóo Sánchez, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, Civitas, 1996.

102. Ídem.

103. Ídem.

104. Ídem.

105. Ídem.

106. Ídem.

Dentro de ese contexto, el sistema social definiría quien es persona, pues habría una configuración normativa de la sociedad. Aquí radica un aspecto clave, por cuanto los ciudadanos serían definidos por el sistema; mientras que los indeterminados por éste constituirían hechos de la naturaleza. De ahí que, al resultar el autor de un delito capaz de manifestar un sentido a través de sus conductas, se le podría aplicar una pena dado su reconocimiento de persona. La ciudadanía sería concedida al autor de un hecho normal, más precisamente a alguien que en términos generales guardaría lealtad al derecho, aunque hubiera dañado la vigencia normativa. Estas garantías son las que conducirían a equilibrar esa lesión de la norma con una pena, y como consecuencia de ello, a mantener las expectativas frustradas.

Contrariamente, si el individuo no brindara certezas de lealtad hacia la norma, nos hallaríamos frente a un sujeto peligroso y la disolución de la vigencia normativa. Entonces, esa actitud prolongada en el tiempo de defraudación de las normas, junto a la escasez de garantías sobre fidelidad normativa, impulsarían a tratarlo cual si fuera un hecho de la naturaleza, mas no como persona. Ante ese escenario no se intentaría comunicar algo, sino combatir eficazmente contra ese riesgo e inocuizarlo. Es que el Derecho se vincularía a las personas, en tanto la coacción se relaciona con el enemigo.

Por eso, en los casos de organizaciones criminales, reincidentes habituales y terroristas, el sentido de la pena no se encontraría –en mayor medida– en la sanción de los hechos cometidos. En estos supuestos primaría el aseguramiento ante sucesos futuros y la eliminación del peligro.

Esta visión se proyectaría en una diferenciación entre un derecho penal de enemigos y otro destinado al imputado/ciudadano, en donde las garantías procesales, las consecuencias penales, los modos de imputación y otras reglas variarían de uno a otro modelo<sup>107</sup>.

JAKOBS estipula la inviabilidad de resolver si este derecho penal del enemigo es un auténtico derecho; y asocia este esquema con una política criminal que se especificaría de la siguiente forma: a) adelantamiento de la punibilidad, b) ausencia de una morigeración de la

107. Vid. YACOBUCCI, Guillermo, *¿Cómo interpretar la... , cit.*

pena proporcional a esa anticipación, y c) debilitamiento de garantías procesales<sup>108</sup>.

De esta manera, podemos apreciar como la peligrosidad se convertiría en el *alma mater* de una política criminal, que desplazaría de escena al principio de culpabilidad por el hecho receptado en nuestra constitución política (art. 18, CN) y haría buenas migas con un derecho penal de autor, que en la neutralización del sujeto riesgoso encontraría su cenit.

Ante este panorama de incertidumbre que enseña una unidad del derecho penal resquebrajada, hallar el norte dependerá de recorrer el camino bajo el faro del respeto irrestricto de los elementos constitutivos del hombre. Sí, pues el derecho penal debe ajustarse a los complejos y sofisticados requerimientos de nuestra hora, pero sin incurrir en la injusticia con el ser. Pues ésta es una inequidad muy pretenciosa y carente de cualquier viso de objetividad, que dispone a los hombres a hacerse de "*las figuras vivas y originarias pintadas ... en la tela de nuestra naturaleza*", para moverlas a su antojo cual si fueran rectángulos, cuadrados o círculos<sup>109</sup>.

Asumiendo el valor de este juicio, el derecho penal de este siglo debe atender a los dictados de la misma naturaleza humana, que define la racionalidad y libertad del hombre. Por lo que la normativización de los conceptos debería necesariamente construirse de cara a la verdad de las cosas<sup>110</sup> y no traspasar los límites ontológicos del ser humano.

De lo contrario, de esconder los ingenieros del sistema punitivo su cabeza debajo de un arenal –cual si fueran avestruces–<sup>111</sup>, vaciarían al hombre del rango conferido en base a su dignidad, junto a sus implícitas exigencias. Y esto no constituye una nimiedad, dado que un presupuesto de la resolución de los problemas morales originados en

108. Cfr. YACOBUCCI, Guillermo, *Los desafíos de...*, cit.

109. Cfr. LEWIS, Clive S., *God in the Dock*, 1ª ed., Santiago, Andrés Bello, 1996, págs. 146-147.

110. La aspiración de descubrir la realidad y conocer las cosas es precisamente una de las características que diferencian al hombre de los animales. Cfr. ARISTÓTELES, *Todos los hombres desean naturalmente saber en Metafísica*, I, 1.

111. Esta es una metáfora particularmente apta utilizada por LEWIS, Clive S., *God in the Dock*, cit.

la vida social es la obligación intrínseca de la búsqueda de la verdad. Un deber que el hombre tiene hacia sí mismo, además de resultar connatural a su dignidad.

En sí, este es un imperativo ético que deberá hacerse carne para legitimar las misiones del derecho penal de este milenio, y evitar caer en nuestra propia trampa. No vaya a ser que el hombre desprevenido tropiece con una celada, y sea condenado como ATLAS a cargar sobre sus hombros con un firmamento de normas ideadas por él, que se vuelvan en su contra. Pues esa constelación puede convertirse en un pesado yugo y aplastar a su auténtico destinatario, si las construcciones normativas no condicen con esa realidad que lo hace humano. Pues el Derecho Penal es por y para la persona, "*principio, sujeto y fin de todas las instituciones sociales*"<sup>112</sup>. Por ende, la política criminal debe reconocer su naturaleza y acercarse a ella.

Sí, tal vez el político criminal deba cual Eneas evocar siempre a su amada TROYA si aspira fundar una gloriosa Roma jurídica en el hoy. Sí, a diferencia de los pretendientes de PENÉLOPE, que en Ítaca habían olvidado a ULISES y fenecieron en manos del amor al hierro del mismo ODISEO, la Política Criminal debe aferrarse a una barca que no se hunda. En una sola palabra, una piedra miliar constituida por el hombre y los derechos que participan de su humanidad.

## 6. BEMOLES DE UNA LEGALIDAD DESVENCIJADA POR UNA OPORTUNIDAD CAÓTICA

Es tiempo de analizar ahora cómo irradia en los sistemas penales la adopción de un principio de oportunidad reglado deficientemente, que tiende a diluir la ley penal, al punto de penetrarla con los caracteres de precariedad, liviandad y revocabilidad, todos calificativos utilizados por BAUMAN<sup>113</sup> al retratar la liquidez de la sociedad actual<sup>114</sup>.

112. CONCILIO VATICANO II, *Gaudium et Spes*, 25.1.

113. Vid. BAUMAN, Zygmunt, *Vida Líquida*, cit., págs. 9-25.

114. ROMERO BERDULLAS, Carlos M., *#Proceso Acusatorio: ¿Hashtag Constitucional?*, en *Forum, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina*, 1ª ed., Buenos Aires, Educa, n° 3, 2015, pág. 94.

En particular, aquí pondremos la atención en una oportunidad conductora de incertidumbre e inestabilidad normativa –por demás antagónica a un querer aplicar la ley penal y solidificarla en un bien perdurable– que se solventaría en la necesidad de:

- racionalizar los recursos/descomprimir el saturado sistema de justicia para alcanzar respuestas más eficaces; y
- sustituir una selectividad implementada informalmente por ignotos operadores judiciales carentes de responsabilidad visible, que dispensarían un tratamiento desigualitario de la ley penal y propiciarían una sectorización social en la criminalización o desincriminación de conductas, destinada a controlar sectores más vulnerables.

Concretamente, esta expresión del “derecho penal líquido” propende sin remilgos a banalizar la noción de justicia, al pasar una patina de labilidad sobre el derecho de la comunidad a la concreción de ese *dar a cada uno lo suyo* y las obligaciones positivas del Estado ante el delito<sup>115</sup>.

### 6.a. Paréntesis propedéutico

Previo a ingresar en el estudio de la materia propuesta, cabe desarrollar un conciso *excursus*, que nos preparará para comprender cabalmente sus alcances e implicancias.

En principio, debe resaltarse el valor de uno de los prismas del principio de legalidad acuñado en el aforismo latino “*nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia*”, que nuestra Constitución Nacional reconoce al prescribir la imposibilidad ser “*penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*” (art. 18 CN).

Especificar mediante una ley cierta y previa qué hechos son penalmente relevantes, cuáles son las consecuencias jurídicas previstas ante su comisión, de consuno con la medidas de las penas es esencial, por cuanto una indeterminación en este sentido propen-

115. *Ibidem*, pág. 95.

dería a una despótica imposición de condenas, caracterizadas por CHESTERTON como medidas inconmensurables, que decantarían en una especie de limitación ilimitada<sup>116</sup>. De modo que en esta formulación del principio de legalidad se encuentra inserida una fuerte limitación al poder punitivo. Más aún, puede observarse que en miras de evitar potenciales arbitrariedades, la legalidad se constituye en estos casos como una garantía individual y un baluarte de la seguridad jurídica.

Empero, reducir el principio de legalidad a una garantía positiva del imputado, inutilizable en su contra y orientada tan solo a librarlo del poder punitivo –tal como lo hacen los defensores de la oportunidad– sería una ineptia. De incurrir en ese reduccionismo, no repararíamos en su significancia para garantizar el derecho constitucional de toda la comunidad política a la seguridad-legalidad y a afianzar la justicia. Esto es importante retenerlo, dado que 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 político.

Tal es así, que una adecuada hermenéutica del art. 18 de la CN debería conducir a una síntesis superadora de estas dos aristas ínsitas en un principio de legalidad, interpretable como garantía del debido proceso e imperativo ineluctable de la persecución penal. Es que entre las garantías individuales del imputado y el principio de dar a quien delinque su pena no existe antinomia alguna, al hallarse implícitamente contenida en esta última premisa la absolución del inocente<sup>117</sup>. Pues el resguardo de las garantías individuales es un presupuesto de ese darle a quien delinque su pena y de la materialización de una justa retribución imperada por el bien común político<sup>118</sup>. Por

116. Vid. CHESTERTON, Gilbert K., *Condena indeterminada para presos y Presos en prisiones y en hospitales*, en *Cien años después*, 1ª ed., Buenos Aires, Vortice, 2008, págs. 144-148 y 154-158.

117. ROMERO BERDULLAS, Carlos M., *#Proceso Acusatorio...*, cit., págs. 57-110.

118. *Ídem*.



ende, los binomios derecho penal-garantías y comunidad-imputado no deben interpretarse como contrapuntos<sup>119</sup>.

### 6.a.I. La falacia abolicionista

En traza de entender mejor el *quid* de la cuestión, primero debemos ejercitar la tauromaquia sobre la falacia de idear al derecho penal sobre la entelequia de una comunidad política y autoridad en constante tensión con las libertades del individuo. Es decir, un derecho penal únicamente concebido como limitante de un poder punitivo del Estado tendente a perpetrar abusos.

Lo cierto es que esta idea se mece sobre concepciones anidadas en las derivaciones de una criminología crítica, cuyo objeto de estudio es la cosmogonía del sistema penal, y su propósito consiste en preparar el terreno para lograr su abolición, a partir de una deslegitimación del *ius puniendi* basada en una estructura socioeconómica inicua con proyecciones en un andamiaje punitivo, articulado selectivamente como medio de conservación de poder de la clase dominante sobre grupos subalternos criminalizados<sup>120</sup>.

Bajo este sesgo ideológico, diversos exponentes del movimiento aludido (entre ellos BARATTA en Italia) identifican a la pena con violencia institucional y sugieren un programa de derecho penal mínimo, que introduce principios de oportunidad extra-sistemáticos<sup>121</sup> destinados a descriminalizar determinadas conductas<sup>122</sup> e implementar una política alternativa a la penal<sup>123</sup>.

119. *Ídem*.

120. Cfr. GAMBOA, Agustín - ROMERO BERDULLAS, Carlos M., *Planteos actuales de la política criminal*, págs. 66-72.

121. Cfr. BARATTA, Alessandro, *Diritto Penale Mínimo*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983 y *Criminología y sistema penal*, Buenos Aires-Montevideo, Editorial BdeF, 2004.

122. Léase principios de no intervención útil, privatización/politización de los conflictos, y preservación de las garantías formales.

123. *Vid.* el principio de sustracción metodológica de los conceptos de criminalidad y de pena, el principio de especificación de los conflictos y de los problemas, el

En la República Argentina, crisol de los sofismas de MARX, FOUCAULT, CHRISTIE, MATHIESEN y HULSMAN es la doctrina agnóstica de la pena pregonada por ZAFFARONI<sup>124</sup>, quien la emparenta a *potentia puniendi*, al inteligirla como antirrepublicana dada su irracionalidad.

Con asidero en el magisterio de HERNÁNDEZ, puede sostenerse que el conmlitón de la criminología crítica visualiza la legitimidad del derecho penal en la reducción máxima del poder punitivo<sup>125</sup>. De esta manera, a la oposición dialéctica entre penas y derechos humanos ensayada por Zaffaroni se añadiría el antagonismo del binomio estado de policía/estado de derecho<sup>126</sup>. Así pues, el poder judicial (estado de derecho) se hallaría llamado a contradecir el poder de policía, a través de la magistratura y el derecho penal, cuya función prevalente estribaría sin más en contener el poder punitivo<sup>127</sup>.

Se puede colegir, tal vez la expresión mayúscula de un “derecho penal líquido”, dado que su redefinición como saber reductor, junto a la deslegitimación del sistema punitivo promueven un derecho penal mínimo, que oficiaría de puente hacia un abolicionismo contrario al bien común político<sup>128</sup>.

### 6.a.II. Una respuesta superadora

Primero, debemos internalizar que *per se* la vida política es un bien, cuyo valor no se encuentra anudado a remediar ciertos males, defectos o carencias. Aunque la vida política se encuentra revestida intrínsecamente de cierta dosis de utilidad, el bien común político

---

principio general de prevención, el principio de articulación autónoma de los conflictos y de las necesidades reales.

124. ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal (Parte General)*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2005, págs. 44-45.

125. HERNÁNDEZ, Héctor H., *El garantismo abolicionista*, 1ª ed., Buenos Aires, Marcial Pons Argentina, 2013, págs. 42-54; 65-71 y 155.

126. Ídem.

127. Ídem.

128. Ídem.

convocante se define por exigencias positivas e imprescriptibles de la naturaleza humana<sup>129</sup>.

Si bien las urgencias vitales (*vgr.* colaboración e intercambio para alimentarse o unión en orden a resistir ataques de otros pueblos) impelen naturalmente al hombre a la politicidad, la vida política potencia otros bienes espirituales/materiales posibilitadores de un bien más pleno. De ahí que la amistad social, integradora de obras sapienciales, artísticas e inspiradas por la solidaridad o la épica perfeccionan la vida política hacia la concreción de ese bien común político.

Sentado esto, debemos fijar que la consecución de un fin común exige una unidad de acción, únicamente alcanzable por intermedio de una autoridad llamada a determinar las exigencias del bien común político y los medios ajustados a su conquista<sup>130</sup>. Este medio que ordena las conductas es una potestad de derecho natural, porque sin ésta no puede preservarse la sociedad política, a la cual se encuentra inclinado el hombre por esa politicidad inscripta en su íntima naturaleza.

De hecho, las justas exigencias del bien común político definen la significancia de la potestad pública de preceptuar y castigar, por cuanto: a) el cuerpo social necesita de una cabeza o autoridad suprema que dirija a sus integrantes; b) todos los componentes de una comunidad política no pueden dirigir coetáneamente; c) en ocasiones, los intereses individuales de las partes del organismo social se contraponen al propósito común; y d) por otra parte, en circunstancias, algunas acciones esenciales para el bien común no incumben a los particulares.

Se evidencia entonces, que el fundamento natural de la comunidad y potestad política es un bien común posibilitador de la conservación/perfeccionamiento de los seres humanos. Por tanto, sin esa

129. *Vid.* CASTAÑO, Sergio R., *Lecturas Críticas sobre el Poder Político*, 1ª ed., México, UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, págs. 20-21. Castaño explica que de reducirse el valor de la política a criterios utilitarios, por un lado la justicia, la piedad, el patriotismo y la solidaridad serían técnicas, más no virtudes. En tanto que las comunidades políticas podrían subsistir sin la amistad y justicia del bien común (cfr. págs. 20-21).

130. *Ibidem*, págs. 82, 93 y 114.

potestad necesaria e inderogable, la comunidad política no podría abrazar el bien común político, pues se hallaría fuera del ejercicio de una dirección racional encaminada al logro de esa finalidad.

Ahora bien, no obstante la prevalencia de esa función directiva de la potestad política en términos definitorios, debe además precisarse que ésta a su vez se encuentra investida de una facultad punitiva y el derecho a ejercer la coacción, en aras del mismo bien común político convocante.

Cuando una persona fragmenta la cohesión comunitaria y lesiona las leyes creadas en función del bien común, adquiere una deuda ante la comunidad política, que debe asumir con responsabilidad<sup>131</sup>. Ejemplifica lo afirmado, que quien comete un homicidio u otra tipología de delitos contrae una deuda con el todo social por cancelar mediante la respuesta punitiva, en pos de concretar la justicia<sup>132</sup>. En sentido estricto, podemos expresar que tanto cumplir con una obligación patrimonial, como retribuir el delito son acciones informadas por la justicia y la bondad<sup>133</sup>. Por ende, el Estado, en cuanto administrador del *bonum commune* por excelencia, debe restaurar la justicia e igualdad alterada por el delito, a través de un ejercicio del poder comprensivo de la fuerza punitiva y coercitiva, con la finalidad de asegurar esa simetría de libertades ultrajada.

Desde luego, ese buen lazarillo que es el principio de *dar a cada uno lo suyo* para ordenar a los hombres en su relación con los otros<sup>134</sup> es el sustrato de todo orden comunitario. Esto significa, que específicamente es la justicia la encargada de restituir el orden entre las cosas y reconocer los derechos de cada hombre, a fin de que todas las posibilidades de una convivencia humana puedan desarrollarse en forma plena. Este *debitum* se asienta en un *suum* preexistente y perteneciente a un sujeto de derecho, que otra persona le ha extraído, retenido o lesionado injustamente.

131. HERVADA, Javier, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, pág. 53.

132. *Ibidem*, págs. 53 y 63-64.

133. Cfr. HERNÁNDEZ, Héctor H., *El garantismo abolicionista*, cit., págs. 167-168.

134. Se sigue de cerca a PIEPER, Josef, *Tratado sobre las virtudes*, 1ª ed., Buenos Aires, Librería Córdoba, 2008, t. I (*Virtudes Cardinales*), capítulo concerniente a la justicia.

El Estado (integrado por personas) propende a la perfección de los seres humanos; y en consecuencia, al constituir su fin natural el bien de éstos comparte la misma bondad. La autoridad, en cuanto atributo del Estado se encuentra revestida también de ese bien, al igual que el orden normativo y el *ius puniendi* estatal. Es que por su constitutiva referencia al bien común político, el Estado comprende el derecho y deber de ordenar esa comunidad compuesta por diferentes sujetos a ese fin plenario<sup>135</sup>. Tal es así, que debe proponer y hacer imperar los medios adecuados para alcanzar esa plenitud<sup>136</sup>.

En este contexto, caracterizar constantemente a todos los derechos humanos como opuestos o limitantes de la potestad estatal no es más que una interpretación supina, ya que el *ius puniendi* es derecho natural y humano del Estado<sup>137</sup>. Por lo demás, la arbitrariedad de este contrasentido infundido de estulticia se evidencia aún más, si ponderamos que ese interés de la comunidad política en la realización del derecho penal se conjuga con el legítimo derecho de toda la ciudadanía a la concreción de la justicia penal, por intermedio de las autoridades pertinentes, dado su concomitante *status* de integrantes del Estado y destinatarios de ese bien común político<sup>138</sup>.

La aplicación de la pena es un bien ético-jurídico, con asidero en una necesidad moral o deóntica, que en defensa del bien común político requiere una respuesta y reacción del Estado ante la iniciativa del delito<sup>139</sup>. De esto se infiere, que el principio natural de justicia de “*dar a cada uno lo suyo*” es determinado por el bien común político, y se especifica con el principio especial del derecho penal de “*dar a quien delinque su pena*” –amén de la existencia de casos en donde el *bonum commune* puede exigir otra forma de resolución–<sup>140</sup>.

135. Cfr. GAMBOA, Agustín - ROMERO BERDULLAS, Carlos M., *Planteos actuales de la política criminal*, págs. 37-39.

136. Ídem.

137. Vid. HERNÁNDEZ, Héctor H., *El garantismo abolicionista*, cit., pág. 557.

138. La comunidad tiene también derecho a que el Estado, en cuanto titular del *ius puniendi*, lo ejercite en miras del bien común político.

139. Vid. GAMBOA, Agustín - ROMERO BERDULLAS, Carlos M., *Planteos actuales...*, cit., págs. 37-39.

140. Ídem.

Por consiguiente, es una exigencia ético-jurídica de justicia, que una vez consumado el delito se aplique una pena. Se trata de un débito que lleva ínsito ese darle lo suyo a las víctimas de los delitos, los damnificados potenciales y toda la comunidad política<sup>141</sup>. Pues la ciudadanía debe gozar del derecho subjetivo y la garantía de que la justicia penal se realizará una vez cometido el delito, en pos de esa concordia social<sup>142</sup>.

Simplificando, los ciudadanos deben gozar de una seguridad gnoseológica, de que dado el delito esa impunidad amarrada a la anomia no prevalecerá y el valor justicia se actualizará mediante el ejercicio del *ius puniendi*. Esta idea guía es esencial, ya que se hermana con la obligación del Estado a contener, refrenar y sancionar el delito con la mayor eficacia factible, a fin de sustentar la coexistencia del todo social, y restablecer bajo criterios de justicia la armónica convivencia afectada por el delito. Este es un aspecto neurálgico, pues al asumir la función jurisdiccional la sociedad política o el Estado, se evita la incorrectamente denominada justicia por mano propia.

Asimismo, la primacía del contenido retributivo en el discurso legitimador de la pena, que en lo justo debido halla su fundamento/razonabilidad, no sólo permite distanciarse de una quimera abolicionista conductora de una vida anárquica y un orden civil inviable, sino también es una salvaguarda contra potenciales abusos ligados a la hipertrofia de visiones de neto corte utilitarista sobre la sanción penal, como a modo de ejemplo lo son las profesadas por un derecho penal de autor afincado en nociones de peligrosidad.

Basta añadir, que el art. 18 de la CN presupone el principio del derecho penal de dar a quien delinque su pena, que integra el derecho natural y constituye una manifestación más del principio de *dar a cada uno lo suyo*<sup>143</sup>. Tal es la evidencia de esta prescripción iusnatural, que el derecho de la Nación lo da por sobrentendido<sup>144</sup>.

141. Ídem.

142. Ídem.

143. Cfr. ARISTÓTELES, *Ética*, Argentina-España, Editorial LIBSA. Edición especial para Editorial el Ateneo, 2001, 1ª edición, págs. 41-61.

144. Vid. HERNÁNDEZ, Héctor H., *El garantismo abolicionista*, cit., págs. 167-168.

### 6.b. *Recepción normativa de la oportunidad*

Hecha esta breve digresión sobre el dintorno de una ideología abolicionista, que en parte nutre algunos discursos pro oportunidad, nos hallamos en condiciones de tratar los tornasoles de una legalidad receptada *a priori* como regla en el Código Procesal Penal de la Nación –aprobado por Ley 27.063–, pero a la vez contemplativa de la potestad fiscal de desistir de la persecución penal, ya sea no promoviendo la acción, o una vez impulsada, renunciando a su ejercicio.

Por lo pronto, la ley 27.063 enseña su aquiescencia con moldes procesales que instituyen a la oportunidad en forma temperada y con carácter excepcional frente al principio de legalidad. En este esquema, según el art. 30 del CPPN<sup>145</sup> el fiscal puede disponer de la acción penal pública en los siguientes supuestos:

- a) criterios de oportunidad,
- b) conversión de la acción,
- c) conciliación en los “...casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte” (art. 34, CPPN)<sup>146</sup>, y
- c) suspensión del proceso a prueba.

145. De aquí en adelante, toda alusión al CPPN comprenderá al probado por ley 27.063.

146. Si bien existe un deber y derecho subjetivo de “dar a quien delinque su pena”, en determinadas circunstancias imperadas por el bien común político debe ceder este principio por la paz social, y exigir la aplicación de respuestas diferentes. Pues la concordia, naturalmente también configuradora del bien común político puede obligar incluso al Estado a ejercer el derecho natural de la comunidad política a aprontar una solución más cercana a una justicia reconciliadora.

Aquí no se tratará en profundidad esta cuestión, pero sí puede adelantarse, que el art. 34, inc. c) del CPPN es pasible de algunas críticas. Por un lado, vale señalar que hubiera convenido añadir a la violencia sobre las personas a la amenaza e intimidación, dado que la redacción actual habilitaría a que por ej., en el caso de no haberse lesionado a la víctima en el delito de robo a mano armada se pueda acceder a la conciliación, cuando ante estos supuestos se evidencia la exigencia de concretar la justicia penal, en pos del bien común político. Análoga consideración vale respecto al delito de estafa, caso en el cual la norma posibilita al fiscal a no impulsar la acción penal.

Sin embargo, no resulta viable prescindir del ejercicio de la acción penal –total o parcialmente– si el delito es cometido por un funcionario público en razón de sus funciones o cargo; cuando es realizado en un contexto de violencia doméstica o motivado en razones discriminatorias; o en aquellos casos de incompatibilidad con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal, fundadas en criterios de política criminal (art. 30, CPPN).

En sentido estricto, los fiscales se hallarían facultados a prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública, o limitarla a alguno de los intervinientes en el hecho delictivo hasta la finalización de la audiencia de formalización de la investigación penal preparatoria (art. 225, CPPN), si:

- a) *“... se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público”* (art. 31, CPPN),
- b) *“... la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional”* (*ídem*);
- c) se configura un caso de pena natural<sup>147</sup>; y
- d) *“... la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero”* (*ídem*).

Esta clase de decisiones permiten declarar extinguida la acción penal con relación a la persona en cuyo favor se decide, salvo que la víctima requiera su revisión ante el fiscal superior; y éste hiciera lugar

---

Amén de estos defectos normativos, estimo que el bien común político y la misión de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad e intereses generales de la sociedad encomendada al Ministerio Público Fiscal (arts. 120 CN y 1 Ley 27.148) obligarían a sus representantes ejercer la acción pública en esta tipología de supuestos.

147. No se tratará aquí, pues ya se sentó opinión en ROMERO BERDULLAS, Carlos M., *Pena Natural*, en *El Derecho Penal*, *El Derecho*, revista de doctrina y jurisprudencia n° 5, mayo de 2008.



a su pretensión (en cuyo caso se dispondrá la continuación de la investigación); o que una vez confirmado el criterio de oportunidad en segunda instancia se opte por convertir la acción pública en privada y constituir querrela (cfr. arts. 32, 33, 79, inc. j.; 218 y 219, CPPN).

Se avizora así, un mecanismo de control interno ajustado a lo sentado por la CS en “QUIROGA”<sup>148</sup>, pues tiende a robustecer la autonomía funcional del Ministerio Público Fiscal y a preservar la imparcialidad del juzgador. Empero, coetáneamente esta clase de procedimientos de contralor endogámicos plantean interrogantes en torno a un desdibujado principio republicano de no autocontrol; y por otra parte, al articularse a requerimiento de parte imponen la necesidad de prever metodologías de revisión automáticas ante bienes jurídicos difusos, dada la probabilidad de que pueda configurarse una pasividad o dispersión del todo social en orden solicitar el control de estas decisiones.

### 6.c. *Una reforma esquizofrénica*

Un escollo que debía sortearse en pos de dotar de operatividad el remozado Código Procesal Penal de la Nación era la reforma del Código Penal de la Nación, puntualmente en todo lo correspondiente a presupuestos de inicio de la acción penal, causales de extinción y conversión.

Tal como oportunamente se explicó en *#Proceso Acusatorio: ¿Hashtag Constitucional?*, la regulación de la acción penal (derecho-deber del Estado) concierne al legislador nacional y tiende a la satisfacción del interés social en la sanción del culpable<sup>149</sup>. En efecto, es en la ley sustantiva en donde se condiciona la pretensión punitiva (a través de sus clases), sus impedimentos (léase cuestiones previas) y causas extintivas<sup>150</sup>. Pues la acción penal se encuentra limitada sustancialmente

148. QUIROGA, Edgardo, CSJN, *Fallos*, 327:5863.

149. *Id.* NUÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed., Córdoba, Lerner Editora S.R.L., 2009, págs. 207-208.

150. *Cfr.* SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 2ª ed., Tipografía Editora Argentina, 1953, págs. 497-498.

por las figuras delictivas, cuya tipificación corresponde al Congreso, órgano con autoridad para determinar la duración, extensión y alcance de las respuestas penales. Por ende, al no integrar estas cuestiones el procedimiento y sí el derecho material puede sostenerse que son procesales en apariencia, más no en la realidad<sup>151</sup>.

De este primado de la naturaleza sustancial de la acción penal se deduce, que si las provincias legislaran sobre esta materia extralimitarían su incumbencia, al resultar el derecho penal sustantivo una potestad delegada (CN, art. 75, inc. 12). De hecho, de reservarse las provincias la posibilidad de derogar los delitos tipificados en el código penal para su aplicación territorial en toda la Argentina, se daría un supino contrasentido no sólo respecto a la potestad material delegada por éstas al Congreso Nacional, sino también en cuanto se abriría paso a una aplicación de un principio de oportunidad carente de ecuanimidad a lo largo de todo territorio nacional<sup>152</sup>.

La reforma del código penal, instrumentada mediante la sanción de la ley 27.147 (10/06/2015), confirma la adhesión del legislador a la tesis sustancialista de la acción penal defendida por la doctrina tradicional. Sin embargo, el camino desandado al legiferar horada cualquier viso de razonabilidad cuando lindando con la esquizofrenia se:

- a) incorpora entre las causas de extinción a la aplicación de un criterio de oportunidad, y la conciliación o reparación integral del perjuicio, *“de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes...”* (art. 59, incs. 5 y 6, C.P.);
- b) dispone que sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las dependientes de instancias privadas y las acciones privadas (art. 71, C.P.); y
- c) cataloga como acciones privadas *“a las que de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes, surgen de la*

151. Ídem.

152. ROMERO BERDULLAS, Carlos M., *#Proceso Acusatorio...*, cit., págs. 57-110.

*conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima” (art. 73, CP)<sup>153</sup>.*

Con facilidad puede comprobarse que las fórmulas escogidas por el legislador nacional al insertar el principio de oportunidad, la conversión de la acción pública en privada y las condiciones previas de inicio oficioso de la actuación penal constituyen definiciones abiertas a leyes procesales de las provincias. La paradoja es evidente, pues estos enunciados explicitan una delegación del Congreso Nacional en las provincias, de una potestad antes delegada por éstas a la Nación en la CN.

La radiografía de esta sin razón nos compele a preguntarnos ¿cuál es la razonabilidad de delegar la determinación político criminal en la Nación, con el objeto de que legisle sustantivamente y en base a los intereses públicos comprometidos, si acto seguido se amputa la realización de esa eficaz inteligencia legislativa del Congreso Nacional mediante fórmulas dolientes de vaguedad e imprecisión<sup>154</sup>?

El interrogante cristalizado permite sin más entrever que el legislador nacional se desentendió de una facultad indelegable, consistente específicamente en definir la pretensión punitiva, precisar el alcance del *ius puniendi* y delimitar las causas extintivas de la acción.

Esto interpela al lector a interrogarse si es constitucional esta ley, por cuanto tanto la hermenéutica constitucional, como la tesis sustancialista han rubricado la significancia de que sea el legislador nacional quien determine los bienes jurídicos e intereses merecedores de protección, mediante la amenaza penal y la medida de su manifestación, en orden a garantizar una tutela judicial efectiva. Es que si bien la ley 27.147 por un lado adopta la postura sustancialista, al mismo tiempo incurre en un contrasentido y desnaturaliza la expresión constitucional, pues la CN entroniza en el Congreso Nacional la misión de definir una actuación político criminal coherente en todo el territorio argentino, en aras de alcanzar bien común político de toda la comunidad.

Aunque lo resaltado pareciera no ofrecer mayores inconvenientes en el orden nacional (al ser el mismo legislador a quien

153. Los subrayados me pertenecen.

154. Ídem.

renvían las normas examinadas), distinta es la incidencia de esta inexactitud al reconducirse a normas procesales de las provincias. Esto debería haberse evitado con una reforma al código penal, donde concretamente se precisara con carácter de *numerus clausus*, suma acribia y positivamente un número cerrado/limitado de condiciones para aplicar una oportunidad fundada en el bien común político y constituida como excepción a una legalidad peraltada en regla.

#### 6.d. Aspectos críticos

No nos detendremos a estudiar en extenso los argumentos pro oportunidad o legalidad, pues esa tarea ya fue desarrollada en *#Proceso Acusatorio: ¿Hashtag Constitucional?*, trabajo al cual me remito. Aquí se hará un esbozo sobre algunos aspectos críticos de orden genérico por resolver, que convergerían de aplicarse un principio de oportunidad incorrectamente reglado; y otros concernientes a supuestos particulares.

##### 6.d.I. De orden genérico

- En el principio de legalidad subyace una palmaria legitimidad democrática y republicana propia de cualquier sistema representativo, pues en la actuación político-criminal del legislador se implica la indelegabilidad de la facultad legislativa de definir la ley penal en un sistema signado por la división de poderes y no autocontrol, premisas pergeñadas como instrumentos racionalizadores del *ius puniendi*.
- Es el Congreso Nacional el facultado constitucionalmente para delimitar los intereses por amparar mediante la amenaza penal y la medida de esta manifestación, pues compete al legislador nacional ejercer esta potestad/deber, de modo que si otro órgano (*vgr.* fiscal) evaluara la conveniencia, oportunidad o alcance de la protección en cuestión se extralimitaría.

- Al no sujetarse el fiscal a la ley y escoger a su arbitrio qué infracciones merecen persecución, la discrecionalidad se troca en una arbitrariedad exenta de control<sup>155</sup>.
- Si ante la comisión de un delito comprendido en una misma norma, la persecución penal depende de si se cometió dentro de una provincia u otra, evidentemente se disipa cualquier viso de igualdad ante la ley (art. 16 CN). No puede obviarse que es la ley creada por el legislador nacional la indicada para especificar las circunstancias concretas de aplicabilidad de una pena. Por ende, en clave con una política criminal de índole Nacional, deberían imperar los modos de resolución previstos en el código penal.
- Ínsita a la crítica dirigida por lo promotores de la oportunidad a una selectividad solapada de la ley penal, subyace el imperativo de practicar la justicia con ecuanimidad en todos los casos.
- La defensa de una oportunidad fundada en la insoluble ineficiencia e ineficacia de un colapsado sistema de administración de justicia es portadora de un meta-mensaje espinoso, que en el marco de la lógica contractualista pone en crisis el discurso legitimador del poder coactivo-coercitivo de un Estado, paradójicamente cincelado por el garanto-abolicionismo como un titán cuasi-omnipotente y omnipresente, por demás avasallador de garantías individuales<sup>156</sup>. Las preguntas son simples, ¿cómo se escuda en su ineficiencia esta figura ultrapoderosa y por qué se le confirió esa potestad si no tiene aptitud para ejercerla adecuadamente?
- Al excusarse en su ineficiencia al Estado para perseguir delitos por intermedio de una arbitraria selectividad se visibiliza un incumplimiento del derecho-deber de aplicar todos los medios adecuados para materializar la justicia penal, además de diluirse la responsabilidad estatal en aras de la eficiencia, y

155. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 1995, págs. 567-570.

156. Cfr. GAMBOA, Agustín - ROMERO BERDULLAS, Carlos M., *Proceso Constitucional Acusatorio*, V parte, 2.2.3.

diluirse el derecho de la comunidad a la concreción de ese dar a cada uno lo suyo. Se evidencia entonces, que las respuestas a la ineficacia deberían centrarse en rediseños organizativos idóneos para elevar la calidad del servicio prestado a la comunidad, más no en discursos contraventores de la autoridad, normatividad y el *ius puniendi*, todos elementos constitutivos del bien común político.

- Si las justificaciones del principio de oportunidad se anclan en un utilitarismo desprovisto del valor intrínseco a la dignidad del medio aprontado y únicamente guiado por las pautas de producción/consumo del mercado, se incurre en una liquidez de la ley penal, que vuelve trivial el concepto de justicia, al redefinirlo cual si fuera una mera mercancía<sup>157</sup>. En suma, el valor de afianzar la justicia, la justa retribución e instrumentación de acciones honestas son un presupuesto de esa eficacia que se procura conquistar; y presupone la consecución de un fin ético de factible concreción, si existe una relación de identidad entre el *bonum utile* y el *bonum honestum*.

#### 6.d.II. Alcance difuso de la insignificancia

El art. 31., inc. a, del CPPN dota al fiscal de la posibilidad de prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal cuando se trata de un hecho que por su insignificancia no afecta gravemente el interés público. *A priori*, la norma contemplaría el principio de insignificancia o bagatela, derivado de un principio de proporcionalidad, imperado por un bien común político que exige la retracción penal cuando esta reacción es ostensiblemente desproporcionada, irracional e injusta respecto a la gravedad de la lesión, culpabilidad y/o amenaza al bien jurídico.

Sin embargo, también podría interpretarse que nos hallamos ante el principio de insignificancia procesal. En este caso, ya no sería la significación o entidad del delito el eje de la decisión, sino más

157. ROMERO BERDULLAS, Carlos M., *#Proceso Acusatorio...*, cit., págs. 57-110.

bien un interés ligado a variables ligadas a la necesidad de reorientar recursos para lograr una persecución más eficaz de delitos de mayor gravedad. Por tanto, de primar esta exégesis, nos topamos con los aspectos críticos de orden genérico ya descriptos.

Por otra parte, de prevalecer el principio de insignificancia procesal se abre camino a lo veleidoso. Claramente tropezamos con una imprecisión análoga a la enseñada por el art. 42.3.a) del Anteproyecto de Código Penal redactado por la comisión designada por decreto 672/12, en donde se habilita al fiscal a no promover o desistir de la acción cuando se tratare de "*hechos de menor significación*"<sup>158</sup>. Se dispara así un interrogante. ¿Qué baremo delimita cuando un hecho por su insignificancia no afecta "*gravemente el interés público*", si no es el arbitrio del fiscal?<sup>159</sup>

#### 6.d.III. Intervención de menor relevancia

El art. 31., inc. b del CPPN prevé la viabilidad de que el fiscal limite el ejercicio de la acción penal pública cuando la intervención del imputado sea estimada de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional.

La controversia gira de nuevo elípticamente en derredor a qué es una intervención de menor relevancia, pues la palmaria abstracción e imprecisión podrían conducir a decisiones arbitrarias. No obstante, *prima facie* el estándar definitorio de una intervención de menor relevancia pareciera elevarse un poco más a una insignificante, es decir el legislador refiere a una participación de menor importancia o significación.

#### 6.d.IV. Pena ¿carente de importancia?

El art. 31., inc. d del CPPN estipula la facultad del fiscal de prescindir del ejercicio de la acción penal "*si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya im-*

158. Ídem.

159. Ídem.

*puesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero”.*

Esta hipótesis ya prevista en art. 42 del Anteproyecto de Código Penal de la comisión designada por decreto 672/12 procuraría sortear un innecesario dispendio jurisdiccional y la afectación de recursos humanos, que podrían originarse ante investigaciones conductoras de penas carentes de importancia, con relación a sanciones ya impuestas o en expectativa, por hechos investigados en el mismo u otro proceso.

Empero, cualquier lector crítico puede advertir que por ejemplo no debería aplicarse este principio de oportunidad, cuando las exigencias del bien común político, el valor justicia y/o el derecho de la comunidad política o las víctimas a saber la verdad, acceder a alguna reparación, y/o lograr una justa sentencia por los hechos padecidos –mediante un proceso dotado de publicidad– requieran el imprescindible ejercicio de la acción penal.

### ***6.e. Ventana hacia una velada liquidez de la ley penal***

Uno de los peligros de una delimitación vaga y abstracta de las condiciones de aplicabilidad del principio de oportunidad es que se abre un resquicio para que los fiscales decidan arbitraria y veladamente, si se impulsa o no la acción penal. Esto podría degenerar en un activismo judicial ilimitado de los custodios de la legalidad (léase los fiscales), pues al librarse la guarda de la ley penal a interpretaciones arbitrarias de los fiscales, paradójicamente podría sentenciarse a la liquidez y sin razonabilidad alguna al primer principio de una justicia penal emparentada con el bien común político.

En efecto, al vaciarse de certidumbre ese ligamen perdurable entre la infracción de la ley penal y su consecuente sanción, el derecho penal ingresaría en una fase líquida, en donde la solidez de los bienes jurídicos y la reafirmación de su validez, indefectiblemente se disolverían<sup>160</sup>.

160. ROMERO BERDULLAS, Carlos M., *#Proceso Acusatorio...*, cit., págs. 57-110.



De modo que, si se pretende alcanzar un sano equilibrio entre una legalidad concebida como regla, y una oportunidad constituida en excepción, debería profundizarse el debate para lograr que:

- el código penal de la Nación contemple de manera positiva y cerrada las excepcionales circunstancias fundadas en el bien común político, que legitiman el ejercicio de la oportunidad; y
- se instrumenten resortes aptos ante estas decisiones de nimia visibilidad, dado que el encumbramiento de una oportunidad oscurantista, inexorablemente puede carcomer los contrapesos republicanos contenidos en la expresión de nuestra constitución política<sup>161</sup>.

## 7. REFLEXIÓN FINAL

Se ha intentado hacer un repaso de la etiología de un “derecho penal líquido” y sus múltiples proyecciones. Con ese propósito, se han urdido los distintos retazos de un fenómeno complejo, que cómo se ha podido comprobar en el decurso de la tarea encarada, solivianta principios, derechos y garantías acuñados en nuestra Constitución Nacional, muchos de los cuales también se hallan incluso inscriptos en la naturaleza humana.

No se ha pretendido llevar a término un estudio acabado de la cuestión. Pues de hacerlo, uno se habría hallado impelido a jalonar la extensión de este artículo por fuera de sus confines, so riesgo de convertirlo en una obra más emparentada a un tratado. Sencillamente, se ha procurado interpelar a quienes Platón solía ungir con el nominativo de “amigos del mirar”, con el propósito de apelar a su buena voluntad, e invitarlos a sumarse a la faena de contemplar la fisonomía de un derecho penal asediado por una liquidez conspiratoria contra el bien común político; y medrar hacia un retorno a un iusnaturalismo superador de esta sintomática disolución de derechos esenciales.

Los meditabundos lectores, han podido comprobar que el “derecho penal líquido” no inicia su recorrido en una mirada librada de

161. Ídem.

prejuicios e intereses utilitarios, es decir orientada a la solitaria conquista de la verdad. Esto conduce a un conocimiento coartado de libertad, que ineludiblemente se vuelve estéril, pues sin el propósito del saber teórico (verdad) no se puede ordenar la acción a la realidad en forma fecunda.

Claro está, que al partir de ideologías sesgadas, ponerse al servicio de sus objetivos y realizar concesiones utilitarias para no sólo ser señores de la naturaleza, sino también deconstruirla arbitrariamente, los cultores del derrame de la ley penal insemnan variadas manifestaciones de la sofística.

Los amigos del buen mirar, al encarar la lectura propuesta sin premura, probablemente han logrado entrever a un derecho penal evanescente. Un ¿derecho? decretado por la dictadura de un relativismo ataviado por los ornamentos de un totalitarismo pseudo-científico, que en palabras talismanes como democracia, libertad y salud reproductiva encuentra el opio necesario para manipular a las sociedades con los fundamentos de lo irreal.

Los contemplativos lectores, seguramente a la par alcanzaron a percibir la adiaforización de los actos promovidos por los preconizadores de la evaporación del derecho penal, que en la utilidad, el deseo y la conveniencia buscan el norte de todo lo valedero. En pocas palabras, los amigos del mirar detectaron sin dificultad, que cuando lo útil, lo deseado y lo sistemático a nuestros caprichos son las coordenadas de nuestro actuar, se degenera en confusiones en torno a qué es lo verdadero, lo justo y lo auténticamente conveniente. Tal es así, que los postulados de un “derecho penal líquido” son la definición de la mismísima mentira, por cuanto hacen de las aspiraciones individuales, la utilidad y la conveniencia el canon de toda verdad.

Al mismo tiempo, los amigos del derecho constitucional con certeza advirtieron que el “derecho penal líquido” mella el principio de legalidad (en sus dos formulaciones), la soberanía de las naciones y los valores republicanos (léase los contenidos en la división de poderes e inclusive en la premisa de no autocontrol), a través de un activismo judicial inspirado por los designios de entes internacionales.

Definitivamente, los espectadores de esta trama se encuentran en condiciones de concluir, que de hecho, el “derecho penal líquido” es inconstitucional. Más aún, propiamente no es derecho penal, más

bien es la negación del derecho penal, que como ya se explicó, es un derecho natural irradiado por el bien común político, derivado del principio iusnatural de justicia y consagrado en nuestra constitución política.

Estimados amigos del derecho penal, en rigor de verdad, el “derecho penal líquido” es una expresión más de la arbitrariedad, pues obedece a un voluntarismo vacuo de medida racional, y disociado de una razón justificante. De ahí que decididamente, sea contrario al derecho y lo justo. Esto se evidencia diáfamanamente, ya que el “derecho penal líquido” no sólo hace enmudecer al derecho penal y la expresión constitucional, sino también aniquila la conciencia de quienes llevan a término el silente genocidio del aborto.

Con ahíto podemos ver entonces, amigos de la vida, como en la actualidad el derecho penal y los niños por nacer son una especie de desiderata que pende de un activismo judicial, cuyo ADN debe rastrearse en el fallo “Roe vs. Wade”<sup>162</sup>. Sí, ambos comparten el dilema existencial de ser o no ser. Pues la definición que MALLARMÉ efectuara otrora sobre el Hamlet de SHAKESPEARE les es atribuible, por cuanto en estos días, los oráculos de los foros internacionales procuran con denuedo que el derecho penal y el derecho original, fundamental e inalienable a la vida se asemejen al “Señor latente que no puede llegar a ser”<sup>163</sup>.

162. Vid. TOZZI, Piero A. - MARCILESE, Sebastián - MUGA GONZÁLES, Rosana, *El activismo judicial en Latinoamérica. Análisis de la reciente jurisprudencia argentina proaborto*, Buenos Aires, El Derecho, ED 251-726, 2013.

163. MALLARMÉ, *Divagations*, 165-166, según cita de ORTEGA Y GASSET, José, *El Espectador*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1950, pág. 50.

**BIBLIOGRAFÍA**

- Aristóteles, *Ética*, Argentina - España: Editorial LIBSA. Edición especial para Editorial el Ateneo, 2001, 1ª edición.
- Arnossi, Carlos G., "Consensualismo y derechos humanos en el magisterio de Benedicto XVI: un aporte para la interpretación realista de los derechos humanos", *Forum*, Anuario del Centro de Derecho Constitucional, 2013, N° 1.
- Baratta, Alessandro, *Criminología y sistema penal*, Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 2004.
- Baratta, Alessandro, *Dirito Penale Mínimo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1983.
- Basso, Domingo M., O. P., *Los fundamentos de la moral*, Buenos Aires, Educa, 1997, 2ª edición.
- Bauman, Zygmunt - Leonidas Donskis, *Ceguera Moral –La pérdida de sensibilidad en la modernidad líquida–*, Buenos Aires, Paidós, 2015, 1ª edición.
- Bauman, Zygmunt, *Vida Líquida*, Buenos Aires: Paidós, 2013, 1ª edición.
- Bauman, Zygmunt - David Lyon, *Vigilancia líquida*, Buenos Aires, Paidós, 2013, 1ª edición.
- Blanco, Guillermo P., *Curso de Antropología Filosófica*, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2004, 1ª edición.
- Castaño, Sergio Raúl, *Lecturas Críticas sobre el Poder Político*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, 1ª edición.
- Chesterton, Gilbert K, *Cien años después*, Argentina, Vortice, 2008, 1º edición.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 1995.
- Fuentes, Miguel Ángel, *Las Verdades Robadas*. Mendoza, Argentina: IVE, 2008, 3ª edición.
- Gallo, Orlando J., "¿Activismo o metamorfosis de la función judicial?", en Palazzo, Eugenio Luis (Dir.), *Estudios de derecho constitucional con motivo del Bicentenario*, Buenos Aires, El Derecho, 2012.
- Gamboa, Agustín - Romero Berdullas, Carlos M., *Planteos actuales de la política criminal*, Buenos Aires, AD HOC, 2015, 1ª edición.
- Gamboa, Agustín - Romero Berdullas, Carlos M., *Proceso Constitucional Acusatorio*, Buenos Aires, AD HOC, 2014, 1ª edición.

- Guardini, Romano, *Una ética para nuestro tiempo*, Argentina, Lumen, 1994.
- Hernández, Héctor H., *El garantismo abolicionista*, Buenos Aires, Marcial Pons Argentina, 2013, 1ª edición.
- Herrera, Daniel A., “*Del Estado de Derecho Liberal Moderno al Estado Constitucional de Derecho Actual*”, *Forum, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, n° 2, 1ª edición, 2014.
- Hervada, Javier, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Pamplona, EUNSA, 1994, 8ª edición.
- Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, en consideración preliminar. Traducción de Manuel Cancio Melia y Bernardo Feijóo Sánchez, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, Civitas S.A., 1996.
- Lewis, C. S., *God in the Dock*, Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello, 1996, 1º edición, cap. VII.
- Lezica, Miguel de, *Crisis del Principio de Legalidad*, Ponencia en el Centro de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Argentina, 3/11/2015.
- Maino, Carlos A. G., *D, ¿Gobierno de los jueces o gobierno de las instituciones?*, *Forum, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina*, Buenos Aires: Universidad Católica Argentina, n° 2, 2014, 1ª edición.
- Nuñez, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Argentina: Lerner Editora S.R.L., 2009, 5º edición actualizada.
- Ortega y Gasset, José, *El Espectador*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1950.
- Ortega y Gasset, José, *La rebelión de las masas*, Barcelona, Biblioteca de los Grandes Pensadores.
- Ortega y Gasset, José, *Meditación de la Técnica*, Madrid, Revista de Occidente, 1957, 3ª edición.
- Pieper, Josef, *Antología*, Barcelona, Herder S.A., 1984.
- Pieper, Josef, *El ocio y la vida intelectual*, Madrid, Rialp S.A., 2003, 8ª edición.
- Pieper, Josef, *La Realidad y el Bien – La Verdad de las Cosas*, Buenos Aires, Librería Córdoba, 2009, 1º edición.

- Pieper, Josef, *Tratado sobre las virtudes*, Argentina, Librería Córdoba, 2008, 1ª edición, t. I.
- Portela, Jorge Guillermo - González, Nemesio "Sobre si son válidos los procedimientos judiciales seguidos contra la mujer abortante en los casos previstos en el art. 88 del Código Penal", Buenos Aires, *El Derecho*, t. 129.
- Romero Berdullas, Carlos M., *Educación desde los santos*, Buenos Aires, ed. de autor, 2013, 1ª edición.
- Romero Berdullas, Carlos M., *Pena Natural*, en *El Derecho Penal, El Derecho*, revista de doctrina y jurisprudencia n° 5, mayo de 2008.
- Romero Berdullas, Carlos M., #PROCESO ACUSATORIO: ¿HASH-TAG CONSTITUCIONAL?, *Forum, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, n° 3, 2015, 1ª edición.
- Ronco, Mauro *La Tutela de la persona y las consecuencias jurídicas de la ideología de género*. Intervención revisada y anotada del 10/12/2010 durante el congreso Nacional de Estudio sobre Identidad Sexual e Identidad de la Persona, organizado por la UGCI, la Unión de Juristas Católicos Italianos, en Palermo, en el Palazzo dei Normanni y en la sede de la LUMSA, la Libera Università Maria SS. Assunta, del 9 al 11 de diciembre de 2010.
- San Juan Pablo II, *Centesimus Annus*.
- San Juan Pablo II, *Mulieris Dignitatem*.
- San Juan Pablo II, *Redemptor hominis*.
- San Juan Pablo II, *Sollicitudo rei socialis*.
- Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Madrid, BAC, 1998, 3ª edición.
- Scala, Jorge, "Aborto no punible. A propósito del caso "R.L.M." Un fallido fallo". Buenos Aires, *Lexis Nexis*, 20 de diciembre de 2006.
- Scala, Jorge, *La Ideología de Género o el Género como herramienta de poder*, Madrid, España, Sekotia, 2010.
- Silva Sánchez, Jesús M., *La expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 2001, 2ª edición.
- Silva Sánchez, Jesús M., "Los Indeseados como Enemigos, La Exclusión de Seres Humanos del Status Personae", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-01-2007.

Sófocles, *Antígona*.

Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1953, 2ª edición.

Tozzi, Piero A. – Casillas, Padrón Neydy – Marcilese, Sebastián, “*El aborto en el derecho internacional y en la jurisprudencia panamericana*”, Buenos Aires, *El Derecho*, n° 12.837, año XLIX, ED 244, 19/09/2011.

Tozzi, Piero A. – Marcilese, Sebastián - Muga Gonzáles, Rosana –, “*El activismo judicial en Latinoamérica. Análisis de la reciente jurisprudencia argentina proaborto*”, Buenos Aires, *El Derecho*, n° 13.192, año LI, ED 251, 5/03/2013.

Tradición y Acción por un Perú Mayor, *Aborto la Verdad sin Disfraces*, Lima, 2008, 1ª edición.

Yacobucci, Guillermo J., “*¿Cómo interpretar la política criminal de nuestros días?*”, *El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Año XLII, n° 11.097, 27 de septiembre de 2004.

Yacobucci, Guillermo J., “*Los desafíos de un nuevo Derecho Penal*”, *Revista Jurídica Logos* (Facultad de Derecho prof. Damásio de Jesús), San Pablo, n° 1, año 2005.

Zaffaroni, Eugenio R. - Alagia, Alejandro – Slokar, Alejandro, *Derecho Penal (Parte General)*, Buenos Aires, Ediar, 2005, 2ª edición.

## **BIBLIOGRÁFICAS**





# SEIS LIBROS SOBRE EL PAPA FRANCISCO

FLORENCIO HUBEŇÁK<sup>1</sup>

En el último año han sido editadas una serie de obras destinadas a investigar la vida del Papa Francisco, el primer jesuita y el primer latinoamericano que accede al Papado, provocando “aires de reforma” muy significativos y justificando el interés que ha despertado su vida y obra.

El descanso veraniego me permitió ponerme al día con la lectura y ofrecer este breve panorama a los interesados en el tema.

RUBIN, SERGIO - AMBROGETTI, FRANCESCA, *El Jesuita. Conversaciones con el cardenal Jorge Bergoglio, S.J.*, Barcelona, Vergara, 2010 (edic. original), 192 pág.

En primer lugar el periodista SERGIO RUBIN, columnista del diario Clarín en temas religiosos emprendió hace unos años – tras el cónclave que eligió a Benedicto XVI–, en colaboración con su colega italiana radicada en la Argentina, FRANCESCA AMBROGETTI, una biografía del entonces cardenal Jorge Mario Bergoglio, arzobispo de Buenos Aires, publicada como *El jesuita*.

La obra es el resultado de una serie de entrevistas concedidas por el purpurado a los periodistas y se ha convertido, por razones

1. Profesor Titular Ordinario UCA, Facultad de Ciencias Sociales. Doctor en Historia. Doctor en Ciencias Políticas.

obvias, en la primera biografía del actual Papa, escrita con una perspectiva anterior a su elección.

El libro termina con una sugestiva reflexión sobre Argentina a partir del Martín Fierro y a manera de conclusión rescatemos al menos un párrafo de la visión que Bergoglio tenía sobre el futuro, cuando aún no imaginaba ser Papa. “El optimismo es una actitud psicológica frente a la vida. La esperanza va más allá. Es el ancla que uno lanza al futuro y que le permite tirar de la soga para llegar a lo que anhela. Es esforzarse en la buena dirección” (pág. 165). El año pasado se ha publicado una versión actualizada de esta obra.

PUENTE, ARMANDO, *Yo, Argentino. Las raíces argentinas pel papa Francisco*, Buenos Aires, Distal, 2015, 384 págs.

Un enfoque diferente plantea el documentado periodista peronista ARMANDO PUENTE. En esta biografía del Papa se ocupó fundamentalmente de resaltar las raíces de Bergoglio, con especial referencia a su formación y al contexto político donde le tocó vivir. El resultado es *Yo argentino*. El autor, conocedor de la interna peronista durante esos años, menciona la relación del futuro Papa con ese pensamiento, como también con la Teología del Pueblo, versión argentina de la Teología de la Liberación encarada por Gera, Scannone SJ, y Tello, vinculada con la pastoral en villas que emprendiera el entonces cardenal Bergoglio y que plasmara en el Congreso de Aparecida, que sirvió de “plataforma” para su elección. Los detalles que aporta ofrecen una visión que suele estar ajena en las biografías de autores extranjeros.

Sus lecturas, sus predicaciones, su relación con el poder político son claramente analizadas desde una óptica argentina que, como dijimos, otorga especial interés a este libro.

CASTRO, JORGE, *La visión estratégica del papa Francisco*, Buenos Aires, Distal, 2015, 136 págs.

El conocido periodista JORGE CASTRO, especializado en Política Internacional, se dedicó a seguir en estos años las diferentes expresio-

nes políticas del para Francisco. El resultado fue una serie de artículos e incluso una participación como autor y coordinador en una obra colectiva (“Francisco y la Política Internacional. Tengan fe y moverán montañas”) publicada en 2014; tres de cuyos capítulos se repiten en esta obra.

En cuanto a los contenidos cabe observar que parece evidente que el sustrato que emplea Castro para sus análisis geopolíticos se basa fundamentalmente en la visión geopolítica y globalizadora de las obras de Ernest Jünger y Carl Schmidt, autores que no parecen influir directamente en los escritos de Bergoglio.

El autor no vacila en afirmar que Francisco, de la misma manera que Benedicto XVI, parte de una visión globalizadora que implica aceptar la necesidad de una autoridad global para un mundo globalizado. En el actual Papa esta concepción aparece en *Laudato Si*, –como lo señala Castro en el primer artículo– y se vincula con su mirada sobre la Tierra, en el plan de Dios y su consecuente crítica al capitalismo y revisión del papel de la técnica.

Castro profundiza en la concepción bergogliana de la “opción (o mejor obligación) por los pobres” (las tres T), sin referirse a la influencia en su pensamiento de la “teología del pueblo”. Según expresión del propio Francisco, se trata de una categoría teológica, no política ni sociológica.

Uno de los apartados de libro se refiere a las cuatro categorías de la fe, tan empleadas por Francisco: el tiempo es superior al espacio, la unidad es superior al conflicto, la realidad es más importante que la idea y el todo es superior a las partes.

Cabe destacar la originalidad de Castro en los enfoques, con respecto a los demás autores que han estudiado al Papa Francisco.

FRANCO, MASSIMO, *El Vaticano según Francisco*, Madrid, Aguilar, 2015, 220 págs.

El periodista italiano MASSIMO FRANCO viajó a Buenos Aires y se documentó sobre el nuevo Papa, publicando bajo el título de *El Vaticano según Francisco*, orientado hacia un enfoque más político del actual Papado. El texto fue incluso presentado en la Universidad Ca-

tólica Argentina y entre los entrevistados figura el actual Rector, una de las plumas más importantes del actual Pontífice.

Entre los párrafos más significativos de la obra, Franco parece concluyente cuando afirma: “Su nombre es Francisco, su apellido, Jesuita, dicen del Papa en el Vaticano los que lo admiran, los que le temen y los que acechan. Y ven en su modelo de gobierno la réplica de aquel de la Compañía de Jesús. Por cierto que pertenecer a la Societas Iesu lo ha marcado profundamente. Ha hablado en forma difusa sobre el tema un par de veces. “El estilo de gobierno de la Compañía” recuerda el padre Spadaro, “implica la decisión por parte del superior, pero también la confrontación con sus consultores” (pág. 196).

POLITI, MARCO, *Francisco entre los lobos. El secreto de una revolución*. México, FCE, 2015, 340 págs.

MARCO POLITI es un renombrado vaticanista italiano, que se ha dedicado últimamente a profundizar la política emprendida por el papa Francisco, con especial énfasis en sus reformas y las dificultades con que se encuentra para realizarlas, específicamente en la Curia romana. De allí su título marketinero: *Francisco entre los lobos*.

Desde una óptica progresista –por ejemplo, favorable a las “libertades sexuales” el autor otorga importancia a las “internas” curiales criticadas por el Papa y hace mención al “caos” económico con que se encontró en el Vaticano, que considera la causal de la renuncia del “anciano” Benedicto XVI. Coherente con su posición expone detalles de la corrupción reinante que surgiera de los Vaticanleanks, de la denuncia de Mons. Viganó y de la reciente publicación del periodista Gianluggi Nuzzi en un libro denominado “Via crucis”.

Tras esta exposición Politi concluye: “La perspectiva para la Iglesia puede ser un New Deal como el del presidente estadounidense Roosevelt o un terremoto como la perestroika de Gorbachov. El papa argentino es totalmente consciente de estar encaminándose a un cambio radical. Iniciamos una nueva etapa de la Iglesia, son sus palabras, reveladas por su amigo el teólogo Víctor Manuel Fernández” (pág. 330).

IVEREIGH, AUSTEN, *El gran reformador. Francisco, retrato de un papa radical*. Madrid, Ediciones B, 2015, 566 págs.

Entre las muchas biografías publicadas, estimo la de AUSTEN IVEREIGH como la más completa y equilibrada.

Se trata de un periodista especializado en cuestiones religiosas, doctorado por la Universidad de Oxford, cofundador de *Catholic Voice* y otrora consejero del cardenal Murphy O'Connor, circunstancias que le permiten un acceso particular a información especializada, más allá de una consulta documentada sobre el Papa, sus escritos y estudios, sobre su vida y obra, como puede apreciarse en la variada bibliografía citada y en las múltiples notas.

El importante tercer capítulo –que como todos comienza por una referencia a actitudes adoptadas como Francisco– trata de su actuación como jesuita, la influencia recibida del Padre Fiorito y las internas producidas en la Compañía como consecuencia de la aplicación del Concilio Vaticano II, en plena crisis de los 70. No falta una referencia a la “visión mesiánica del peronismo” en el célebre padre Mugica y en los sacerdotes para el Tercer Mundo, en algunos casos inclinados a favorecer la guerrilla y en otros buscando una explicación y salida en la llamada “teología del pueblo”.

Para el autor “Bergoglio tenía lo que los teólogos llaman una hermenéutica –una clave interpretativa, un criterio, una vara de medir– que permitiría reformar y unir la provincia, más allá de la ideología, centrándose de manera muy directa en los pobres. Su postura no fue conservadora –no compartía la postura nacional católica partidaria de la élite que defendían los obispos partidarios de Onganía–, ni clerical: no creía que el clero, ni los obispos, ni Roma estuvieran en posesión de una verdad que hubieran de distribuir de arriba hacia abajo, sino que el Espíritu Santo se había revelado a través de un diálogo entre “el pueblo fiel y la Iglesia universal” (pág. 163). Asimismo analiza cuidadosamente el popularizado caso de los sacerdotes Yorio y Jalics, que expone con el criterio equilibrado que caracteriza toda la obra.

En ocasión de la elección de Benedicto XVI, el autor, al referirse a los votos obtenidos por Bergoglio, siguiendo una opinión de Methol Ferré, acentúa que ni el futuro Papa estaba preparado, ni lo estaba la

Iglesia Latinoamericana. La mención del Encuentro de Aparecida lleva a Ivereigh a afirmar que “Bergoglio salió de Aparecida el líder de la Iglesia latinoamericana” (pág. 401).

En este contexto nos parece de especial interés el sermón pronunciado el 30-XII-2005 con motivo de la tragedia de Cromagnon. El autor transcribe un párrafo muy significativo de tono profético: “Ciudad distraída, ciudad dispersa, ciudad egoísta: llora. Te hace falta ser purificada por las lágrimas. Hoy aquí rezando juntos le damos este mensaje a nuestros hermanos de Buenos Aires: lloremos juntos, nos hace falta llanto en Buenos Aires...Rezamos en esta Misa, adentrándonos en el corazón de nuestra Madre Virgen que llevó a su hijo al templo con un sentimiento y lo trajo de vuelta con otro sentimiento. Y lloremos, lloremos aquí. Lloremos afuera y pidámosle al Señor que toque los corazones de cada uno, de nuestros hermanos de esta ciudad y los haga llorar. Que purifique con el llanto a esta ciudad tan casquivana y superficial” (pág. 373).

A través de todo el libro se aprecia un constante interés en señalar las características personales del actual Papa, más allá del desarrollo de una cuidada y contextualizada biografía. Así escribe Ivereigh que “el obispo Casaretto cree que la personalidad de Bergoglio era “bastante hermética”. A pesar de su calidez y de su amor por la gente, era un introvertido. Su punto fuerte eran las relaciones de uno a uno” (pág. 447). Después de elegido Papa –como afirman muchos que le conocen– “es otra persona. Es una persona que sonríe” (pág. 485). Concluamos con el autor de *El gran reformador* que “Bergoglio combinaba dos cualidades que casi nunca se dan juntas, y que surgen una vez cada generación: poseía la genialidad política de un líder carismático y el misticismo profético de un santo del desierto” (pág. 475).